



## "Autonomie de la volonté et statut personnel : étude de droit international privé"

Carlier, Jean-Yves

NA	<b>Abstract</b>
----	-----------------

Document type : *Thèse (Dissertation)*

---

### Référence bibliographique

Carlier, Jean-Yves. *Autonomie de la volonté et statut personnel : étude de droit international privé*.  
Prom. : Rigaux, François

YS 113  
(ADM.)

**AUTONOMIE DE LA VOLONTE  
ET  
STATUT PERSONNEL**

Etude de droit international privé

**UNIVERSITE CATHOLIQUE  
LOUVAIN - LA - NEUVE  
FACULTE DE DROIT  
BIBLIOTHEQUE**

2593  
52854  
1-7-82

THE UNIVERSITY OF CHICAGO  
LIBRARY  
540 EAST 57TH STREET  
CHICAGO, ILL. 60637

## Liste des abréviations

Sont seules mentionnées ici les abréviations utilisées fréquemment dans le texte ou qui ne sont pas conformes aux deux ouvrages de références suivants:

INGBER (L.) (dir.), *Guide des citations, références et abréviations juridiques*, Bruxelles, Story-Scientia, Bruylant, 1990, 102 p.

A uniform system of citation, Lorell Press, Avon Massachusetts, 1976, 12e éd., 190 p.

\*  
\* \* \*

A. Ae.	Ars Aequi
C.A.F.	Code algérien de la famille
Clunet	Journal de droit international
C.R.I. - 1er (2e ou 3e) Rapport	1er (2e ou 3e) Rapport du Commissariat royal à l'immigration (Belgique)
C.S.P.M.	Code de statut personnel marocain (Mudawanna)
C.S.P.T.	Code de statut personnel tunisien (Magalla)
E.G.B.G.B.	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
I.D.I.	Institut de droit international
Int'l Encycl.	International Encyclopedia of comparative law
J.J.P.	Journal des juges de paix et de police
J.O.M.	Journal officiel du Royaume du Maroc
J.O.R.A.	Journal officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire
J.O.T.	Journal officiel de la République Tunisienne
J.P.	Journal des Procès
J.T.	Journal des Tribunaux (Belgique)
L.H.D.I.P.	Loi hongroise de droit international privé
L.S.D.I.P.	Loi suisse de droit international privé
N.I.P.R.	Nederlands internationaal privaatrecht
N.J.	Nederlandse juristenblad
Ö-IPR-G	Österiche internationaal privaatrecht gesetzbuch
RabelZ.	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
R.A.S.J.E.P.	Revue algérienne de sciences juridiques, économiques et politiques
R.B.D.I.	Revue belge de droit international
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie de droit international (La Haye)
R.C.D.I.P.	Revue critique de droit international privé
R.C.J.B.	Revue critique de jurisprudence belge
R.D.E.	Revue du droit des étrangers
R.E.M.I.	Revue européenne des migrations internationales
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.I.E.J.	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
R.M.D.	Revue marocaine de droit
R.O.M.M.	Revue de l'Occident musulman et de la méditerranée
R.T.D.	Revue tunisienne de droit
R.T.D.F.	Revue trimestrielle de droit familial
R.W.	Rechtskundig Weekblad
Trav. Com. fr. d.i.p.	Travaux du Comité français de droit international privé
T. not.	Tijdschrift voor notarissen
T.P.R.	Tijdschrift voor privaatrecht

### Citations

Les ouvrages et articles référencés dans la bibliographie sont cités par le seul nom de l'auteur, suivi de la page avec un abrégé du titre lorsque plusieurs références sont reprises en bibliographie. En conséquence, pour faciliter la recherche du lecteur, la bibliographie est simplement alphabétique sans distinction des traités, monographies, articles.

## Introduction

1. Les frontières tracent les limites des ordres juridiques étatiques et du champ territorial dans lequel les lois de ces ordres s'imposent. Plus que jamais, les hommes, par besoin, nécessité ou curiosité, se déplacent. Des relations interpersonnelles transfrontières se nouent ainsi, tant il est vrai que l'amour n'a guère de frontières dans l'espace, s'il en a dans le temps.

Le maintien des divisions du monde en Etats et la diversité des lois fondent l'utilité du droit international privé. L'objet classique de cette branche du droit est de mettre en place des mécanismes permettant de connaître la loi qui s'applique à un rapport de droit privé transfrontière. Lorsque ces rapports concernent des matières dites «de statut personnel», deux grandes règles de conflit de lois sont traditionnellement proposées: soit l'application de la loi nationale, soit l'application de la loi du domicile ou de la résidence habituelle. L'utilisation de l'une ou l'autre règle de conflit est fixée par chaque Etat à défaut de convention internationale. L'une et l'autre ont prétention à traduire le lien le plus étroit entre la personne et la loi ainsi désignée. Divers facteurs historiques et sociologiques déterminent ce choix en manière telle que, dans chaque Etat, il correspond à une tradition. Faut-il s'en satisfaire ou, ressentant le malaise transmis par les intéressés, les praticiens et la jurisprudence, s'interroger si, «sous prétexte de fidélité aux traditions, [il n'y a] pas anachronisme maladroit et dangereux à reproduire, sans grand discernement, aujourd'hui, des solutions en bonne partie surannées?»<sup>1</sup>.

2. Quel qu'il soit, ce choix est imposé au migrant qui tantôt doit renoncer à sa loi nationale tout en restant attaché à sa culture d'origine, tantôt demeure régi par un droit national qui ne correspond plus à la réalité de sa vie.

Le droit international privé n'est-il pas en mesure de répondre au caractère complexe des migrations: sédentarisation des uns ou mobilité des autres; rencontre difficile des cultures occidentale et musulmane ou culture européenne commune? N'y a-t-il pas un moyen terme entre la loi nationale sauvegardant la culture d'origine mais accentuant le choc des différences et la loi de la résidence habituelle forçant l'intégration en niant toute identité autre? N'y a-t-il pas un système plus souple qui, sans mettre en péril la nécessaire prévisibilité du droit, permettrait l'adaptation de la règle à l'évolution

---

<sup>1</sup> GENY F., vol. 2, p. 28, n° 144.

des phénomènes migratoires sans la limiter aux contingences d'un moment ou d'une politique?

Et si ce n'était plus l'Etat d'origine ou d'accueil qui imposait la loi applicable mais la personne elle-même? Serait-il possible de permettre au migrant de poser un choix entre sa loi nationale et la loi de sa résidence habituelle? Est-il possible d'introduire l'autonomie de la volonté dans les matières de statut personnel? L'autonomie de la volonté ne recouvre-t-elle pas le concept de liberté contractuelle étranger au statut personnel? Celui-ci n'est-il pas un domaine dans lequel les intérêts fondamentaux de la société sont en cause? Le statut personnel n'est-il pas, par essence, soumis à une nécessaire permanence étrangère à la volonté individuelle?

3 L'idée de l'option de droit séduit. Elle est souple. Elle annonce une réappropriation de leur sort par les migrants et une plus grande adhésion au droit choisi. S'agissant de proposer une règle de droit la séduction doit céder la place à l'analyse. Il est nécessaire d'examiner les objections, formulées ci-dessus sous forme de questions, pour préciser si, dans quelle mesure et comment l'autonomie de la volonté peut s'appliquer aux matières de statut personnel. Il faut cerner le concept d'autonomie de la volonté en droit international privé, voir en quoi il se distingue du même concept en droit interne. De même, la notion de statut personnel doit être examinée. Que recouvre-t-elle alors que des règles de conflit différentes sont appliquées à la filiation, à l'adoption, au mariage, au divorce, aux régimes matrimoniaux, aux successions? Pour cerner le plus largement possible l'évolution, cette double analyse doit s'enrichir, d'une part, de l'apport de la doctrine, de la jurisprudence et des codifications nationales ou conventionnelles récentes; d'autre part, de l'éclairage du droit comparé, notamment, eu égard à une immigration importante en provenance de pays d'Islam, du droit musulman.

Ce n'est qu'après l'examen de ces deux notions que leur rapprochement, par application du principe d'autonomie au statut personnel, pourra être envisagé et soumis au test de l'application pratique.

C'est à cet objectif que répond le découpage du plan:

Première partie: Le concept d'autonomie de la volonté

Deuxième partie: Le concept de statut personnel

Troisième partie: L'autonomie de la volonté dans les matières de statut personnel.

## Première partie

# LE CONCEPT D'AUTONOMIE DE LA VOLONTE

4. Le juriste ne peut ignorer les multiples sens que recouvre la notion d'autonomie de la volonté dans d'autres sciences. Même si ces sens paraissent éloignés, voire indépendants, de ceux propres à la technique juridique, l'usage des mêmes mots, du langage, moyen de communication entre les hommes, incite à la réflexion. Cette réflexion sera celle d'un profane ne disposant pas des qualifications requises pour aborder toutes les disciplines dans lesquelles l'autonomie de la volonté trouve sa place. C'est toutefois la réflexion de l'homme dont il convient de reconnaître que, quelque soit la technicité propre à chaque science, il en demeure en tant que source et but, l'étalon de mesure. Il convient donc d'interroger d'autres sciences humaines (chapitre I) avant de cerner cette notion en droit privé interne (chapitre II) et en droit international privé (chapitre III).

### Chapitre I. EN SCIENCES HUMAINES

5. La variabilité qualitative, due à l'usage du concept dans diverses disciplines, se double d'une variabilité quantitative résultant de la composition du concept en deux mots: *autonomie* et *volonté*. Le cheminement du profane sera mieux balisé si, partant des mots (section 1), il accède aux notions propres à la psychologie (section 2), la sociologie (section 3), la philosophie (section 4), avant de faire le relevé des ponts lancés vers le droit (section 5) et de conclure (section 6). Ce faisant, le lecteur est amené à suivre une reconstruction formelle à partir de la pensée moderne sans prétention au respect d'un ordre historique ou classificateur <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Voy. BERTEN A., «Mort et résurrection du sujet», *Revue Nouvelle*, novembre 1990, pp. 95-105; pour une typologie claire des notions d'individu et de sujet et leur intégration dans les familles idéologiques.

## Section 1. Les mots

6. La racine grecque du terme autonomie (αυτο-νομος) lui donne sens: soi-même et loi se combinent en «droit de se gouverner par ses propres lois»<sup>2</sup>. Néanmoins, la combinaison est déjà créatrice de sens par choix<sup>3</sup>. Elle unit les deux racines par un verbe. Ce verbe est pronominal. Il pourrait ne pas l'être. S'agit-il de se donner à soi-même ses propres lois ou de choisir pour soi-même ses lois parmi d'autres? Le choix n'est pas clarifié par l'usage des verbes être ou avoir: qu'est-ce que «être à soi-même ses propres lois»<sup>4</sup> ou «avoir en soi les mobiles, le moteur de son agir»<sup>5</sup>? Se référant toutes à l'étymologie, ces définitions ne vident pas le contenu: créer ou choisir sa loi? Cette distinction ouvre non seulement la porte aux conceptions philosophiques du terme mais annonce le cœur du débat juridique quant à l'étendue de l'ensemble du concept d'autonomie de la volonté: la volonté autonome crée-t-elle son propre droit ou fait-elle choix pour elle-même dans le droit *sensu lato* des règles précises qu'elle entend se voir appliquer? Une définition philosophique, prise sans analyse, pencherait pour la première acception: «état de la volonté raisonnable qui n'obéit qu'à une règle émanant d'elle-même»<sup>6</sup>.

La définition elle-même renvoie au mot volonté. De manière tautologique, les définitions du substantif volonté renvoient au verbe vouloir non sans ajouter généralement la qualification de cet état: «faculté de vouloir, de se déterminer librement à agir ou à s'abstenir, en pleine connaissance de cause et après réflexion»<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> *Petit Robert*; BOURRICAUD F., in *Encyclopedia Universalis*, 1989, Corpus 3, V° Autonomie; CORNU G., «Vocabulaire juridique», p. 83..

<sup>3</sup> «Une notion claire n'est jamais identique à une notion confuse, car pour clarifier on est obligé de choisir»: PERELMAN C., *Les conceptions concrètes et abstraites de la raison et de la justice*, Louvain-la-Neuve, Centre de philosophie des sciences, U.C.L., 1981, p. 6.

<sup>4</sup> MIETH D., «Autonomie, emploi du terme en morale chrétienne fondamentale», in PINTO de OLIVEIRA C.J. (dir.), p. 91, se référant à l'épître aux Romains (2, 14) parlant des païens qui sont leur propre loi.

<sup>5</sup> de LOCHT P., «Morale et Droit», *J.P.*, 1989, n° 159, p. 9.

<sup>6</sup> CUVILLIER A., *Nouveau vocabulaire philosophique*, Paris, Armand Colin, 1976.

<sup>7</sup> *Petit Robert*. Pour une définition sans qualificatif: FOULQUIE P., *La volonté*, p. 7: «la faculté qu'a l'être pensant de se déterminer d'après des raisons ou d'après des motifs».

L'autonomie de la volonté a donc partie liée avec la liberté<sup>8</sup>. Ainsi, l'étymologie chinoise du mot liberté «Dz-Youú» est la combinaison, au IIe siècle, de deux caractères nous renvoyant à l'idée d'autonomie : Dz: moi, moi-même et Youú: provenance, origine; d'où il résulte : je suis moi-même l'origine de mes actes, ce que je suis et fais provient de moi-même. La liberté est bien ici autodétermination<sup>9</sup>. Cette liberté situera vraisemblablement l'individu dans la société<sup>10</sup>. Si le mot liberté vient du latin *liber* dont on rapproche la racine du grec *ελευτερος* (libre), certaines études ont mis en évidence une relation possible avec des termes désignant le peuple en germanique et en balto-slave<sup>11</sup>. Nous voici pris au jeu des dominos. Il faut limiter les pièces centrales : autonomie, volonté, liberté et individu. Au fil des disciplines abordant ces notions, l'une ou l'autre sera davantage mise en avant.

## Section 2. Psychologie : volonté

7. «Le concept de volonté présente les aspects psychologiques d'un problème dont la dimension philosophique est exprimée par le concept de liberté»<sup>12</sup>. L'analyse psychologique permet, d'une part, de déterminer les niveaux de volonté (§ 1), d'autre part, d'en disséquer le niveau rationnel (§ 2).

### § 1. Les niveaux de volonté

8. La psychologie dégage traditionnellement trois niveaux de volonté: de vie chez l'embryon, de jouissance chez le bébé et

<sup>8</sup> «Un de ces détestables mots qui ont plus de valeur que de sens» ? in Paul VALERY, «Fluctuations sur la liberté», in *Regards sur le monde actuel*, Paris, Gallimard, 1945, qui imagine «qu'à certains jours on ira, à travers des grilles, considérer quelques spécimens d'hommes libres».

<sup>9</sup> SCHAWÉ E., «Dz-Youú : quelques remarques sur la compréhension chinoise de "liberté"», in PINTO de OLIVEIRA C.J., p. 711, note 3.

<sup>10</sup> «L'individu ne se conçoit pas plus en dehors de la société que la société sans l'individu», in *Préface* (non signée) à MILL J.-S., *La liberté*, trad. DUPONT-WHITE, Paris, Guillaumin et Cie, 1864, p. 20.

<sup>11</sup> BERTHOUSOZ R.O.P., «Liberté grecque et théologie de la liberté selon St. Paul», in PINTO de OLIVEIRA C.J., p. 23.

<sup>12</sup> RICOEUR P., «Volonté», in *Encyclopédia Universalis*, 1989, Corpus 23, p. 787.

rationnelle après développement de la faculté de juger<sup>13</sup>. Le passage du deuxième au troisième niveau chez l'enfant, moment où la volonté devient rationnelle et trouve, plus loin encore, son autonomie par le jugement moral<sup>14</sup>, est le passage de l'acceptation des normes (par contrainte ou compréhension) à leur choix sinon à leur création.

## § 2. Les phases de l'acte de volonté rationnelle

9. C'est à ce niveau de la volonté rationnelle que l'on peut dégager quatre phases dans l'acte décisionnel : la conception, la délibération, le choix et l'exécution<sup>15</sup>. Trop souvent, particulièrement chez les juristes, l'attention se focalise sur le choix et l'exécution au détriment des deux premières phases : la conception et la délibération<sup>16</sup>. C'est dans ces deux phases que la volonté peut être qualifiée d'autonome et, partant, de libre.

Mais quelle est cette liberté lorsque l'individu ne peut s'abstraire des influences de la société qui l'entoure ?

<sup>13</sup> Voy. FOULQUIE P., p. 19.

<sup>14</sup> PINTO de OLIVEIRA C.J., «L'autonomie morale dans la psychologie du développement intellectuel», in *Autonomie, dimensions éthiques de la liberté*, p. 145, analysant les travaux de PIAGET, «Avec le développement de l'intelligence, l'enfant en vient à passer du respect unilatéral qu'engendre la contrainte, au respect mutuel qui coïncide avec la reconnaissance rationnelle des normes, à l'autonomie du jugement moral»; voy. aussi DOLTO F., «L'apparition du je grammatical chez l'enfant», in Colloque de Royaumont, p. 73.

<sup>15</sup> Voy. GUILLAUME P., *Manuel de psychologie*, P.U.F., Paris, 1960, p. 210 : «Un acte volontaire est un acte précédé d'une idée de cet acte ou d'une idée de ses effets immédiats, et déterminé par cette idée... C'est d'abord cette anticipation mentale que nous appelons volonté». Voy. aussi FOULQUIE P.

<sup>16</sup> Voy. cette analyse pertinente in CHARDIN N., p. 62.

Pour un exemple de conception limitée aux deux dernières phases, voy. HAYEK F. A., vol. 2, p. 15 : «Nous appellerons volonté seulement le fait de tendre à un résultat concret spécial, et qui, joint à la connaissance des circonstances particulières du moment, suffira à déterminer une action précise».

Cette psychologie aristotélicienne de la décision limitant la volonté au contexte éthique, mettant l'accent sur «la force de l'agir et l'initiative du choix» fait preuve «d'absence d'autonomie» (RICOEUR P., p. 787).

### Section 3. Sociologie : individu

10. Façonné par «des tabous, des schémas, des comportements, des pouvoirs et des savoirs établis», il est difficile à l'homme de poser ses propres règles, de «sortir de l'hétéronomie pour accéder à l'autonomie»<sup>17</sup>.

L'interaction société-individu n'est plus niée. Elle nécessite une clarification de la notion d'individu qui est, d'une part, «le *sujet empirique*, échantillon de l'espèce humaine, tel qu'on le rencontre dans toute société», et, d'autre part, «l'*être moral*, indépendant, autonome, essentiellement non social, tel qu'on le rencontre dans notre idéologie moderne de l'homme et de la société». Ce dernier n'est pas un individu hors le monde — «le renonçant indien» — qui quitte la société, il est présent physiquement dans le monde tout en étant apte à la pensée autonome. L'individualisme est l'idéologie qui valorise l'individu, entendu en ce sens d'être moral autonome, en opposition au holisme qui valorise la totalité sociale et néglige ou subordonne l'individu<sup>18</sup>.

L'individu ainsi compris n'est pas en opposition avec la société, c'est même «grâce à ce qu'elle lui donne qu'il peut se donner à lui-même des fins privées et les mener à bien»<sup>19</sup>. L'interaction sera encore plus profonde si la société est fondée sur le pacte social liant les individus. A ce stade, «l'autonomie de la société dépend des individus dont l'autonomie dépend de la

<sup>17</sup> SIMEON J.P., «Rousseau, Marx, l'utopie et la lutte des classes», Commentaire in ROUSSEAU J.J., *Le contrat social*, Paris, Seuil, 1977, p. 164.

<sup>18</sup> DUMONT L., «Essais sur l'individualisme, Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne», Seuil, Paris, p. 273 et «Individualisme apolitique: la Kultur dans les considérations de Thomas Mann», in Colloque de Royaumont, p. 38. Voy. aussi: HURTIN J., «Dumont: l'individu et la hiérarchie», in *Le Magazine Littéraire*, n° 264, avril 1989, p. 72; LAURENT A., «L'édifiante histoire de l'individualisme», in *Le Magazine Littéraire*, *idem*, p. 42. Voy. la classification de VERNANT J.P. qui, inspirée par Foucault, distingue l'individu *stricto sensu* (au sens de Louis Dumont), le sujet et le moi. «L'individu dans la cité», in Colloque de Royaumont, p. 20. Louis DUMONT a pour sa part rappelé la place importante dans l'introduction de l'individualisme, de Guillaume D'OCCAM (1285-1349) fondateur du nominalisme pour qui: «être c'est être unique et distinct». C'est aussi la «prééminence de la volonté, son aptitude à diriger, conduite par l'amour, mieux que la raison, la vie humaine», VILLEY M., «Leçons», p. 273.

<sup>19</sup> DUPUY J.P., «L'individu libéral, cet inconnu: d'Adam Smith à Friedrich Hayek», in *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, p. 114.

société»<sup>20</sup>. En fin de compte, cette spécularité loin d'empêcher l'individu d'être autonome, lui permettrait de réaliser ses fins en se les appropriant, de même qu'une langue socialement élaborée, n'empêche pas, éventuellement, de penser par soi-même<sup>21</sup>.

Ces notions d'indépendance de l'individu au sein d'une société qui s'en auto-enrichit ne sont pas sans lien avec les travaux de biologistes sur l'être vivant et son milieu qui relèvent comme critère d'autonomie d'un système vivant la capacité de se distinguer lui-même de son environnement<sup>22</sup>.

Pour l'homme, vivant, raisonnant, c'est dans la raison, dont la pensée philosophique est le prototype, que se situera ce critère d'autonomie traduit en liberté.

#### Section 4. Philosophie : liberté

11. La liberté est un des thèmes centraux de la philosophie. Sans tenter de résumer l'évolution des pensées sur ce thème, il paraît plus pertinent, même si plus arbitraire, de choisir quelques phares qui ont éclairé les notions d'autonomie et de volonté. Chez les Grecs, la liberté est conditionnée par la fin éthique de recherche du bien pour soi-même, sa famille, sa cité dans le cadre de l'appartenance sociale et politique à une cité. Cette nécessité d'appartenance politique, déjà contestée par Diogène Le

<sup>20</sup> MORIN E., *Science avec conscience*, Paris, Fayard, 1982, p. 199. Adde: SCHLANGER J.E., «La société véritablement organique serait celle de la réalisation pleine de chacun et de tous à la fois. Un tout vivant dont les parties sont elles-mêmes des totalités autonomes dans la réciprocité globale d'une liaison également vivante», in *Les métaphores de l'organisme*, Paris, Vrin, 1971, p. 235.

<sup>21</sup> Voy. VULLIERME J.L., «Spéculation morale et spécularité anthropologique», in *Autour de Rawls*, p. 149.

<sup>22</sup> VARELA F., (*Principles of biological autonomy*) s'interroge sur l'identité de l'être vivant et la capacité de celui-ci à la maintenir à travers des opérations qui sont produites par le vivant lui-même; et Henry ATLAN (*Entre le cristal et la fumée*) étudie la capacité du vivant de produire dans et par ses interactions avec son milieu, de toujours nouvelles formes, de se complexifier. Sur ces travaux, voy. DUPUY J.P., «Vers une science de l'autonomie», in *Ordres et désordres*, Paris, Seuil, 1982, p. 109; VARELA F., «L'individualité: l'autonomie du vivant», in *Colloque de Royaumont*, p. 88, p. 94: «dans la mesure où l'individualité est la manifestation autonome d'un projet totalisant, elle est aux sources mêmes du vivant et apparaît dans les différents niveaux focaux du tissu complexe qui va des cellules aux sociétés»; STOCKINGER P., *Dictionnaire Arnaud*, V<sup>e</sup> Autonomie, p. 30.

Cynique<sup>23</sup>, va disparaître avec les épicuriens pour faire place à la considération du système aléatoire des éléments et avec les stoïciens insérant l'individu dans l'organisme vivant du cosmos<sup>24</sup>. Dans cette lignée, Lucrèce trouve avec le déclinaison des atomes la preuve, dans la nature, de l'idée de liberté chez l'homme<sup>25</sup>. Le christianisme, plaçant l'individu face à Dieu, lui donne, par le péché, le pouvoir d'être libre quelqu'en soit le poids. Dès lors, le débat se poursuit entre les tenants d'une liberté «naturelle»<sup>26</sup> et ceux d'une liberté ne pouvant exister que morale, chez l'homme<sup>27</sup>.

12. L'influence prépondérante sur l'intégration de la notion d'autonomie de la volonté dans le droit est celle de Kant. Cette influence sur les juristes est davantage le résultat de la force des mots utilisés que de l'exacte perception du raisonnement. C'est précisément au départ du déterminisme dans la nature, dans le monde des phénomènes, que Kant situera la liberté dans le monde des noumènes, chez les êtres raisonnables en tant qu'ils agissent et veulent par eux-mêmes. La thèse (liberté) et l'antithèse (déterminisme) suscitent une antinomie qui trouve sa synthèse si l'on scinde les points de vue; tantôt le monde de la pensée, tantôt celui des faits. Cette liberté morale, que Kant appelle la liberté pratique, qui permet l'existence d'une causalité indépendante des causes naturelles, cette idée transcendante de liberté sera définie comme *autonomie* dans les «Fondements de la métaphysique des mœurs». Cette liberté de la volonté consiste

<sup>23</sup> Qui, interrogé sur sa patrie se dit «κοσμοπολιτης» (cosmopolite), citoyen du monde, plaçant la liberté par dessus tout. Son statut d'étranger à Athènes, exilé du Pont, n'était probablement pas sans incidence sur cette rupture avec la conception politique de la liberté par appartenance à la *κοινία*. Voy. LAERCE D., *Vie, doctrines et sentences des philosophes illustres de chaque secte*, Ed. C. Cobet, Paris, 1878, VI, II, 63, p. 147. On retrouvera ce cosmopolitisme notamment chez DANTE, «Ma patrie est le monde en général», in *De vulgari eloquentia*, cité par BURCKHARDT J., in *La civilisation de la Renaissance en Italie*, 1860, et chez HAYEK F.A., «...un état de choses où les frontières nationales auront cessé de faire obstacle aux libres déplacements des hommes, constitue un idéal suprême...», vol. 2, p. 68.

<sup>24</sup> BERTHOUSOZ, R.O.P., p. 56.

<sup>25</sup> LUCRECE, *De la nature*, Chant II, Vers 217 à 293, Paris, Hachette, 1908.

<sup>26</sup> Chez les contemporains, voy. VARELA, *supra*, note 22.

<sup>27</sup> «Un être raisonnable... a donc deux points de vue d'où il peut se considérer lui-même et connaître les lois de l'exercice de ses facultés, par suite de toutes ses actions; d'un côté, en tant qu'il appartient au monde sensible, il est soumis à des lois de la nature (hétéronomie); de l'autre côté, en tant qu'il appartient au monde intelligible, il est soumis à des lois qui sont indépendantes de la nature, qui ne sont pas empiriques, mais fondées uniquement dans la raison» (autonomie). KANT E., *Fondement de la métaphysique des mœurs*, Paris, Delagrave, 1969, Trad. DELBOS, 3e section, p. 191.

«dans une autonomie, c'est-à-dire dans la propriété qu'elle a d'être à elle-même sa loi»<sup>28</sup>. On conçoit aisément l'usage que feront les juristes d'une telle affirmation : la volonté peut être à elle-même sa loi. Or il est important de souligner que Kant conçoit cette autonomie de la volonté dans le monde des noumènes. En tant qu'homme, j'appartiens également au monde des phénomènes dans lequel mes actions ne seront pas toujours conformes à l'autonomie de la volonté. La tentative de rendre mes actions conformes à l'autonomie de la volonté deviendra un impératif catégorique mais non nécessairement une réalité<sup>29</sup>.

La rencontre de l'autre fixera les bornes de ma liberté<sup>30</sup>. Le respect des libertés et leur maintien dans la société organisée ne pourra s'élaborer que dans l'accord mutuel. C'est le contrat, le pacte social chez Rousseau.

### Section 5. Du politique au droit : autonomie et contrat

13. Les notions de liberté, volonté et autonomie débordent du cadre individuel et même des relations interindividuelles pour investir l'organisation de la société. Elles sont utilisées, déjà chez les Grecs, pour fonder sous forme démocratique l'organisation politique de la société, qu'elle soit citée ou Etat.

<sup>28</sup> KANT E., *idem*; et, dans la 2ème section, comme définition de l'autonomie: «La volonté n'est... pas simplement soumise à la loi; mais elle y est soumise de telle sorte qu'elle doit être regardée également comme instituant elle-même la loi et comme n'y étant avant tout soumise (elle peut s'en considérer elle-même comme l'auteur) que pour cette raison».

<sup>29</sup> — Un voleur pourra se penser honnête homme. Il peut même croire l'être. Mais ses inclinations au monde sensible, causes déterminantes, peuvent le maintenir voleur.

— Voy. FERRY J.M., «L'anthropologie philosophique: un héritage des métaphysiques humanistes pour les sciences humaines», *Revue de synthèse*, 1986, pp. 361-384, spéc. p. 362.

<sup>30</sup> — «La liberté... dans la mesure où elle peut subsister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle est cet unique droit originnaire revenant à l'homme de par son humanité» (KANT E., *Métaphysique des mœurs*, Doctrine du Droit, Paris, Vrin, 1971, p. 111).

— «L'état social n'est avantageux aux hommes qu'autant qu'ils ont tous quelque chose et qu'aucun d'eux n'a rien de trop» (ROUSSEAU J.J., *Le contrat social*, p. 191).

— «L'individu n'est pas responsable envers la société de ses actions du moment où elles ne touchent les intérêts de personne autre que lui-même» (MILL J.S., *La liberté*, p. 213).

Sans oublier la règle évangélique de ne pas faire à autrui ce que vous ne voulez pas qu'autrui vous fasse, transposée chez KANT E.: «*agis toujours...*».

14. Rousseau distingue «la liberté naturelle qui n'a pour bornes que les forces de l'individu, de la liberté civile qui est limitée par la volonté générale»<sup>31</sup>. Cette volonté générale n'est acceptable pour l'individu que si elle résulte d'un acte fondateur par lequel, sous forme de contrat, l'individu l'investit d'une autorité légitime. Les critiques marxistes reprocheront —comme Hegel à Kant— la conception abstraite et irréaliste d'un individu humain ainsi imaginé préexistant à la société. Les libéraux, pour leur part, reprocheront à Rousseau —comme à l'ensemble des constructivistes qui veulent créer l'avenir humain et non laisser la nature évoluer— cette volonté d'organiser la société alors qu'elle relève d'un ordre spontané qui s'engendre lui-même. Pour Hayek, la liberté est la «situation dans laquelle chacun peut utiliser ce qu'il connaît en vue de ce qu'il veut faire»<sup>32</sup>. L'Etat aurait alors pour mission essentielle de garantir cette liberté contre toute atteinte et d'en favoriser l'usage par la diffusion de la connaissance. Dans ce contexte, «le droit sert un ordre social, c'est-à-dire les relations entre les individus, et les actes qui n'affectent personne d'autre que ceux qui les accomplissent ne devraient pas être placés sous le contrôle de la loi, si fortement qu'ils soient régis par la coutume et par la morale. L'importance de cette autonomie de l'individu dans son domaine reconnu et partout où ses actions n'entrent pas en conflit avec les buts de l'action d'autrui repose sur le fait que le développement de la coutume et de la morale est un processus expérimental, en un sens qui ne peut être celui de l'uniforme et obligatoire application des règles de loi»<sup>33</sup>.

15. Entre une société créée sur une base contractuelle par des individus libres mais construisant une société organisée à partir de leurs volontés, et une société autonome réglée par une main invisible à partir de l'autonomie totale des individus n'agissant que dans leur propre intérêt, John Rawls, à la recherche d'un «overlapping consensus», tente d'établir pour les démocraties contemporaines une théorie de la justice

---

<sup>31</sup> ROUSSEAU J.J., *Le contrat social*, L I, Ch. VIII, p. 188.

<sup>32</sup> HAYEK F.A., vol. I, p. 66.

<sup>33</sup> *Idem*, vol. 2, p. 68.

indépendante des doctrines religieuses ou philosophiques<sup>34</sup>. Rawls reprend l'idée contractuelle pour l'utiliser sous forme fictive. Les cocontractants sont placés dans une «position originelle» derrière un «voile d'ignorance» qui leur permet de juger des principes sur base de considérations générales car, d'une part, ils ignorent comment les différentes possibilités affecteront les cas particuliers; d'autre part, ils ignorent certains types de données particulières dont leur place dans la société, la répartition des capacités<sup>35</sup>. Toutefois, Rawls postule la rationalité des partenaires et leur connaissance d'informations générales sur la société. Pour Rawls, la position originelle est «une interprétation procédurale de la conception kantienne de l'autonomie et de l'impératif catégorique, dans le cadre d'une théorie empirique»<sup>36</sup>.

La forme contractuelle utilisée dans la position originelle ne fera que traduire rationnellement nos intuitions fondamentales de la justice comme équité résultant de nos «jugements bien pesés»<sup>37</sup>. Cette notion de «jugements bien pesés» nous reporte aux différentes phases de l'acte de volonté rationnelle dégagées par la psychologie qui sont reprises dans l'analyse de l'acte contractuel<sup>38</sup>.

Deux principes de justice sont retenus par Rawls à partir de la position originelle:

<sup>34</sup> RAWLS J., «La théorie de la justice comme équité. Une théorie politique et non pas métaphysique», in *Philosophy and Public Affairs*, 1985, vol. 14, n° 3, Trad. de Catherine AUDARD, in *Autour de Rawls*, p. 279, donne des explications de l'auteur ensuite des critiques à son ouvrage: *Théorie de la justice*, également traduit par AUDARD C., Paris, Seuil, 1987, 667 p.

<sup>35</sup> La technique ainsi utilisée est celle de la justice procédurale pure qui met en place une procédure garantie pour arriver à un résultat sans pour autant pouvoir dégager des critères indépendants pour décider quel résultat est juste (la conjonction des deux étant la justice procédurale parfaite). Adde HAYEK F.A., vol. 2, p. 4: «c'est seulement parce que nous ne pouvons prédire le résultat effectif de l'adoption d'une règle déterminée, que nous pouvons admettre l'hypothèse qu'elle augmentera les chances de tous également». Le parallélisme avec les règles de conflits «aveugles» du droit international privé est aisé.

<sup>36</sup> RAWLS J., *Théorie de la justice*, p. 293 et p. 559.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 20, 59, 140, 564.

<sup>38</sup> Voy. FOULQUIE P., p. 19. «Il compare entre diverses possibilités qui s'offrent à lui et choisit celle qui, tout bien pesé, lui paraît préférable». Chez les stoïciens, l'*εποχή* est le pouvoir de suspendre notre assentiment pour briser l'empire des passions. MONTAIGNE fit frapper un jeton portant sur une face une balance aux plateaux également horizontaux et la devise «επεχω»; MONTAIGNE, *Œuvres complètes*, Gallimard, La Pléiade, 1962, Chronologie, p. XVIII.

1. Chaque personne doit avoir un droit égal au système total le plus étendu de libertés de bases égales pour tous, compatible avec un même système pour tous;
2. Les inégalités économiques et sociales doivent être telles qu'elles soient
  - a) au plus grand bénéfice des plus désavantagés;
  - b) rattachées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, conformément au principe de la juste (fair) égalité des chances <sup>39</sup>.

Ces principes sont placés dans un ordre «lexical», le premier (liberté) l'emportant sur le deuxième (égalité), ne pouvant être modifié que si un changement renforce le système global des libertés et est acceptable pour ceux qui sont dans une position de moindre liberté.

Si diverses critiques peuvent être adressées au système de Rawls <sup>40</sup>, il permet toutefois d'intégrer dans une théorie de la justice l'autonomie de l'individu, d'une part, et l'universalité des critères de justice, d'autre part. En cela cette théorie est éminemment moderne et d'une certaine connivence, au regard de la situation dans la position originelle, avec la signification de la discussion, du consensus chez Habermas comme possibilité de l'universalisation des intérêts <sup>41</sup>. Dans cette perspective, l'autonomie devient à la fois celle de l'individu au sein de la société et celle de la société fondée sur le libre consentement des participants — fût-ce à titre d'hypothèse — et créant sur cette base ses propres normes. Dans les deux cas, cette autonomie prend forme juridiquement par la voie du contrat.

---

<sup>39</sup> *Théorie de la justice*, p. 341, pour une formulation un peu modifiée, voy. l'article de RAWLS J., *La théorie de la justice comme équité*, p. 284.

<sup>40</sup> Voy. *Autour de Rawls*. Notamment absence de prise en compte dans la position originelle des données propres aux handicapés, délinquants (TERRE J.F., p. 16) et étrangers (*idem* et VULLIERME J.L., p. 155); ou, plus fondamentalement, le constructivisme de la position originelle (RICOEUR P., p. 139).

<sup>41</sup> FERRY J.M., *Habermas, l'éthique de la communication*, p. 37 et BOUCHINDHOMME C., *Introduction à Habermas: Morale et communication*, Paris, Cerf, 1986, p. 15.

## Section 6. Conclusion : autonomie de la volonté

16. Qu'apporte cette approche pluridisciplinaire et par touches successives du concept d'autonomie de la volonté? La notion n'est-elle pas plus obscurcie que clarifiée par la polysémie? Les deux probablement. Ainsi abordée chaque discipline se trouve amputée des nuances et de la technicité qui font sa richesse et sa précision. Ce faisant toutefois la notion d'autonomie de la volonté laisse apparaître tant l'ampleur spectrale des champs de l'humain qu'elle couvre que la difficulté d'en cerner les composantes et les enjeux. Une seule certitude demeure: il appartient à chaque discipline, et partant également au droit international privé, de déterminer avec précision ce que recouvre, dans son champ, la notion. C'est sa spécificité, son... autonomie.

17. De manière générale, des considérations plus intuitives qu'empiriques peuvent être avancées. Tirant sens du langage et se retrouvant communément raisonnée en philosophie, la notion trouve dans chaque discipline une base commune — pour ne pas dire son universalité — de «détermination libre des règles auxquelles se soumettre»<sup>42</sup>. Que ce soit à l'échelon de l'individu ou de la société, le point de divergence s'imprime sur la modalité de cette détermination : est-elle entièrement créée par l'organisme (individuel ou social) concerné ou n'est-elle que reconnaissance ou acceptation de règles préexistantes?<sup>43</sup>

Concédant peut-être au défaut des juristes, la recherche d'un point d'accord, de consensus, je situerais l'autonomie de la volonté à mi-chemin, dans l'interaction dynamique des deux notions. Elle n'est ni création arbitraire par son auteur de normes pour lui-même, à sa mesure, ni simple acceptation de normes extérieures. L'autonomie de la volonté est, après reconnaissance, par la raison œuvrant dans le dialogue, des principes de base communs à une société humaine donnée, création par voie de consensus ou de contrat entre les volontés concernées, des normes propres à réguler les relations interindividuelles.

---

<sup>42</sup> *Dictionnaire Quillet.*

<sup>43</sup> Voy. aussi DUPUY J.P., «Sur la prétendue autosuffisance du droit», *R.I.E.J.*, 1986, p. 1.

En cela «l'autonomie ne signifie pas en premier lieu la liberté de l'individu qui se donne une loi personnelle, [mais plutôt] l'obéissance de l'individu aux lois de la raison qu'il trouve en lui-même comme un être raisonnable»<sup>44</sup>.

Ces précisions données, le terme détermination (ni création, ni reconnaissance) peut être retenu avec la définition écourtée et clarifiée du dictionnaire Quillet: «l'autonomie de la volonté est la détermination libre des règles auxquelles se soumettre».

## Chapitre II. EN DROIT PRIVE INTERNE

18. Si elle a trouvé place également en droit public interne, c'est dans la sphère du privé que la notion de «détermination libre des règles auxquelles se soumettre» rencontre le plus grand succès: en droit privé interne, d'abord, international ensuite, même si le concept d'autonomie, dans une autre acception, fut défini chronologiquement en premier dans cette dernière branche.

19. En droit privé, l'autonomie de la volonté désigne «l'efficacité juridique propre du vouloir individuel»<sup>45</sup> tant dans la formation de l'acte juridique que dans la détermination de ses effets.

Traditionnellement la théorie de l'autonomie de la volonté est présentée comme une théorie de philosophie juridique issue des libéralismes politique (XVIII<sup>e</sup> siècle) et économique (XIX<sup>e</sup> siècle) et orientée vers l'explication de l'acte juridique, particulièrement

<sup>44</sup> VERGAUWEN G., «Autonomie et théonomie chez Paul Tillich», in *Autonomie, dimensions éthiques de la liberté*, p. 201. Adde dans ce sens chez RAZ l'autonomie morale dérivée du principe Kantien: «Autonomy as conformity to moral law: A person acts autonomously in this sense when his behaviour conforms to moral constraints that are objective though they are products of his own reason or will» in FARELL M.D., «Autonomy and Paternalism: The political philosophy of Joseph Raz», in *Ratio Juris*, 1991, pp. 52-60, p. 55; et RENAUT A., «L'ère des monadologies», in *Le Magazine Littéraire*, avril 1989, p. 48: «Dans la perspective de l'humanisme, la valorisation de l'autonomie admet parfaitement l'idée d'une soumission à une loi ou à une norme dès lors qu'elles sont librement acceptées: le schéma contractualiste, qu'en ce sens il faut réaffirmer comme résolument moderne exprime précisément, sur le terrain juridico-politique, cette soumission à une loi que l'on s'est soi-même donnée».

<sup>45</sup> GOUNOT E., *Le principe de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, p. 3.

du contrat, à partir de l'individu <sup>46</sup>. Le concept sera nommé et défini par ses critiques, ultérieurement à son apogée. L'évolution historique de la place de la volonté dans le droit privé des pays dits de droit civil montre l'existence d'une forme de reconnaissance pratique de la volonté individuelle bien avant sa théorisation (section 1). Il n'est pas inutile, pour cerner la notion en droit interne, d'en déterminer le domaine d'application (section 2) et de compléter l'analyse par une incursion sommaire dans d'autres systèmes juridiques que ceux issus du Code Napoléon (section 3).

## Section 1. L'évolution historique dans les pays de droit civil

### § 1. Avant le Code Napoléon

#### A. Chez les Grecs

20. La place de la volonté dans la validité juridique des échanges privés semble très restreinte chez les Grecs. Le synallagme (συναλλαγμα) défini par Aristote vise les relations interhumaines tant volontaires qu'involontaires entre personnes égales en droit. Le moteur n'en est pas la volonté des personnes impliquées dans le rapport mais le changement réciproque dans leur situation. Le fait de me dessaisir de x que je te donne crée l'obligation pour toi de me donner y; l'acte x par lequel je te fais du mal crée l'obligation que j'ai de te faire du bien par l'acte y. C'est le rapport objectif né de l'échange de biens ou de services qui met en jeu une justice corrective, non la volonté qui crée des droits et obligations <sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Voy. GOUNOT E., p. 3 et 4; MARTY et RAYNAUD, *Les obligations*, 2e éd., vol. 1, Paris, Sirey, 1988, n° 27 ss.; TANCELIN M.A., *Théorie du droit des obligations*, Presses de l'Université de Laval, Québec, 1975, p. 12; RIGAUX F., *Dictionnaire Arnaud*, V° Volonté, p. 438 et référ.

<sup>47</sup> Voy. DESTOPOULOS C., «La notion de synallagme chez Aristote», *Archives de philosophie du droit*, 1968, pp. 115-127; AUGE G., «Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius», p. 99 à propos d'Aristote; VILLEY M., «Préface historique à l'étude des notions de contrat», p. 6.

## B. Chez les Romains

21. Si les obligations nées «*solo consensu*» apparaissent chez les Romains, ce n'est que tardivement, probablement au II<sup>e</sup> siècle avant J.C., avec le développement des échanges économiques et de façon limitée pour quatre types de contrats: la vente, le louage, la société et le mandat. Avant cela la force obligatoire des conventions réside dans des facteurs objectifs: soit la forme, soit la remise de la chose<sup>48</sup>.

Même dans les obligations consensuelles l'accord ne porte pas tant sur les volontés réciproques que sur les prestations réciproques à effectuer qui sont, elles, la source de l'obligation<sup>49</sup>. Cicéron relève toutefois que la fidélité à la parole donnée est le fondement de la justice<sup>50</sup>. Ceci ne détermine pas la source de cette «parole donnée».

## C. Le moyen-âge et le début de l'époque moderne

22. L'héritage du droit romain va s'imposer. Jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle, les formes dominent. Dès cette époque toutefois, «autant vaut simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain»<sup>51</sup>. Sans doute le droit canon influe-t-il sur l'introduction du consensualisme. L'influence de l'Ecole du droit de la nature et des gens sera déterminante pour «opérer la transmutation des valeurs en faisant passer dans la sphère du droit, des maximes qui ne relevaient précédemment que de la morale»<sup>52</sup>. Dans l'«*Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheid*»<sup>53</sup>, écrit en 1619, Grotius, en introduisant la possibilité pour l'homme de

<sup>48</sup> Voy. GAIUS, *Institutes*, III, 83 ss.; GAUDEMET J., *Le droit privé romain*, Paris, A. Colin, 1974, pp. 127 ss.; de la GRASSERIE R., 1911, p. 312.

<sup>49</sup> GAIUS, *Institutes*, III, 137, «Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet». Sur l'apport des contrats innomés qui «fraient la voie à l'autonomie de la volonté», voy. JONES H., «ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ et consensualisme dans le droit romain des contrats», in *Mélanges Vander Elst*, pp. 397 à 423.

<sup>50</sup> *De officiis*, I, VII, 23.

<sup>51</sup> LOYSEL, cité par de la GRASSERIE R., 1911, p. 597; adde VIOLLET P., p. 600.

<sup>52</sup> AUGÉ G., «Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius», *Archives de philosophie du droit*, 1968, p. 100.

<sup>53</sup> Edit. anglo-néerlandaise de K.W. LEE, Oxford, 1926.

céder une conséquence de sa liberté à autrui, comme il cède sa propriété, postule le libre exercice de la volonté<sup>54</sup>. Cette même liberté assortie au nécessaire respect des promesses déjà rencontré chez Cicéron, fondera sa construction du droit international. Cette liberté n'est pas créatrice, elle n'est que traduction d'un ordre moral préexistant.

Seule la force des faits économiques et historiques des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, permettront le passage d'une philosophie volontariste à une doctrine juridique qui sera, plus tard encore, qualifiée de doctrine de l'autonomie de la volonté<sup>55</sup>. Le credo révolutionnaire affirmant la liberté de l'homme contre l'Etat, le credo libéral du commerce sans entraves engendreront le credo juridique de «la volonté cause première du droit»<sup>56</sup>.

## § 2. Le Code Napoléon

### A. Le Code

23. Le principe s'inscrit à l'article 1134, alinéa 1 du Code Napoléon: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites».

Le texte est clair. Il circonscrit la valeur de loi des conventions par leur propre conformité à la loi. Le cercle n'est pas vicieux, il permettra de hiérarchiser normes impératives et supplétives. Il convient de le rappeler à la lumière des travaux préparatoires: «le contrat légalement formé est une émanation de la loi même et non moins sacrée qu'elle» proclame le tribun Favart<sup>57</sup>. Ce n'est pas tant la volonté que la loi permettant la volonté qui est mise en avant. Les notions de liberté, d'autonomie ne sont guère évoquées dans les travaux préparatoires<sup>58</sup>. Certes,

<sup>54</sup> AUGÉ G., p. 104.

<sup>55</sup> Voy. RANOUIL V., p. 13; GOUNOT E., p. 27; MARTY et RAYNAUD, p. 27.

<sup>56</sup> RIEG A., «Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand», *L.G.D.J.*, Paris, 1961, p. 5.

<sup>57</sup> Rapport fait par le tribun Favart sur les quatre premiers chapitres du Code, titre III pour l'article 1134 (31 du projet), in FENET P.A., t. XIII, p. 319.

<sup>58</sup> PORTALIS, «La liberté du contrat ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique», FENET P.A., I, p. 509.

ces idées sont sous-jacentes, elles «allaient sans dire»<sup>59</sup>. Ainsi libellées, elles limitent toutefois l'autonomie de la volonté aux rapports établis entre les cocontractants dans le respect de la loi<sup>60</sup>.

### **B. Les commentateurs**

24. «L'individualisme juridique, dont l'autonomie de la volonté est un aspect essentiel... est... un des piliers de la culture du XIXe siècle... vécu inconsciemment»<sup>61</sup>. Cette notion, présente dans l'ensemble du droit civil, est l'axiome fondamental du droit des obligations. La force obligatoire des contrats repose sur la volonté des parties. «Cela est d'évidence... puisqu'autrement la convention elle-même n'existerait pas», tel est le commentaire de l'article 1134<sup>62</sup>.

Gounot a traqué l'omniprésence de l'obligation librement consentie, même tacite, comme source de l'ensemble du droit positif dans la doctrine individualiste classique<sup>63</sup>, alors que Ranouil a vainement recherché dans toutes les publications de l'Ecole de l'exégèse l'expression «autonomie de la volonté»<sup>64</sup>. L'évidence ne doit pas s'exprimer, surtout pas en des termes plus proches de la philosophie, et partant du questionnement, que du droit<sup>65</sup>.

---

<sup>59</sup> FLOUR et AUBERT, p. 77.

<sup>60</sup> Voy. DABIN J., *Théorie générale du droit*, n° 35; BATIFFOL H., «La crise du contrat et sa portée», p. 26; DEMOGUER., p. 148.

<sup>61</sup> RANOUIL V., p. 70.

<sup>62</sup> DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon*, 1e éd., Paris, 1868, t. XXIV, n° 387.

<sup>63</sup> GOUNOT E., pp. 61 ss.

<sup>64</sup> RANOUIL V., pp. 76 ss.

<sup>65</sup> On relèvera avec RANOUIL (p. 80) le cas exceptionnel d'Acollas qui, dès 1866, utilise l'expression d'autonomie de l'individu, in «Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique», Paris, p. 13.

### § 3. Après le Code Napoléon

#### A. Apogée

25. Joignant à l'évidence du contrat, comme source du droit, l'expression formelle de l'autonomie de la volonté comme moteur du contrat, la doctrine de la fin du XIXe siècle va porter la notion d'autonomie de la volonté à son apogée dans le droit civil. L'expression «le droit c'est l'autonomie de l'être humain» est lancée par Beudant<sup>66</sup>. Au-delà du slogan, il s'agit de faire du droit «la science de la liberté» ayant pour objet «l'emploi raisonné des facultés de l'homme, la direction de l'activité humaine par l'intelligence et la réflexion»<sup>67</sup>; d'inscrire définitivement le droit dans l'école libérale affirmant l'homme comme source de son propre droit (dans laquelle Beudant classe Grotius, Locke, Montesquieu, Tocqueville) contre l'école absolutiste défendant la prédominance de l'Etat (dans laquelle Beudant range St. Thomas, Machiavel, Hobbes, Rousseau, A. Comte)<sup>68</sup>.

Dans cette optique, comme le reprocheront ultérieurement les détracteurs de l'individualisme juridique, «le droit n'est que la volonté en acte»<sup>69</sup>. Worms exaltera la volonté humaine, même unilatérale, comme source du droit. Le premier, en droit interne, il rapproche les termes autonomie et volonté<sup>70</sup>.

26. Il y a un «véritable engouement» pour la volonté humaine comme source du droit. Toutefois, l'usage du concept d'autonomie de la volonté n'est pas correct et sa définition est inexistante. Il faudra attendre François Geny. Avec l'analyse il

<sup>66</sup> BEUDANT Ch., *Le droit individuel et l'Etat*, Paris, Rousseau, 1891, p. 146.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>69</sup> GOUNOT E., p. 318; RIPERT G., «La règle morale dans les obligations civiles», *L.G.D.J.*, Paris, 1925, p. 36 : «la doctrine de l'autonomie de la volonté est à la fois la reconnaissance et l'exagération de la toute puissance du contrat». C'est probablement oublier les nuances inscrites dans la pensée de Beudant, quelque vigoureuse, et à certains égards datée, soit-elle. Ainsi, Beudant se réfère explicitement à la distinction de Montesquieu entre la liberté philosophique qui n'a de limite que dans la prescription de la morale, la liberté civile, c'est-à-dire à l'état social, qui s'arrête là où elle empièterait sur celle d'autrui et la liberté légale, dans une société organisée, qui n'existe que dans les limites tracées par la loi (BEUDANT Ch., p. 122).

<sup>70</sup> WORMS R., *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation*, Thèse, Paris, 1891, p. 191, cité par RANOUIL, p. 93.

introduit la nuance. Il est erroné de croire que Geny n'aurait produit qu'une définition partielle de l'autonomie de la volonté comme pouvoir de la volonté de créer des actes juridiques alors que l'expression viserait la volonté comme source et mesure des droits subjectifs <sup>71</sup>. «La volonté de l'homme, dit Geny, si flexible, si nuancée, se mouvant sur les faits et s'adaptant à la variété des situations, engendre, *presque directement* <sup>72</sup>, elle-même les résultats juridiques et doit jouir en principe de la plus large autonomie» <sup>73</sup>. C'est consciemment que Geny limite le rôle de l'autonomie de la volonté comme source et non mesure du droit <sup>74</sup>. Rien ne permet, *a posteriori*, alors qu'il est le premier à utiliser les deux mots conjointement sous forme de concept, de reprocher à Geny une définition trop limitée parce que, ultérieurement, les détracteurs de la notion voudront l'étendre pour en souligner l'excès. Il convient de replacer la notion d'autonomie de la volonté chez Geny dans le contexte de sa pensée. Geny entend mettre en cause le fondement de l'analyse exégétique: toute la loi, rien que la loi <sup>75</sup>. Face au credo de la liberté contractuelle fondé sur l'article 1134 du Code, Geny introduit le doute de l'homme. La liberté n'est plus seulement permise par la loi, elle est aussi créée par l'individu en dehors des catégories légales, par son autonomie tout en respectant «l'équilibre des intérêts en présence» <sup>76</sup>. Le principe directeur n'est plus la seule

<sup>71</sup> Ce que considère RANOUIL V., p. 94.

<sup>72</sup> Je souligne ces termes que GENY ajoute dans la deuxième édition (p. 160, n° 73) alors qu'il ne les a pas mentionnés dans la première édition (p. 144, n° 73), ce qui explique la citation faite par RANOUIL sans ces termes (p. 93).

<sup>73</sup> GENY Fr. R., *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, 1ère éd. 1899, 2e éd. 1954, Paris, L.G.D.J., 2 vol., n° 73. Les références sont celles de la deuxième édition. Lorsqu'elle comporte une modification de la première édition, elle est mentionnée.

<sup>74</sup> Geny écrit très explicitement: «A quelle condition la volonté fera-t-elle loi? Ceci, à vrai dire et bien qu'on s'y soit trompé parfois (et Geny fait référence à l'article de AUBRY au *Clunet* de 1896 dénonçant cette même erreur en droit international privé, *infra*, n° 69) ne peut se trancher par la seule considération de la volonté elle-même et des circonstances qui en révèlent la portée. Ce serait... confondre les effets avec leurs conditions mêmes. Celles-ci, évidemment, ne peuvent se déterminer, en dehors de toute analyse du contenu des volitions particulières exprimées dans un cas donné, qu'en tenant compte des intérêts tant sociaux qu'individuels qui requièrent, outre une liberté et une conscience psychologiquement certaines, une manifestation et une fermeté de vouloir assurées, mais qui exigent en même temps que, moyennant ces éléments, le droit positif n'hésite pas à reconnaître un acte juridique pleinement obligatoire», p. 157.

<sup>75</sup> Préface à la 2e édition, p. XI: «... mon idée capitale, suivant laquelle une interprétation juridique qui prétend se contenter de la seule loi écrite, ou bien se dupe manifestement elle-même, ou reste impuissante à satisfaire les besoins légitimes de la vie».

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 167.

loi mais «la justice et l'utilité générale»<sup>77</sup>. Loin d'être la consécration formelle de l'exégèse de l'article 1134 du Code civil, la notion d'autonomie de la volonté posée par Geny est l'introduction dans le droit d'un espace où l'homme détermine librement, dans le respect de critères, certaines règles auxquelles se soumettre<sup>78</sup>. Plus qu'à son apogée quantitative, la notion d'autonomie de la volonté est, chez Geny, à la naissance de son exacte étendue. C'est toutefois à l'encontre d'une notion d'autonomie de la volonté plus largement utilisée, comme symbole de l'individualisme juridique, quoique dans le domaine restreint de la liberté contractuelle, que l'attaque va se développer au XIX<sup>e</sup> siècle.

### B. Déclin

27. Le principe d'un individualisme absolu se heurte à l'évolution socio-politique. La liberté contractuelle théorique ne peut résister au constat de l'inégalité des volontés en présence. Beudant, qui voit dans la législation du travail un risque d'intervention de l'Etat «dans toute la vie privée, (y substituant) sa volonté à celle des particuliers»<sup>79</sup>, ne pourra enrayer l'intervention d'un droit protecteur de la partie faible. L'estocade est donnée en 1912 par la thèse d'Emmanuel Gounot: «Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique». Le sous-titre fait sens: au travers du concept d'autonomie de la volonté, c'est l'individualisme juridique qui est visé. Gounot entend rapprocher le droit de la vie, la théorie — qui dans son abstraction deviendrait fiction<sup>80</sup> — de la réalité, en substituant à la liberté «le bien commun comme fin suprême de l'ordre juridique»<sup>81</sup>. En cela, il est dans la lignée de Geny. Le droit ne naît plus *ex voluntate* mais *cum voluntate*, la volonté n'est plus le but du droit mais le moyen

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>78</sup> Conclusion de la 2<sup>e</sup> édition, p. 409: «En pénétrant plus à fond, le débat entre l'école de l'exégèse et la méthode de libre recherche scientifique, on pourrait, je crois, y découvrir une lutte entre les prétentions de l'Etat à régenter la vie sociale par ses seules prescriptions impératives, et les efforts de l'individu pour maintenir, sous la tutelle indispensable de l'autorité publique, sa part irréductible d'autonomie».

<sup>79</sup> BEUDANT Ch., p. 283.

<sup>80</sup> GOUNOT E., p. 13.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 103.

de réaliser la justice, le bien commun <sup>82</sup>. Ce questionnement téléologique sera, sous divers aspects, chez Gounot et dans la doctrine ultérieure, appuyé par deux critiques principales portées au principe de l'autonomie de la volonté en tant que source et mesure du droit:

- 1° La volonté n'est rien sans la loi. Seule la loi, le droit positif, donne force à la volonté. La véritable source du droit est donc la loi, non la volonté. Celle-ci n'est qu'un «commutateur, donnant passage à un courant dont la source est ailleurs» <sup>83</sup>
- 2° La libre volonté est une fiction face à l'inégalité des parties en cause (contrats d'adhésion, de travail...) <sup>84</sup>. Cette fiction repose sur l'abstraction d'un individu hors la société.

### C. Renaissance

28. L'estocade ne fut pas mortelle. Certes, la notion d'autonomie de la volonté et l'individualisme juridique ont connu un net recul <sup>85</sup>. Il paraissait vain, et tel ne fut pas la volonté des principaux auteurs, de supprimer une notion inscrite aussi fondamentalement dans les rapports juridiques tant en théorie qu'en pratique. Le principe d'autonomie de la volonté reste «une des bases, non seulement de notre droit mais encore de tous les droits, et... il se passera encore des millénaires avant qu'on puisse s'en détourner» <sup>86</sup>.

La critique devait au contraire enrichir le concept en le précisant et en lui ôtant son aura de dogme. Dans la matière contractuelle, si «l'autonomie de la volonté n'est plus absolue, elle demeure la règle» <sup>87</sup>. La loi, conformément à la finalité du bien

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 333, 335, 339, 450, 458.

<sup>83</sup> MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, Paris, 1956, n° 116, cité par RIEG A., «Le rôle de la volonté», p. 6; *adde* WALINE M., p. 213: l'article 1134 du Code civil n'est pas reconnaissant mais attributif de droit aux conventions des parties. LEVY P.R., *Des manifestations tacites de volonté en matière civile et commerciale*, Lyon, Bose frères et Riou, 1927, p. 24.

<sup>84</sup> GOUNOT E., p. 82; VILLEY M., «Préface historique à l'étude des notions de contrat», p. 1; de la GRASSERIE R., 1911, p. 300.

<sup>85</sup> MARTY et RAYNAUD, 1988, p. 48; WALINE M., p. 413.

<sup>86</sup> DE PAGE H., *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, p. 160.

<sup>87</sup> FLOUR et AUBERT, vol. I, p. 85.

commun assignée au droit, aura notamment pour objectif d'autonomiser réellement les volontés en présence en modalisant les influences dont elles peuvent faire l'objet. Ainsi en droit de la consommation, le législateur donnera aux particuliers les moyens d'une volonté libre et éclairée<sup>88</sup>.

29. Ironiquement, la loi revient ainsi au service de la volonté. L'histoire de la notion d'autonomie en droit interne serait-elle pendulaire? Il faut, à ce stade, renvoyer au premier chapitre de l'étude. Si la finalité du droit est le bien commun, la part de la volonté comme source créatrice de cette finalité relève de la philosophie politique. Par contre, la juste place de la volonté, comme créatrice de rapports ordonnés au sein de cette finalité est une question posée au juriste. Elle peut s'analyser au sein de différents domaines du droit interne. Elle n'est toutefois pas indépendante de l'évolution socio-politique de la vie en société marquée, à l'heure actuelle, par une revendication d'autonomisation de la sphère du privé face à un pouvoir d'administration croissant de l'Etat à l'égard de ses citoyens.

## Section 2. Les domaines d'application

### § 1. Généralités

30. La volonté va trouver place dans différents domaines du droit. Certes, son terrain d'élection est celui des rapports privés, plus encore, des rapports contractuels (§ 2). Ce n'est toutefois pas un terrain exclusif (§ 3). Dans tout domaine, «la règle issue de la volonté offre cette supériorité, sur la règle dictée d'ajouter à la force abstraite de l'obligation, le stimulant de l'engagement personnel, ce qui double son efficacité»<sup>89</sup>. En posant la règle de la liberté, le droit obéit à «la loi de l'économie des forces»<sup>90</sup>. Seules les dispositions impératives marquent les limites de cette liberté selon

<sup>88</sup> Voy. ARMAND-PREVOST M., RICARD D., «Le contrat déstabilisé, de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel», *J.C.P.*, 1979, I, 2952; CHARDIN N., p. 203 et l'«Introduction» de AUBERT J.L., p. 1; *adde* FLOUR et AUBERT, p. 89.

<sup>89</sup> DABIN J., «Théorie générale du droit», p. 252, n° 217.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 254, n° 218.

le critère de «ce que recommande la prudence»<sup>91</sup>. Dès lors, l'idée d'une variabilité dans le temps de l'importance donnée à la liberté dans tel ou tel domaine du droit se comprend. L'évolution des mœurs, l'évolution des contraintes sociales, des conditions propres à l'exercice éclairé — éduqué — de la liberté modulent le degré de prudence souhaité par les hommes dans tel rapport social, exigé par le droit dans tel rapport juridique. Ce qui, à certains égards, constituait «les colonnes de l'édifice social»<sup>92</sup> pourrait devenir le terrain gardé de la vie privée imposant le droit au respect de son autonomie. Inversement, des rapports contractuels jugés privés pourront s'inscrire dans un ordre social dictant certaines règles. On songe respectivement au droit familial et au droit du travail.

L'ordre social a fortement évolué, notamment par la formalisation des textes relatifs aux droits de l'homme et aux «libertés fondamentales», vers un principe prioritaire du respect de la liberté individuelle limité par la protection des individus en position de faiblesse et contrôlé par certaines contraintes nécessaires à l'organisation d'un Etat démocratique. Ainsi l'intervention réglementaire dans le droit de la famille n'aura plus tant pour objet de consolider une institution facteur d'ordre dans la société (par l'autorité d'un membre, la transmission de la fortune et du nom...) que de protéger les membres «faibles» de la cellule familiale (femme et enfants d'abord, enfants surtout une fois l'égalité des époux approchée). En droit du travail — comme dans d'autres branches nouvellement qualifiées: droit de la consommation, droit de l'environnement — la liberté des individus d'agir, par voie contractuelle ou non, sera limitée d'une part par la recherche d'un équilibre des volontés en présence, d'autre part par la prudente nécessité de maintenir des rapports sociaux ordonnés (paix sociale, consommation équilibrée) et viables (respect de la nature).

Ainsi l'évolution dans le temps de la notion d'autonomie de la volonté se conjugue avec la variabilité de son champ d'application matériel.

---

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 254, n° 219 et DABIN J., «Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes mœurs, sanction de la dérogation aux lois, en droit privé interne», *Annales de droit et des sciences politiques*, Louvain, t. VIII, 1940, p. 194, avec une plus grande réserve quant à l'extension du principe de liberté des faits aux actes et règlements juridiques (p. 195).

<sup>92</sup> DABIN J., «Théorie générale du droit», p. 254, n° 219.

## § 2. Le domaine contractuel

### A. Le principe

31. Selon une des définitions traditionnelles, «le principe de l'autonomie de la volonté exprime une doctrine de philosophie juridique suivant laquelle l'obligation contractuelle repose exclusivement sur la volonté des parties: volonté qui est à la fois la source et la mesure des droits acquis, comme des charges assumées par ceux qui l'ont exprimée»<sup>93</sup>.

La matière des contrats demeure le domaine privilégié de l'autonomie de la volonté. Plus que l'expression d'une volonté autonome, le contrat est la rencontre de deux ou plusieurs volontés. Mieux que par l'expression d'une volonté isolée, c'est par l'accord des volontés que la recherche d'un bien commun semble garantie. De ce fait, le contrat deviendra l'instrument de pénétration de l'autonomie de la volonté dans d'autres domaines que celui des obligations contractuelles (§ 3). De ce fait également, les limites à l'exercice de la volonté en matière contractuelle auront pour objet de permettre l'accord réel de volontés. Or cela est fictif. Par définition, l'accord de deux volontés ne peut être réel en se situant en un point précis dans le temps et dans l'espace. Chaque volonté s'est décidée seule à un moment unique dans sa raison. Kant a extrait la volonté et le consensualisme du monde empirique des phénomènes pour les placer dans le monde des noumènes qui permet de comprendre le caractère intemporel du contrat et d'en situer la source non dans une volonté particulière mais dans «la volonté en tant que faculté législative de la raison»<sup>94</sup>. L'expression de l'autonomie de la volonté dans d'autres domaines du droit n'est en conséquence pas liée aux formes juridiques qu'elle prend dans le contrat.

---

<sup>93</sup> FLOUR et AUBERT, vol. I, p. 69.

<sup>94</sup> GOYARD-FABRE S., «Les sources du droit et les "révolutions coperniciennes": quelques réflexions sur Kant et Rousseau», *Archives de philosophie du droit*, 1982, p. 75.

## B. Les limites

### 1) Générales

**32.** Il y a trois principales limites générales au libre exercice de la volonté: la théorie de la cause, la théorie de l'imprévision et les formalismes. Elles ont été élaborées par la théorie avant même les critiques portées à la fiction d'une volonté libre. La première, la *théorie de la cause*, est antérieure au Code civil<sup>95</sup> qui l'inscrira dans les articles 1106, 1131 et 1133. La théorie de la cause comporte deux idées. Premièrement, toute obligation contractuelle doit avoir une contrepartie et une fin sociale légitime. Deuxièmement, l'interprétation, par le juge, de cette fin sociale (qualifiée d'ordre public et des bonnes mœurs) est limitée. C'est la licéité de la cause qui est interprétée, c'est-à-dire le but du rapport contractuel, non les motifs, les raisons contingentes et subjectives de ses auteurs. Quelque critiquable que soit cette distinction, la théorie de la cause a permis à certains auteurs de mettre en avant la subordination de la volonté contractuelle à la justice, aux fins du droit<sup>96</sup>; à d'autres auteurs de préciser la part d'influence des volontés des individus ou du juge sur les éléments objectifs et subjectifs du contrat<sup>97</sup>.

Plus qu'une limite, la *théorie de l'imprévision* apporte une adaptation au principe de la liberté contractuelle. Elle rencontre le déséquilibre résultant d'une modification importante et imprévisible de données fondamentales dans la relation contractuelle. L'exemple topique est la dévaluation consécutive de la monnaie dans laquelle l'obligation d'une des parties est concrétisée. Le pouvoir judiciaire doit-il intervenir pour rétablir l'équilibre existant au moment de la conclusion du contrat ou, présumant que la volonté des parties doit tout prévoir, laisser les choses en l'état. L'alinéa 3 de l'article 1134 stipulant l'exécution de bonne foi des conventions plaide en faveur de l'adaptation. L'importance de l'objet du contrat au sein de l'ordonnement social, ses liens avec l'ordre public, seront un critère d'intervention. Il en résulte une tendance plus grande à

<sup>95</sup> GOUNOT E., p. 361, notes 1 et 2.

<sup>96</sup> GOUNOT E., p. 24 et 360 ss.; DE PAGE H., «L'obligation abstraite...», p. 31; RIPERT G., p. 60.

<sup>97</sup> TERRE Fr., «L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications», Paris, *L.G.D.J.*, 1957, p. 565.

intervenir dans la jurisprudence administrative que dans la jurisprudence judiciaire <sup>98</sup>.

Enfin, certains *formalismes* limitent la liberté contractuelle. C'est plus encore la réalité qui impose ses limites à la vision théorique du contrat comme accord des volontés. Ce seront les contrats d'adhésion, de fait, prolongés...

## 2) *Contrat de travail*

33. Nécessité sociale pour certains <sup>99</sup>, atteinte dangereuse à la volonté des particuliers pour d'autres <sup>100</sup>, le droit du travail a modalisé fortement la liberté contractuelle des parties et limité le rôle qu'y tient la volonté <sup>101</sup>. Toutefois, l'évolution récente des jurisprudences laisse apparaître un certain recul des protections réglementaires au bénéfice de la liberté contractuelle. Le contexte européen complexifie la recherche des causes de cette évolution. Deux facteurs peuvent être avancés: la modification des rapports de force en présence, l'extension du domaine du privé réglé de façon autonome sans contrainte. L'évolution des modes de production peu suivi d'une redistribution du temps de travail, engendre des positions concurrentielles des demandeurs d'emploi face au chômage, favorisant l'individualisation des rapports juridiques de travail. Ce constat, comme les plaidoyers du début du siècle à l'encontre de l'autonomie de la volonté, appelle à la prudence: cette autonomie n'est pas toujours le signe d'une liberté choisie par l'individu. Les rapports sociaux au sein desquels cette liberté s'exerce ne sont pas neutres.

## 3) *Contrat de consommation*

34. Le droit de la consommation a aussi pour objet de rétablir l'équilibre des volontés en présence par des mécanismes

<sup>98</sup> MARTY et RAYNAUD, n° 250; RIPERT G., «La règle morale dans les obligations civiles», p. 137. Voy. plusieurs exemples dans la jurisprudence de droit international privé relativement aux «clauses-or» dans les contrats, où l'intérêt social du maintien d'une stabilité et de la confiance dans les opérations commerciales et financières pousse à l'intervention (*infra*, n° 64, 69, 75).

<sup>99</sup> GOUNOT E., p. 280.

<sup>100</sup> BEUDANT Ch., p. 283.

<sup>101</sup> de la GRASSERIE R., p. 249.

permettant au consommateur de développer une volonté libre et réfléchie <sup>102</sup>. C'est, dans un sens autre du qualificatif, la mise en place d'une volonté autonome, par l'octroi de délais de réflexion, d'information, par les mécanismes de crédit contrôlé, de présomption, d'obligations dans le chef du professionnel. Le développement de la consommation privée chez tous les membres du corps social rend les acquis protectionnels, par voie réglementaire et jurisprudentielle, plus fermes actuellement qu'en droit du travail. Si tout le monde, y compris le juge et le législateur, est consommateur, les rapports de subordination dans le travail concernent des catégories de personnes moins larges. L'universalité du domaine l'incorpore à la chose publique, voire à l'ordre public, facilitant la percée mais surtout le maintien des limites à la libre expression de la volonté, fût-ce sous le couvert, moins performant en droit du travail, de la création d'une volonté libre <sup>103</sup>.

### § 3. Exclusion des autres domaines ?

#### A. *Droit de la famille*

35. En droit privé, le domaine des relations familiales est traditionnellement exclu, pour une grande part, de l'autonomie de la volonté. L'organisation de la famille serait «au-dessus des conventions privées» <sup>104</sup> et plus sujette aux mutations de fait qu'aux «effets perpétuels d'une volonté éphémère» <sup>105</sup>. Les percées contractuelles (contrat de mariage, d'adoption, de reconnaissance, testament...) seraient sans signification particulière se situant toujours dans le cadre légal de l'organisation familiale.

On admet que le volet patrimonial du mariage soit régi sous forme contractuelle. Ce n'est plus l'immutabilité des conventions

---

<sup>102</sup> ARMAND-PREVOS R., RICARD D., p. 2952; CHARDIN N., pp. 2, 36, 51, 203; FLOUR et AUBERT, p. 89.

<sup>103</sup> TERRE Fr., «Sur la sociologie juridique du contrat», *Archives de philosophie du droit*, 1968, p. 84: «La théorie des jeux, si éclairante soit-elle, exclut, semble-t-il, le rôle de la volonté au sens où les juristes l'entendent».

<sup>104</sup> MARTY et RAYNAUD, p. 76.

<sup>105</sup> de la GRASSERIE R., p. 249.

matrimoniales qui prouve qu'elles se situent dans un cadre institutionnel: celui de l'union conjugale <sup>106</sup>.

Partiellement relié aux relations familiales, le droit successoral donne sans conteste une place prépondérante à l'autonomie de la volonté par la voie testamentaire.

Le règlement volontaire des relations familiales quotidiennes n'est pas négligeable. La place générale de l'autonomie au sein de la réglementation du droit familial est bien certaine <sup>107</sup>. Elle a tendance à s'accroître pour supplanter la réglementation ou en réduire la part impérative dans la mesure même où l'aspect domestique, privé, de la vie de couple ou de famille supplante les fins sociales qui y sont assignées (*infra*, n° 146). La formalisation du droit au respect de la vie privée et familiale, en Europe à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux Etats-Unis dans la jurisprudence de la Cour Suprême <sup>108</sup>, accentue cette tendance. L'autonomie de la volonté n'en est pas absolue mais se replace, comme en matière contractuelle, à sa juste mesure, celle de la balance des intérêts en présence, ceux de l'individu et ceux de l'Etat.

## B. Droit public

36. L'idée de Rousseau qui fonde la société sur un contrat a été critiquée au motif qu'«une telle convention ne se trouve dans aucunes annales» <sup>109</sup>. Sur quelle autre fiction reposent les démocraties parlementaires et le droit public qui les régit? N'y a-t-il pas contrat fictif entre l'élu et ses électeurs, alors même que la réalité du contrôle électoral est épisodique et ténu; que les coalitions gouvernementales n'en reflètent qu'infidèlement les choix?

<sup>106</sup> BATIFFOL H., «La crise du contrat et sa portée», p. 20.

<sup>107</sup> DABIN J., «Autonomie de la volonté», p. 135, note 2: «Sans doute, les relations de famille sont réglées, en principe, de façon impérative. Mais il y a lieu de remarquer que, en cette matière, le règlement légal est composé de principes très généraux, dans le cadre desquels l'autonomie peut se mouvoir fort à l'aise, sous forme de règlements intérieurs, d'ordre domestique». *Adde* DABIN J., «Théorie générale du droit», p. 151, n° 13.

<sup>108</sup> Voy. RIGAUX F., «Vie privée», p. ex. n° 113 ss.

<sup>109</sup> de la GRASSERIE R., 1913, p. 88.

37. Le droit public connaît deux notions différentes d'autonomie: d'une part, l'autonomie propre à la volonté des citoyens de l'Etat, fondatrice et reproductrice de son système d'administration; d'autre part, l'autonomie des pouvoirs locaux ou régionaux, initiatrice d'une administration plus proche des citoyens. Parfois même, dans certains domaines, l'initiative laissée à la libre volonté de particuliers s'avère un instrument performant de réalisation du bien public <sup>110</sup>. Ce sont les multiples associations constitutives de ce que le vocabulaire contemporain appelle la société civile. Diverses dispositions constitutionnelles édictent un principe de liberté auquel il ne peut être dérogé par une loi (Constitution belge, articles 7, 10, 11, 14, 17, 22...). En cela, la Constitution non seulement reconnaît, mais garantit des libertés fondamentales qui sont l'expression des volontés des citoyens. En dehors du contrat fondateur, le droit public assied de la sorte une part importante de sa légitimité sur la défense de l'autonomie de la volonté individuelle.

### Section 3 Le droit comparé

38. L'exploration de quelques domaines matériels du droit interne peut s'enrichir de l'évocation succincte de certaines notions liées à l'autonomie de la volonté dans d'autres systèmes de droit.

#### § 1. Le droit civil allemand

39. Si le droit interne allemand se rattache au système du droit civil, les notions de volonté qui y sont développées procèdent d'approches sensiblement différentes. Alors qu'en France la révolution a donné au principe d'autonomie la force d'un dogme, symbole de liberté, à l'encontre duquel les opposants devront adopter des positions tout aussi tranchées; en Allemagne, la notion a toujours été plus proche d'un principe philosophique, discutable comme tout principe de cette nature <sup>111</sup>. Tout en

<sup>110</sup> Sur le principe voy. GENY Fr., p. 151; DABIN J., «Théorie générale du droit», p. 252, n° 217.

<sup>111</sup> Voy. PERROT R., «Préface» à RIEG A., «Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil français et allemand», L.G.D.J., Paris, 1961, p. II; sur ces questions *adde*

s'accordant sur la définition du contrat comme une manifestation de la volonté en vue de réaliser certains effets, les auteurs vont s'affronter sur la part de chaque élément constitutif. Pour les tenants de la «Willenstheorie» (Thibaut, Puchta, Savigny, Windscheid, Zitelmann), le fondement du contrat est la volonté seule, la déclaration n'en est qu'une manifestation extérieure. Pour les tenants de l'«Erklärungstheorie» (Bülow, Roeber, Lotmar, Schall, Hartmann, Köhler, Isay) ce qui importe c'est la volonté de déclaration (Erklärungswille), non la volonté de l'effet (Wirkungswille). Les deux écoles s'accorderont pour placer la volonté sous la dépendance du droit objectif, considérant qu'elle ne produit d'effet juridique que par la volonté de la loi <sup>112</sup>. Elles ne s'accorderont pas sur le rôle respectif de la volonté interne et de la déclaration. Un des apports essentiels de Savigny est d'avoir détaché la notion contractuelle du domaine limité des obligations pour catégoriser trois types de «vertrag»: obligatoires, réels, et de famille. Cette doctrine, et le B.G.B., offrent à la volonté un domaine d'exercice plus large qu'en droit interne français. Les «contrats de famille» sont ceux qui fixent les rapports de droit au sein de la famille, le mariage, l'adoption, l'émancipation <sup>113</sup>.

Ces notions de droit interne expliquent pour partie l'évolution du droit international privé allemand faisant une place à l'autonomie de la volonté dans les matières de statut personnel. S'en distingue une notion d'autonomie législative ayant jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle permis à certains groupes — essentiellement les familles de haute noblesse — de constituer des lois particulières <sup>114</sup>.

---

RIEG A., «Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX<sup>e</sup> siècle», *Archives de philosophie du droit*, 1968, p. 31; SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, 1904. Contre l'école historique, voy. BEUDANT Ch., 1891, p. 189; HAYEK F.A., vol. I, 1980, p. 25.

<sup>112</sup> L'influence de Ihering restituant l'homme et les «intérêts de la vie» comme fin du droit fut importante.

<sup>113</sup> SAVIGNY F.C., t. III, § 140, p. 329.

<sup>114</sup> Sur la classification de l'autonomie législative en dérivé du principe général d'autonomie de la volonté (Privatautonomie) plutôt qu'en institution législative source de droit objectif, voy. GENY Fr., p. 245, n° 93.

## § 2. La common law

40. L'individualisme anglo-saxon est plus empirique et utilitaire que l'individualisme rationaliste de l'école française. Les auteurs et la jurisprudence anglaise vont, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, développer la doctrine de «consideration». La «consideration» est la contre partie nécessaire de la promesse pour que celle-ci devienne obligatoire <sup>115</sup>. De «good reason», la contrepartie s'est précisée en valeur financière.

Cette contrepartie peut être un bénéfice dans le chef de la personne à qui la promesse est faite ou une perte dans le chef du promettant. On retrouve des notions proches du συναλλαγμα (*supra*, n° 20). Avec le temps, la «consideration» devient le prix payé sous forme d'acte ou d'abstention par le bénéficiaire pour la promesse du promettant. La même notion de «consideration» comme prix de la promesse se retrouve au § 75 de l'American Restatement of Contracts. Outre l'accord formel, il faut donc une cause objective pour que la volonté produise des effets de droit. L'offre est rétractable tant que la «consideration» n'a pas été donnée. A côté des engagements sanctionnés du fait d'une «consideration» existent les engagements sanctionnés du seul fait du respect des formes précises: ce sont les deed, contracts under seal. Le deed doit être écrit, scellé et délivré par le débiteur au créancier. La formalité de délivrance crée l'obligation qu'elle qu'en soit la cause sauf un motif illicite <sup>116</sup>. Eloigné des recherches sur la volonté interne, le droit anglo-saxon s'attache à la déclaration de la volonté ou à la contrepartie qui la fonde. Inspiré dans son droit écrit par le code civil mais influencé en sa jurisprudence par la théorie de la «consideration», le droit du Québec marie la théorie subjective de la cause et les éléments objectifs de la «consideration» <sup>117</sup>.

<sup>115</sup> Voy. CHESHIRE et FIFOOT'S, *Law of contract*, 9<sup>e</sup> éd., par M.P. FORMSTON, London, Butterworths, 1976, p. 62 ss. et l'introduction historique de SIMPSON, p. 7 ss.; ZAKI H., *L'imprévision en droit anglais*, Paris, Arthur Rousseau, 1930, p. 161 ss.

<sup>116</sup> DE PAGE H., «L'obligation abstraite», p. 92.

<sup>117</sup> TANCELIN M.A., p. 84.

### § 3. Le droit musulman

41. Le droit musulman classique ou le Fiqh s'est élaboré sur une quadruple base: la révélation du Coran, la Sunna qui recouvre les paroles du prophète, telles que rapportées par la tradition (hadiths), l'Ijma ou accord quasi-unanime des docteurs de la loi et la Qiyas ou raisonnement analogique permettant de rattacher une espèce aux règles <sup>118</sup>. En réalité, la seule source formelle du Fiqh est l'interprétation de la doctrine, aucune autorité, autre que Dieu, n'ayant en principe compétence pour dire la loi <sup>119</sup>. De ce fait, des écoles se sont développées. Au sein du rite sunnite, distinct du rite chiite, il y a quatre grandes écoles dont l'appellation dérive du nom de leur fondateur; hanafite, chaféite, hanbalite, malékite. L'école malékite domine le droit musulman des pays du Maghreb (Maroc, Algérie, Tunisie). Les codifications modernes, qui sont apparues dans ces trois pays durant la deuxième moitié du XXe siècle, ne rendent nullement le Fiqh désuet. D'une part, elles ne sont sur plusieurs points, et particulièrement en matière de statut personnel, qu'une formalisation du Fiqh avec certains emprunts à d'autres écoles qui justifient le fait de «légiférer» <sup>120</sup>. D'autre part, le Fiqh, d'interprétation malékite, demeure la source complémentaire à défaut de texte.

42. La distinction entre le fait juridique et l'acte juridique est fondamentale en droit musulman classique. C'est à l'intervention de la volonté de l'homme qu'un fait devient acte juridique <sup>121</sup>. Il ne s'en déduit pas que cette volonté est libre et sans limite. A l'inverse du droit occidental, la volonté ne connaît pas de limites formelles. Le droit musulman classique est «un système essentiellement consensuel» <sup>122</sup>. La limite est une limite de fond: la volonté ne peut s'exprimer que dans le respect de la loi religieuse, de la Shari'a. Tout est dans l'intention (niyya) qui, d'abord état d'esprit, intention pieuse, est une notion qui s'est développée pour approcher l'animus comme «acte de volonté dirigé vers l'accomplissement d'un devoir religieux» <sup>123</sup>. Selon les écoles, le

<sup>118</sup> TARAZI S. E. D., p. 362; TAVERNE M., p. 9.

<sup>119</sup> LINANT de BELLEFONDS Y., vol. 1, p. 20.

<sup>120</sup> *Idem*, p. 42.

<sup>121</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>122</sup> SCHACHT J., p. 124; CHARLES R., p. 83.

<sup>123</sup> *Idem*, p. 101.

domaine laissé à ce que nous appellerions l'autonomie de la volonté va varier entre deux extrêmes. Pour les Zahirites, ancienne école non reprise ci-dessus, il n'y a pas d'autonomie de la volonté, pas de contrat possible en dehors des prescriptions de la Shari'a. En quelque sorte, tout ce qui n'est pas permis est défendu. A l'opposé, pour l'école hanbalite, l'autonomie de la volonté peut s'étendre, par voie de contrat tant qu'elle ne s'oppose pas à la Shari'a. En d'autres termes, tout ce qui n'est pas défendu est permis. Il est intéressant de relever que l'interprétation de l'école malékite est très proche de l'interprétation extensive de l'école hanbalite. Les clauses contractuelles y seront en principe valables dans la mesure où elles complètent ou précisent la Shari'a, ce qui est normal, mais aussi tant qu'elles ne contrarient pas les effets normaux de la Shari'a. Dans ce dernier cas même, la sanction varie selon l'étendue de la contrariété. Si la clause contraire porte sur l'effet principal de l'acte, il sera annulé. Si la clause contraire ne touche qu'un effet secondaire, seule la clause sera nulle, l'acte conservant sa validité <sup>124</sup>.

L'autonomie de la volonté est ainsi plus limitée que celle déduite des conceptions libérales européennes mais aussi des interprétations européennes qui soumettent le contrat à la loi dans la mesure où la loi qui la contrôle est ici plus impérative et plus stricte. Par contre, et ceci est remarquable, le principe ne connaît pas de limites matérielles, horizontalement il peut s'étendre à toute matière dans le respect de la Shari'a. Ainsi, en matière de statut personnel, le mariage peut, dans les mêmes limites, faire l'objet de dispositions contractuelles ou de clauses annexes (dites Shurût), par exemple pour certaines écoles avec certitude en matière de polygamie, moyennant condition en matière de répudiation (*infra*, n° 144 et 150) <sup>125</sup>.

**43.** Les codifications montrent un attachement plus marqué au Fiqh dans les matières de statut personnel et une influence plus forte des conceptions occidentales héritées des colonisations dans la matière des obligations. Au Maroc, les obligations sont

<sup>124</sup> LINANT de BELLEFONDS Y.; sur le rite hanéfite, plus strict: CHEHATA C., «Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite»: «Tout accord de volonté est efficace pourvu qu'il ne déroge pas aux principes établis» (p. 105); *adde* du même auteur: «Le concept de contrat en droit musulman».

<sup>125</sup> LAPANNE-JOINVILLE J., «Les conventions annexes au contrat de mariage en droit musulman malékite»; SAREHANNE F., «Les contrats entre époux en droit international privé marocain».

encore régies par un code datant de l'époque du Protectorat <sup>126</sup>. Ce Code se caractérise par un individualisme juridique accru par l'influence occidentale sur l'école malékite qui y était déjà sensible.

La doctrine marocaine contemporaine considère que «la volonté demeure l'élément fondamental dans la création des obligations et la fixation de leur étendue», relevant que la jurisprudence n'hésite toutefois pas à faire appel au droit musulman, ou même aux coutumes locales pour compléter le silence du code dans plusieurs domaines <sup>127</sup>. En matière de statut personnel, le Maroc s'est doté, dès 1957, d'un Code de statut personnel appelé Mudawanna <sup>128</sup>. Ce code sera approfondi dans la partie consacrée au statut personnel (*infra*, n° 137 ss.). Il suffit ici de relever qu'il confirme la place de la volonté sous forme contractuelle, une disposition prévoyant la possibilité d'exclure contractuellement la polygamie (article 31), une autre prévoyant la nullité des conditions, c'est-à-dire des clauses annexes, contraires à l'essence ou au but du mariage (article 38).

Les codifications marocaines confirment l'impression générale dégagée du droit musulman quant à la place de l'autonomie de la volonté en droit interne. Celle-ci est plus limitée, contrôlée dans ses effets par le fondement religieux du droit mais plus étendue quant aux matières qu'elle peut influencer.

**44.** Axé sur la psychologie de l'agent ou sur la déclaration formelle, dans le domaine des rapports économiques ou de vie privée, le droit a fait une place variable mais certaine à la volonté des individus. Dogme ou concession, source première ou mise en œuvre de la loi, l'autonomie de la volonté est réelle au sein de l'ordonnement juridique. Pas plus un système qu'un domaine ne paraît pouvoir l'exclure totalement. Expulsée, elle réapparaît par nécessité. A la certitude de sa place nécessaire, s'adjoint le constat de sa variabilité dans le temps, l'espace et les matières. La

<sup>126</sup> Dahir formant Code des obligations et des contrats, 12 août 1913 (appelé D.O.C.: Dahir sur les obligations et les contrats), *B.O.*, n° 46, 12 septembre 1913, p. 78. BLANC F.P., «Les obligations et les contrats en droit marocain. D.O.C. annoté».

<sup>127</sup> ZEROUAL, pp. 40 et 42.

<sup>128</sup> Code de statut personnel et des successions, Dahirs des 22 novembre et 18 décembre 1957, des 25 janvier et 20 février 1958. Texte in «Documentation sur le statut juridique des musulmans en Belgique», U.C.L., Louvain-la-Neuve, 1990, p. 199.

détermination par les hommes des règles qu'ils se donnent en certaines matières dépend de la place laissée au privé, inversement proportionnelle à celle déléguée à l'Etat organisateur des rapports sociaux. Temps de guerre, temps de paix, de richesse ou de pauvreté; les rapports de force jouent, avec un certain décalage dans le temps, les gardiens des frontières entre ces espaces publics et privés. Transposée, non sans parallélisme mais avec des distinctions, à la réglementation destinée à régir des situations juridiques dépassant les frontières nationales, la notion d'autonomie de la volonté va revêtir une apparence plus technique.

### Chapitre III. EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

#### Section 1. Généralités de droit international privé

45. La vie concrète s'inscrit dans le temps et dans l'espace. D'un point de vue juridique, le premier facteur touche toute personne. En conséquence, il est rencontré dans toutes les législations par certains principes (non rétroactivité des lois) ou dispositions particulières (droit transitoire). Le deuxième facteur, l'espace, ne touche que certaines catégories de personnes: celles qui se meuvent au-delà des frontières des pouvoirs édictant des règles générales et abstraites ou celles qui nouent des relations par delà ces frontières. L'objet du droit international privé est d'appréhender ces situations transfrontières. En relief, multipliant les facettes du problème, viendra s'imprimer le facteur temps <sup>129</sup>. Deux méthodes d'approche sont possibles compte tenu de la diversité des législations dans l'espace. Dans la première, partant de ces dernières, il convient d'assigner à chaque législation son champ d'application dans l'espace: quelles situations entend régir cette loi? C'est la méthode unilatérale.

---

<sup>129</sup> RIGAUX F., «Espace et temps en droit international privé», *R.I.E.J.*, 1989, p. 107. AGO, p. 349, refuse le parallélisme entre les conflits interspatiaux et intertemporels, non pas qu'il nie, mais néglige, l'interaction des deux facteurs. Le droit international privé a, de son point de vue positiviste, pour objet d'être «un droit spécial pour une catégorie donnée de faits et de rapports» non de limiter le droit matériel dans l'espace comme dans le temps. Par contre, SAVIGNY, L. III, t. VIII, § 383, p. 363, traite de l'espace et du temps comme limites à l'empire des règles de droit sur les rapports de droit et reproche aux auteurs précédents d'avoir traité séparément ces «collisions locales et temporaires» (*Préface*, p. 3).

Dans la deuxième, partant de la situation en ce qu'elle crée un rapport juridique, il convient de trouver l'ordre législatif auquel elle se rattache et partant la règle de droit qui la régit: à quelle loi se rattache cette situation juridique? C'est la méthode bilatérale <sup>130</sup>.

On conçoit aisément que les deux méthodes ne sont que les deux bouts d'une même lorgnette. Il y va toujours de placer sous l'ordonnement d'une loi une situation juridique dispersée dans l'espace. Chaque méthode a toutefois ses conséquences propres. Dans la méthode unilatérale, la loi fixant son champ d'application, le conflit entre des lois s'estimant concurremment compétentes sera tranché au profit de la loi de l'autorité saisie. Dans la méthode bilatérale, l'autorité saisie rattachera le rapport juridique à la loi dont il est «le plus proche» sur base de critères dits de rattachement, sans privilégier à priori la loi du for. C'est le principe d'égalité entre les lois en présence <sup>131</sup>.

La lorgnette doit se prendre par le bon bout pour bénéficier de son utilité: agrandir l'objet à analyser en le rapprochant de l'observateur. Une constante s'impose: que ce soit à titre préventif ou curatif, avant ou après la naissance d'un conflit, l'objet soumis à l'analyse du praticien n'est pas la loi mais le fait donnant lieu au rapport juridique. Comme en droit interne, conseiller juridique ou juge auront à connaître d'une demande portant sur des faits: une rupture d'accord, de vie commune, ou de câble de traction ayant entraîné un dommage. A ces faits le juriste cherche quelle loi appliquer, non l'inverse <sup>132</sup>.

Cette «intuition géniale» <sup>133</sup> de Savigny centrant le droit international privé sur le siège du rapport de droit en présence s'impose. Elle conjugue le privilège accordé à la réalité factuelle, source et fin du droit questionné, avec l'esprit internationaliste, tendant à la coexistence harmonieuse des droits en présence à

<sup>130</sup> LEWALD H., pp. 1-47, pp. 9 et 18.

<sup>131</sup> WENGLER W., «Les conflits de lois et le principe d'égalité», *R.C.D.I.P.*, 1963, pp. 203-231 et 500-527; *Annuaire I.D.I.*, Session de St Jacques de Compostelle, vol. 63, II, 1990, p. 332: Résolution sur «L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère».

<sup>132</sup> «Evidently, conflicts rules must operate as do all other rules, directly on the facts of life, not on a legally predicted, abstract subject», in RABEL E., p.46; MARIDAKIS G.J., «Introduction», p. 386, n° VI.

<sup>133</sup> RIGAUX F., t. I, 1987, p. VIII; GUTZWILLER M., parle d'«image éclatante» ajoutant «dans cette théorie tout est méthode, tout est dans la position des questions, tout est dans le cadre» (p. 360); dans le même sens ROCHAT Ch., p. 150.

défaut de leur équivalence postulée par Savigny<sup>134 135</sup>. Il reste que le rattachement entre le rapport de droit et une loi s'opère à l'intermédiaire d'une règle de conflit de loi du for saisi. En cela la méthode bilatérale conserve une source formelle unilatérale fût-elle d'origine interétatique par voie de traité. En cela aussi sa neutralité est altérée par l'intégration explicite ou non d'objectifs substantiels poursuivis par le législateur.

46. Le lien entre la situation transfrontière et telle loi se fait par un facteur de rattachement. Ce facteur peut varier selon la matière, l'objet du rapport de droit. Celui-ci sera, par voie de qualification, classé au sein d'une catégorie de rattachement: le facteur personnel (nationalité); le facteur territorial (situation de la personne — résidence, domicile — du bien, de l'acte) et le facteur individuel (le choix par l'intéressé ou les intéressés usant de l'autonomie de la volonté). Ces facteurs de rattachement ne sont pas tous utilisés dans le même ordre, la même catégorie de rattachement, selon le droit international privé de chaque Etat. Les catégories de rattachement et la concrétisation des facteurs de rattachement (nationalité, domicile, résidence, volonté) varient d'un système juridique à l'autre.

47. Cette section a pour objet de cerner l'autonomie de la volonté en tant que facteur de rattachement d'une situation juridique transfrontière, à un ordre juridique. Tout en privilégiant la question centrale du rattachement à une loi, cette formulation inclut la question moins débattue mais première en cas de conflit, du rattachement à une autorité juridictionnelle par voie d'élection de for.

Un aperçu de l'évolution historique du concept (section 2) précède la recherche de sa signification contemporaine (section 3).

---

<sup>134</sup> «Faire vivre ensemble des systèmes juridiques différents», BATTIFOL H., *Aspects philosophiques*, p. 16, et *Principes*, p. 444

<sup>135</sup> Sur l'ensemble, voy. VAN HECKE G., *Principes et méthodes*, partic., p. 444, citant BEITZKE in «Betrachtungen zur Methodik im International privatrecht», *Festschrift für Rudolf Smend*, 1952, p. 16, «le principe de base est la recherche de l'ordre juridique qui présente le rapport le plus étroit avec le cas litigieux, ce qui revient à formuler le principe de base de Savigny»; RIGAUX F., t. I, p. 179, n° 269 et référ. citées; PATOCCHI P.M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversifications de la méthode conflictuelle en Europe*, Georg, Librairie de l'Université, Genève, 1985, pp. 206 ss.

## **Section 2. Evolution historique du concept**

48. Quelque différente que soit la fonction du concept d'autonomie de la volonté dans les deux ordres spatiaux, l'empreinte du droit interne marque le droit international privé. Aussi prudent soit-il le juriste internationaliste peut difficilement s'abstraire des catégories juridiques qui l'ont formé. La jurisprudence, souvent formulée par des généralistes, y est encore davantage soumise. De ce fait, les codifications du XIX<sup>e</sup> siècle d'abord, de la deuxième moitié du vingtième ensuite, demeurent des points de repère pertinents. La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles marque la dernière étape sinon dans le temps, eu égard aux codifications nationales plus récentes, à tout le moins dans l'espace.

### **§ 1. Avant les codifications: naissance du concept**

#### **A. *L'antiquité et le moyen-âge***

49. Les textes antiques ne semblent pas attester l'existence d'une autonomie de la volonté au sens de choix d'une loi applicable à une situation juridique transfrontière. L'évidence révèle que entités politiques et frontières différaient du sens moderne de ces notions. Ceci n'écarte pas l'existence d'exceptions importantes au principe de la territorialité des lois par une forme de personnalité.

Dans l'Egypte ptolémaïque, cette forme de personnalité des lois résulte du choix par les intéressés de l'autorité compétente. Grecs et Egyptiens vivent séparés, chaque population ayant ses tribunaux, Chrématistes pour les Grecs, Laocrites pour les Egyptiens. Une ordonnance royale prévoit que les contrats mixtes, entre Grecs et Egyptiens, seront soumis à l'un ou l'autre tribunal selon la langue utilisée. Ce tribunal appliquera sa loi propre. Compte tenu de l'existence d'un notariat grec et d'un

notariat égyptien, les parties ont choix de la langue du contrat, partant du tribunal en cas de litige, partant de la loi appliquée<sup>136</sup>.

50. Chez les Romains, Cicéron écrit qu'il laisse aux habitants de sa province le droit de se gouverner selon leurs propres lois<sup>137</sup>. C'est une autre forme d'autonomie plus proche du concept contemporain d'«autonomie locale»<sup>138</sup>. Il est possible qu'une forme d'autonomie de la volonté ait existé par choix entre la soumission à la loi locale ou au *ius gentium* faisant office de loi uniforme. Plus caractéristique d'une migration conquérante mais respectueuse, par intérêt, des peuples conquis, est l'existence, depuis le III<sup>e</sup> siècle avant Jésus Christ, d'une juridiction spécifique pour connaître des différends mettant en cause un non-citoyen. Le préteur pérégrin crée son propre droit<sup>139</sup>. En attribuant, en 212 après Jésus-Christ, «la citoyenneté romaine à tous les pérégrins qui sont dans l'Empire»<sup>140</sup>, Caracalla confirme les effets de la centralisation du pouvoir. Ici comme dans les lois barbares accordant leur «autonomie» aux peuples investis, il y va davantage de conflits internes que de conflits internationaux, de citoyenneté à degrés, recréée lors des colonisations, que de «citoyens» distincts des étrangers<sup>141</sup>.

51. La période barbare est dominée par le principe de la personnalité des lois. Romains et Barbares sont régis par leur loi d'origine. Au sein des Barbares, chaque ethnie a ses propres lois

<sup>136</sup> GONZALES CAMPOS J.D., p. 250; LEWALD H., «Conflits de lois dans le monde grec et romain», *Αρχαίου Έλληνικού Δικαίου*, t. 13, , 1946, pp. 30-77; *Labor*, t. 5, 1959, pp. 334-369 et *R.C.D.I.P.*, 1968, p. 420, p. 439; JUENGER F.K., p. 137.

<sup>137</sup> «Cicéron Ad Atticum», VI, I, in *Oeuvres de Cicéron*, M. Nisard, Paris, 1869, IV, p. 247, signalant avoir recopié l'édit de Scaevola par lequel les Grecs croient jouir de liberté, «ut Graeci inter se disceptent suis legibus».

<sup>138</sup> Voy. *Encyclopédia Universalis*, Corpus 3, 1989, V<sup>o</sup> Autonomie.

<sup>139</sup> Voy. GAUDEMET J., *Le droit privé romain*, p. 58; GONZALES-CAMPOS J.D., II, pp. 248 et 251; AGO R., p. 282; JUENGER F.K., p. 138.

<sup>140</sup> Texte in GAUDEMET J., p. 272.

<sup>141</sup> LAINE A., t. I, pp. 56 ss. Sur l'ensemble des règles de conflits de lois dans l'antiquité, voy. STURM F., «Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?», *Clunet*, 1979, p. 259; WEISS A., *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1912, p. 131; LEWALD H.; VOLTERRA F., «Quelques problèmes concernant le conflit de lois dans l'antiquité», *Travaux et conférences de la Faculté de droit de l'U.L.B.*, t. 3, 1955, pp. 78-93.

(Wisigoths, Burgondes, Ostrogoths, Francs...) <sup>142</sup>. En principe, la loi d'origine est déterminée par la naissance ou un événement postérieur (mariage pour la femme; entrée dans les ordres, l'Eglise étant régie par la loi romaine...). Si, comme le relève Savigny, il n'y a pas dans les lois barbares de volonté délibérée de permettre à chacun de choisir parmi toutes les lois en vigueur sur le territoire de sa résidence, il n'y a pas davantage de texte l'interdisant formellement. On s'en rapporte à «l'amour propre national» <sup>143</sup>. Dans le vide législatif, la volonté va se faire une place de trois manières:

1° Certaines catégories de personnes disposent ouvertement du choix de leur loi d'origine: les enfants adultérins <sup>144</sup> et les affranchis qui suivent la loi, librement choisie par le maître, pour les libérer de l'esclavage <sup>145</sup>.

2° Dès le VIII<sup>e</sup> siècle en Italie, le IX<sup>e</sup> en France, s'introduit l'usage de spécifier dans les actes juridiques le droit dont les parties suivraient les prescriptions. C'est la «*professio iuris*» ou «*legis*» remise à l'honneur par Alfred E. von Overbeck <sup>146</sup>. Cette «*professio iuris*» avait pour objet habituel de rappeler la loi d'origine. Compte tenu de la difficulté à vérifier la nationalité d'origine, il était fréquent que des personnes fassent une déclaration de nationalité mensongère pour bénéficier d'une autre loi.

<sup>142</sup> Par exemple le Capitulaire de Pépin après la conquête de l'Aquitaine en 768: «*Ut omnes homines eorum legis habeant, tam Romani quam et Salici, et si alia provincia advenerit, secundum legem ipsius patriae vivat*», in STOUFF L., *Etudes sur le principe de la personnalité des lois, depuis les invasions barbares jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Larose, 1894, 102 p. et *Revue Bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, t. IV, n° 2, 1894, pp. 1-65; trad. italienne in *Rev. Dir. Int.*, 1967, pp. 80 ss. Les références sont ici faites au livre, p. 6, note 1. *Adde*: MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L. XXVIII, Ch. 2, Ed. Gallimard, La Pléiade, Paris, 1951, p. 793: «C'est un trait particulier de ces lois barbares, qu'elles ne furent point attachées à un certain territoire: le Franc était jugé par la loi des Francs, l'Allemand par la loi des Allemands, le Bourguignon par la loi des Bourguignons, le Romain par la loi romaine».

<sup>143</sup> STOUFF L., p. 22.

<sup>144</sup> STOUFF L., p. 16 et WEISS A., p. 1423 citant CANDIANI, I, p. 224, *questiones ac monita* «*Justum est, ut homo de adulterio natus vivat quem legem voluerit*».

<sup>145</sup> STOUFF L., p. 18.

<sup>146</sup> 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 Louis Fredericq*, II, Gent, 1966, p. 1085. Sur l'institution originale, STOUFF L., p. 7; JUENGER F.K., p. 139.

3° Plus légalement, sans «fraude à la loi», sans cacher leur nationalité d'origine, des personnes faisaient choix d'une autre loi que leur loi d'origine, par mention expresse dans l'acte <sup>147</sup>.

Plus explicitement, en dehors du vide législatif, certaines lois barbares ont sollicité le choix d'un droit. Ainsi la constitution de Lothaire Ier en 824 ordonne de demander à chaque citoyen la loi sous laquelle il veut vivre et de prévenir chacun qu'il sera jugé conformément à cette loi. La disposition vise à rétablir l'ordre menacé à Rome après la conquête <sup>148</sup>.

52. Ces considérations ne permettent pas de dégager l'existence d'un principe général d'autonomie de la volonté <sup>149</sup>. Néanmoins, la limitation d'un choix de la loi applicable tantôt à certaines catégories de personnes, tantôt selon certaines modalités, n'énerve pas le constat d'une place importante laissée, plus qu'attribuée, à la volonté. Ces premières manifestations du choix des intéressés entre plusieurs lois appelées à régir une situation juridique apparaissent notamment dans des domaines traditionnellement rattachés au statut personnel. Ce n'est pas négligeable. Centrant leur attention sur les contrats, domaine «moderne» de l'autonomie de la volonté, les études et aperçus historiques ont généralement négligé ce constat préliminaire pour attribuer les premiers éléments de reconnaissance d'une volonté, implicite, à Rochus Curtius, le dernier des postglossateurs <sup>150</sup>. Le 26 juin 1183, le traité de Constance permet aux communes d'Italie du nord d'être dotées de chartes d'immunités. Les rapports commerciaux entre les différentes communes devenues républiques doivent être soumis à l'un des statuts (lois) possibles. Les canonistes d'abord (XII-XIII<sup>e</sup> siècles), les postglossateurs ensuite, retiennent la *lex loci contractus*. Dans un

<sup>147</sup> STOUFF L., p. 23, donne l'exemple d'un acte dans lequel un Romain fait donation à sa fille, selon la loi barbare; VIOLLET P., p. 92, considère vraisemblable que les parties contractantes déclaraient souvent suivre la loi qui paraissait convenir le mieux à leurs intérêts.

<sup>148</sup> STOUFF L., p. 25 et WEISS A., p. 146 citant WOLTER, *Corpus juris germanici*, t. III, p. 252: «Volumus etiam ut omnius senatus et populus Romanus interrogatur quali vult lege vivere, ut sub ea vivat...».

<sup>149</sup> ROCHAT Ch., p. 29; *contra*: MONTESQUIEU, L. XXVIII, Ch. 2, p. 794: «Ce n'est pas tout: chacun pouvait prendre la loi qu'il voulait: la constitution de Lothaire I exigea que ce choix fût rendu public».

<sup>150</sup> Voy. LOUSSOUARN Y. et BOUREL P., p. 87; BATTIFOL H., *Aspect philosophiques*, p. 64; AUBRY E., p. 466; CALEB M., p. 125 débute son historique avec les canonistes mais dans la même optique; DELAUME G.R., «L'autonomie de la volonté en droit international privé», *R.C.D.I.P.*, 1950, p. 322; BATTIFOL et LAGARDE, t. II, n° 568, p. 259.

premier temps, la règle s'impose par l'impérativité de la soumission au statut territorial, à la loi locale. Dans un deuxième temps, et c'est l'apport de Rochus Curtius, la loi locale correspond à un choix implicite des parties <sup>151</sup>.

### *B Dumoulin*

53. Au XVI<sup>e</sup> siècle, les époux de Ganay ont établi leur domicile conjugal à Paris. A l'occasion de leur succession, on s'interroge sur la coutume qui régit leurs biens situés partiellement à Lyon et partiellement à Paris. Ils n'ont pas de contrat de mariage. La coutume de Paris établit, à défaut de contrat, le régime de la communauté; celle de Lyon, le régime de la séparation. Selon la territorialité traditionnellement admise pour les coutumes, les biens devraient être régis par la coutume du lieu de leur situation et subir ainsi des régimes différents. Madame de Ganay ne serait pas propriétaire des biens lyonnais. Consulté par les héritiers de Madame de Ganay, Dumoulin introduit dans son fameux *Consilium LIII* l'idée d'une volonté tacite: si les époux n'ont pas rédigé de contrat de mariage, c'est qu'ils entendaient que l'ensemble de leurs biens fût régi par la coutume du lieu de leur domicile, en l'espèce la coutume de Paris. Le Parlement de Paris suivra la thèse de Dumoulin dans un premier temps. Elle procède d'un double présupposé: d'abord l'universalité des biens des époux à faire régir par une seule coutume, ensuite le choix tacite de cette coutume au lieu du domicile conjugal. Ce dernier présupposé est moins novateur qu'il n'y parut. Il ne fait qu'appliquer la règle habituelle, *locus regit actum*, à un acte hypothétique localisé au domicile des époux. L'idée d'universalité des biens soumis à un régime matrimonial est peut être plus importante chez Dumoulin, rattachant certains biens, non plus tant au lieu qu'à la personne. L'idée se retrouve en matière de succession <sup>152 153</sup>. C'est dans d'autres consultations,

<sup>151</sup> CALEB M., p. 133. Il serait erroné de croire en l'élaboration d'un système chez les glossateurs (LAURENT F., *Le droit civil international*, t. I, n° 236; LAINE A., p. 113). Même chez le plus grand, Bartole, la distinction entre statuts réel et personnel ne paraît pas encore claire.

<sup>152</sup> Déjà au XIV<sup>e</sup> siècle, au sein de l'école italienne, Albéric de Rosote plaçait les successions dans le statut personnel plutôt que réel et les faisait régir par le statut du lieu d'origine, après avoir écarté une autre possibilité: la loi du lieu du décès étant le lieu de production de l'acte de volonté supposé dans le testament tacite en cas de succession ab intestat. (LAINE A., p. 127). Sur le *consilium LIII*, voy. notamment ROCHAT Ch., p. 72.

moins célèbres, que Dumoulin fera explicitement appel à la volonté des parties comme source d'obligation *distincte* de la loi, en matière contractuelle. Il ne s'agit pas tant alors de régler un conflit de coutume que de reconnaître, comme on le fera en droit interne, force réglementaire à la volonté privée <sup>154</sup>.

54. Les statutaires français du XVIII<sup>e</sup> siècle, Froland, Boullenois et Bouhier poursuivent les thèses de Dumoulin en accentuant la scission entre les statuts réels et les statuts personnels, ces derniers incluant «la convention tacite ou présumée des contractants» <sup>155</sup>. Ces idées se maintiennent jusqu'à l'époque du code Napoléon.

Dans l'école Hollandaise <sup>156</sup> très nettement dominée par le territorialisme issu de d'Argentré, Jean Voet (1647-1714) laisse

<sup>153</sup> DUMOULIN (1500-1566) défend la Royauté et le principe de centralisation alors que d'ARGENTRE (1519-1590) attaché davantage mais non exclusivement à la territorialité des coutumes, défend l'autonomie juridique des provinces. Ceci explique que la thèse de d'ARGENTRE trouvera un écho plus important en «Belgique» et en Hollande.

<sup>154</sup> Voy. CURTI-GIALDINO A., «La volonté des parties en droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 137, 1972, III, p. 810, note 115; LAINE A., p. 223; SURVILLE, «Du rôle de la volonté dans la solution des questions de droit international privé que soulève le contrat de mariage», *Rev. crit. de légial. et de jurisp.*, S., 1888, p. 165; AUBRY E., p. 465; CALEB M., p. 134; SOCINI LEYENDECKER R., «Les rapports patrimoniaux dans la famille en droit international privé comparé», in *Notariat Latin: Régimes matrimoniaux, successions et libéralités: droit international privé et droit comparé* (livre bleu), 2<sup>e</sup> éd., sous la dir. de VERWILGHEN M., Ed. de la Baconnière, Neuchâtel, 1979, t. I, p. 176.

<sup>155</sup> AUBRY C., p. 466.

<sup>156</sup> Dont on retient généralement HUBER U. (1636-1694) pour les quatre pages de ses *Praelectiones juris civilis* intitulées *De conflictu legum* (Livre I, titre III), t. II, p. 25, de l'édition de Louvain, 1766. C'est en effet le premier emploi systématique des termes conflit de lois entendu au sens de conflit entre des réglementations émanant d'autorités centrales (Empires) différentes. Les trois axiomes peuvent se résumer comme suit:

1. Les lois de chaque Etat exercent leur autorité dans les limites du territoire sur lequel le pouvoir exerce son empire.

2. Les lois obligent tous les sujets de l'Etat et l'on doit réputer sujets tous ceux qui se trouvent sur le territoire soit à demeure, soit à temps.

3. Les souverains agiront par courtoisie en manière telle que les droits acquis dans les limites d'un Etat auront force partout pour autant qu'ils ne causent pas préjudice aux pouvoirs ou aux droits de tels gouvernements ou sujets (*comitas gentium*).

Huber aura une influence importante sur le droit international privé anglais et américain. Voy. notamment ces axiomes repris dans CHESHIRE and NORTH, 11<sup>e</sup> éd., p. 20; MARTIN J.A., *Perspectives on conflict of laws: Choice of Law*, recueil de textes, Boston, Little, Brown and Co., 1980, p. 1; LLEWELYN DAVIES D.D. «The influence of Huber's *De Conflictu Legum* on English Private International Law», *B.Y.I.L.*, 1937, p. 49, et RABEL E., p. 61. Pour une analyse de cette influence: FARACO DE AZEVEDO P., *Recherches sur la justification de l'application du droit étranger chez les anglo-américains et leurs antécédents hollandais*, Ed. du Centre de droit international, Louvain, 1971, pp. 28 et 35 ss.

place aux conventions expresses tacites contraires aux statuts «qui disposent simplement dans un intérêt privé»<sup>157</sup>.

Il n'y a pas ici création d'un système de règlement de conflit de lois fondé sur la volonté des acteurs juridiques mais exception au principe de territorialité des coutumes par acceptation de l'efficacité de conventions. Ces conventions, parfois tacites, attachent des biens à une coutume autre que celle du lieu de leur situation, généralement à celle du lieu du domicile de la personne. Plus que rattachement, il y a détachement.

## § 2. Le XIXe siècle: développement du concept

### A. Codifications

55. Le Code Napoléon n'inclut aucune disposition relative au principe d'autonomie de la volonté en droit international privé. Les codifications suisse, autrichienne et italienne en font mention<sup>158</sup>. En Suisse, c'est le Code civil du Canton de Zurich qui, dès 1855, introduit comme règle de conflit de lois en matière contractuelle, l'autonomie de la volonté<sup>159</sup>. La loi fédérale suisse du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (L.R.D.C.) ne comporte pas de disposition de ce type en matière contractuelle. Toutefois, pour les testaments, la L.R.D.C. laisse aux intéressés le choix entre la loi nationale et la loi du domicile<sup>160</sup>. En Italie, les dispositions préliminaires du Code

<sup>157</sup> LAINE A., p. 107.

<sup>158</sup> Sur les codifications: GUTZWILLER M., spéc. 333 ss.; YNTEMA H.E., p. 345.

<sup>159</sup> L'article 5 est ainsi libellé: «Les créances et les dettes seront généralement soumises au droit du lieu que les parties au contrat ont explicitement choisi d'un commun accord, ou qui résulte implicitement de leur volonté en raison de la nature interne de la relation». Sur l'ensemble de ce modèle de codification, voy. SIEHR K., «Johann Caspar Bluntschli et le droit des conflits de lois dans le Code civil du Canton de Zurich de 1853/1855», in *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 1017-1038. Pour Siehr (p. 1029), il n'y a pas encore, dans cet article, de distinction entre le concept matériel de liberté contractuelle et un concept distinct comme règle de conflit de lois. Sturm affirme l'inverse en se fondant sur la parenté intellectuelle entre Bluntschli et Savigny, d'une part, et, d'autre part, sur un commentaire de Bluntschli envisageant qu'exceptionnellement le droit impératif zurichois pourrait être écarté par la volonté des parties (STURM F., «Codification et unification des règles de conflit dans la Suisse du XIXe siècle», in *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 1099-1117, p. 105, note 33).

<sup>160</sup> Art. 22, al. 2, et 32 L.R.D.C. Sur l'ensemble: STURM F., pp. 1099-1117.

civil de 1865 consacrent expressément, à l'article 9, l'autonomie de la volonté en matière contractuelle <sup>161</sup>. L'autonomie de la volonté sera encore inscrite à l'article 8 du Code civil du Québec en 1866 et à l'article 7, alinéa 1 de la loi japonaise «Hôtei» du 21 juin 1898 <sup>162</sup>.

En Belgique, Laurent fut chargé d'élaborer un avant-projet de révision du Code civil en 1879. Il consacre le chapitre II du titre préliminaire à l'effet des lois dans l'espace. L'article 14, alinéa 1, se lit: «Les conventions conclues en pays étranger sont régies par la loi à laquelle les parties contractantes ont entendu se soumettre. A défaut d'une déclaration expresse, le juge recherchera l'intention des parties dans les faits et circonstances de la cause». Le principe, autrement formulé, est repris à l'article 7 du projet rédigé de 1885 à 1905 par la commission de révision du Code civil. Sans connaître d'aboutissement législatif, le projet de Laurent eut des incidences doctrinales sur d'autres codifications <sup>163</sup>. Ainsi, l'article 11, alinéa 3 du Code civil du Congo belge du 4 mai 1895 porte: «Sauf intention contraire des parties, les conventions sont régies, quant à leur substance, à leurs effets et à leur preuve par la loi du lieu où elles sont conclues» <sup>164</sup>.

L'absence de texte explicite pousse les jurisprudences française et belge à fonder le principe d'autonomie de la volonté sur la disposition qui le consacre en droit interne: l'article 1134 du Code civil. Cette pratique renforce la tendance, déjà avancée par Dumoulin, d'incorporation au contrat de la loi choisie par les parties.

## B. Doctrine

56. La doctrine, influencée peut-être autant par la philosophie individualiste que par le précédent de Dumoulin,

<sup>161</sup> Art. 9, *in fine*: «Dans tous les cas, s'il résultait de l'acte une volonté différente des parties, cette volonté serait observée».

<sup>162</sup> YNTEMA H.E., p. 345; GIULIANO M., «La loi d'autonomie: le principe et sa justification théorique», p. 225.

<sup>163</sup> VAN HECKE G., «Les projets de titre préliminaire de Laurent et de la Commission de révision», *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 1119-1131.

<sup>164</sup> Code civil zaïrois, Décret du 4 mai 1895, *B.O.E.I.C.*, 1895, p. 138; DE BURLET J., *Précis de droit international privé congolais*, p. 283.

suscite et développe ce mouvement d'extension du principe interne de liberté contractuelle au droit international privé.

L'usage explicite du terme autonomie en droit international privé apparaît chez les auteurs allemands au début du XIX<sup>e</sup> siècle et est importé en France par Foelix <sup>165</sup>. Savigny, tout en attachant une grande importance à la «soumission volontaire», préfère éviter le terme autonomie qui, dans la tradition allemande, est le terme technique qui désigne «la compétence de la noblesse et de nombreuses corporations de régler leurs propres relations de façon indépendante par une sorte de législation interne» <sup>166</sup>. Savigny étend l'objet même du concept de soumission volontaire. Qu'il s'agisse de rattacher les personnes à un droit par le facteur du domicile ou de rattacher les rapports de droit à une règle de droit en assignant à chaque classe de rapport un siège déterminé, le rattachement passe par la volonté des intéressés <sup>167</sup>. Lorsque le rapport de droit résulte du concours de plusieurs volontés, dans la matière contractuelle, lieu privilégié et quasi exclusif d'exercice de la volonté pour les autres auteurs, Savigny répugne à faire usage de la notion de volonté tacite alors que «tout contrat implique une volonté positive dont les parties ont clairement conscience» <sup>168</sup>. Mais il considère qu'il y a une soumission volontaire tant qu'une volonté contraire n'est pas formellement exprimée. La volonté est donc présumée négativement, par absence de contradiction, plutôt que positivement par présomption. Savigny reconnaît qu'une telle distinction est «sans doute un peu subtile» <sup>169</sup>.

Lorsque le rapport de droit consiste en une obligation, son siège est difficile à localiser de par le caractère incorporel du rapport en présence. Il faudra donc chercher des «apparences visibles auxquelles rattacher la réalité invisible de l'obligation» <sup>170</sup>. L'attente des parties portant sur l'exécution des obligations plus

<sup>165</sup> Foelix vient à Paris en 1826 après des études à Coblenz. Il est naturalisé en 1927. Dans son *Traité de droit international privé*, 1<sup>re</sup> éd., 1843, p. 127, n° 70, il distingue l'autonomie tacite et l'autonomie expresse. Voy. également RANOUIL V., p. 24.

<sup>166</sup> SAVIGNY F.C. (von), *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit und comp., 1849, t. VIII (Livre III); § 360, p. 113 (sauf mention, les références renvoient à l'édition française).

<sup>167</sup> SAVIGNY F.C., §§ 359-360, pp. 103-109.

<sup>168</sup> *Idem*, § 360, p. 112.

<sup>169</sup> *Idem*, § 360, p. 113, § 369, p. 198; et § 379, p. 327 pour la soumission volontaire au nouveau domicile conjugal par l'épouse.

<sup>170</sup> *Idem*, § 369, p. 204.

que sur la simple conclusion du contrat, c'est le lieu d'exécution qui sera, à défaut de volonté autre, le siège du rapport de droit. La détermination du lieu d'exécution est également précisée par l'attente des parties, par exemple de voir normalement l'obligation exécutée au lieu du domicile du débiteur<sup>171</sup>. Savigny détermine ainsi les indices d'une volonté non exprimée par les parties. Déjà il paraît se placer entre l'objectivisme pur imposant des facteurs de rattachement fixes et le subjectivisme pur recherchant abstraitement une volonté présumée.

On retrouvera chez Battifol la distinction entre la localisation du rapport de droit par le choix des facteurs, abandonné à la volonté des parties et le choix de la loi applicable au contrat, relevant de la seule compétence du juge et partant soustrait à la volonté autonome des parties. Si cette distinction existe chez Savigny, elle n'est pas porteuse de conséquence quant à l'étendue de la volonté des parties, mais quant à son mode de fonctionnement. A la doctrine et à la jurisprudence qui acceptent la règle de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, Savigny ajoute l'idée de cette sujétion volontaire à une loi par la concrétisation du facteur qui y rattachera le rapport juridique. Ce faisant, Savigny recentre et élargi la place du rattachement psychologique en droit international privé. On ne s'en étonnera pas dans le chef de celui qui a fait de l'observation du rapport de droit, siège de la situation transfrontière, le noeud du droit international privé. En ce sens, de soumission volontaire, l'autonomie de la volonté devient, vue de l'autre bout, au moment du litige, l'expectative des parties, dont il convient de tenir compte dans la recherche du siège du rapport de droit. La théorie de Savigny est marquée au coeur par la philosophie kantienne. Si le droit a pour but l'orientation morale de l'homme dans sa liberté, l'individu demeure une fin en soi dans sa sphère de liberté. Sauf atteinte à la liberté d'autrui, elle doit être respectée<sup>172</sup>.

57. A l'écart des idées de Savigny, la doctrine de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle n'impose le concept de l'autonomie de la volonté que

---

171 *Idem*, § 372, p. 245, note b: Savigny motive le choix de la loi du domicile du débiteur non parce qu'aucune loi n'est désignée par les parties, mais parce que «les parties ont dû compter que l'obligation serait exécutée au domicile du débiteur plutôt qu'en tout autre lieu».

172 Voy. notamment PATOCCHI P.M., p. 202; contre l'élargissement de la volonté dans l'idée de «soumission volontaire», «aujourd'hui beaucoup plus sujette à caution», BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 286, n° 239.

dans la matière des contrats internationaux. Divers auteurs l'affirment avec des nuances dans les termes (loi d'autonomie chez Laurent, autonomie de la volonté chez Weiss, Surville) et dans l'étendue (facteur de rattachement indépendant chez Laurent, fondé sur la liberté de contracter en vertu du droit naturel et de l'article 1134 du Code civil; exception ou tempérament à la personnalité du droit et au facteur de rattachement nationalité imposé par Mancini chez ce dernier, chez Weiss et Surville) 173.

### C. *Jurisprudence*

#### — *Angleterre*

58. La jurisprudence anglaise produit, semble-t-il, la première évocation du choix des parties pour désigner la loi applicable à un contrat international. C'est en réalité par le truchement de l'opinion dissidente d'un des trois juges que l'on trouve, en 1760, sous la plume de Lord Mansfield, dans l'affaire *Robinson v. Bland*, l'affirmation de l'autonomie de la volonté comme exception à la *lex loci contractus* 174.

173 Voy. RANOUIL V., p. 31 ss.; WEISS A., p. 127: «L'autonomie de la volonté exerce son influence dans la mesure où la loi personnelle elle-même gouverne ses ressortissants émigrés, c'est-à-dire, dans les limites de l'ordre public international, en matière de testament et de convention». Weiss considère donc l'autonomie de la volonté comme une concession de la loi nationale identique en droit interne ou en droit international; LAURENT F.: *Projet de réforme du titre préliminaire du Code civil belge*, art. 14, *supra*, n° 55. *Adde*: en matière de succession, l'article 16 du projet: «Les dispositions unilatérales entre vifs ou à cause de mort sont régies par la loi nationale du disposant, à moins qu'il n'ait manifesté une volonté contraire».

174 «The general rule established ex comitate et jure gentium is that the place where the contract is made, and not where the action is brought, is to be considered in expounding and enforcing the contract. But this rule admits of an exception where the parties at the time of making the contract had a view to a different kingdom». *Robinson v. Bland* (1760) 2 Burr. 1077 in BEALE, *Cases on the Conflict of Laws*, t. II, p. 309; MORRIS J.H.C., 1980, p. 211; FARACO DE AZEVEDO P., pp. 41-42; JUENGER F.K., p. 152. En l'espèce, l'affirmation de principe est d'autant plus probante qu'elle n'a pas d'incidence sur la solution du litige puisque tant la loi anglaise choisie (compétente au seul titre de *lex fori* selon les deux autres juges) que la loi française, loi du lieu de conclusion du contrat, affirment la nullité d'un contrat dont la cause est, comme en l'espèce, une dette de jeu de hasard. MORSE C.G.J., p. 151, relève la première *décision* (non opinion) en 1796, *Gienar v. Meyer* (1796), 2 Hy, Bl. 603; et GIULIANO M., p. 222, en 1865. Il est assez extraordinaire de trouver cette première opinion dans la jurisprudence anglaise alors que l'Angleterre ne s'ouvre qu'en ce XVI<sup>e</sup> siècle au droit international privé. Cette opinion est d'ailleurs, dans l'histoire anglaise du droit international privé, la première importante. Deux facteurs peuvent l'expliquer. Le traité d'union avec l'Ecosse, signé en

En 1814, la loi écossaise est appliquée au titre de loi choisie à la dissolution de la communauté d'époux vivant en Angleterre. Des époux écossais vivant en Angleterre avaient stipulés dans leur contrat que «the import and effect of this contract, *and all matters and questions connected with the intended marriage, shall be construed and regulated by the law of Scotland*»<sup>175</sup>. L'étendue de la disposition, visant toute matière, attire l'attention. La jurisprudence anglaise prend également en considération l'intention présumée des parties puisqu'aussi bien l'usage dans un texte de termes techniques propres à une loi autre que celle du lieu de rédaction ou d'exécution invite à appliquer cette loi<sup>176</sup>.

— *France*

59. Dans la jurisprudence française, les questions relatives au régime matrimonial — tacite ou expresse — avaient déjà été abordées au XVI<sup>e</sup> siècle par le Parlement de Paris. Il faudra toutefois attendre le XIX<sup>e</sup> siècle pour que le choix de la loi en matière contractuelle entre dans la jurisprudence. La doctrine fixe généralement à 1910 la consécration de cette jurisprudence par la Cour de Cassation (*infra*, n° 65).

C'est peut-être négliger la portée d'un arrêt de la Cour de Cassation de France du 23 février 1864 dans l'affaire *Compagnie Péninsulaire et Orientale de Londres*<sup>177</sup>. Cet arrêt casse une décision de la Cour d'Appel d'Aix, qui avait confirmé un jugement du Tribunal de Commerce de Marseille ayant appliqué la loi

---

1707, suscite des conflits internes entre les droits matériels anglais et écossais. Les juristes écossais, dont Lord Mansfield, sont pour la plupart formés sur le continent, aux Pays-Bas. Le deuxième facteur découle de cette situation. Plus qu'un développement législatif, la common law connaît un développement jurisprudentiel qui sera, en cette matière, initié par ces juristes. Ces dernières années, le développement législatif a pris plus d'ampleur. Il suffit pour le constater de relever la différence dans le «CHESHIRE and NORTH» entre la préface à la 11<sup>e</sup> éd. (1987) signalant six «Acts» entre 1982 et 1986 touchant au droit international privé et la préface de la 1<sup>ère</sup> éd. (1935) dans laquelle Cheshire relève l'attrait de cette matière, notamment car «it has been only lightly touched by the paralysing hand of the Parliamentary draftsman». Dans le même sens: MORRIS J.H.C., Préface, 2<sup>e</sup> éd., 1980, p. VII.

175 *Aff. Earl of Stair v. Head*, in SAVIGNY F.C., version anglaise, note 1, p. 90, du traducteur GUTHRIE W; italiques ajoutés.

176 *Ferguson v. Marjoribanks*, 1853, *idem*; voy. MORSE C.G.J., p. 151; *Lloyd v. Guibert* (1865) L.R. 1 Q.B. 115, 120-121; voy. MORRIS J.H.C., p. 212.

177 S. 64, 1, 385, cité par DEMANGEAT Ch. dans l'introduction au premier numéro du *Clunet* (à l'époque: *Journal de droit international privé*), 1874, p. 15.

française rendant responsable l'entrepreneur de transport nonobstant toute clause contraire. Le contrat de transport conclu entre un Français et une compagnie anglaise à Hong-Kong, possession anglaise, exclut la responsabilité du transporteur pour perte ou avarie aux bagages. Les bagages du Français sont perdus. Celui-ci obtient, devant les juridictions du fond, réparation par application de la loi française au titre de loi du lieu d'exécution du contrat, les bagages devant être livrés à Marseille. La Cour de Cassation casse au motif «que l'arrêt attaqué... en refusant... d'examiner le litige au point de vue du statut anglais, a expressément violé l'article 1134 du Code Napoléon»; non sans avoir précisé au préalable que «cette convention relevait de la législation anglaise, en vertu de la règle qui fait régir l'acte par la loi du lieu où il a été passé, quant à sa forme, à ses conditions fondamentales et à son mode de preuve». Dans sa note, Charles Demangeat, tout en approuvant la décision, regrette la motivation. C'est à tort, dit-il, que la Cour s'est référée à l'article 1134 du Code civil, disposition de droit français, pour justifier l'application du droit anglais. Il eût fallu se limiter au «principe de droit international privé» selon lequel le droit applicable était la *lex contractus* (droit anglais) et non la *lex executionis* (droit français), tel qu'évoqué dans le premier attendu. Ce faisant, Demangeat refuse de supposer que la Cour ait voulu, par référence complémentaire à l'article 1134 du Code civil, avancer le respect de la volonté des parties au contrat. La Cour a pu considérer que le contrat contenant une reproduction explicite du droit anglais, c'est ce droit qui était désigné par les parties. Certes la Cour commet-elle quelque raccourci, laissant croire que le principe d'autonomie de la volonté de l'article 1134 du Code civil est transposable *ne varietur* en droit international privé. Il est tout de même remarquable que la Cour applique non pas les dispositions inscrites au contrat mais le droit anglais. La référence à l'article 1134 du Code civil français n'était peut-être pas uniquement l'occasion pour la Cour de retenir un moyen de cassation par violation de la loi française mais aussi l'occasion d'introduire, encore timidement, le principe d'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux <sup>178</sup>.

<sup>178</sup> *Adde*: l'expression du principe d'autonomie par approbation des juges du fond in Cass. Fr. (Ch. Req.), 19 mai 1884, *aff. Valse*, *D.P.*, 84, 1, 286; *S.*, 85, 1, 113 et Req., 17 juillet 1899, *Clunet*, 1899, 1024.

## — Suisse

60. Dès 1885, dans un arrêt *Scholder c. Wolff*, le Tribunal fédéral suisse détermine en deux degrés la loi applicable à un contrat: à titre principal, celle désignée par la volonté réelle des parties, à titre subsidiaire, celle résultant de leur volonté hypothétique, c'est-à-dire celle «à l'application de laquelle elles pouvaient et devaient s'attendre de bonne foi au moment de la conclusion du contrat»<sup>179</sup>.

## — Pays-Bas

61. Aux Pays-Bas, un arrêt du 16 décembre 1892 de la Cour d'Appel d'Amsterdam<sup>179b</sup> établit clairement le principe de l'autonomie de la volonté en matière de régimes matrimoniaux, distingués de «het familierecht» qui est «*publici juris*». A défaut d'expression de la volonté par les époux, celle-ci doit être recherchée. Si, comme en l'espèce, le mari étranger en se mariant en Hollande avec une Hollandaise n'a pas fait savoir qu'il entendait que leur régime matrimonial soit soumis à la loi étrangère, c'est la loi néerlandaise qui s'applique. La Convention de La Haye du 17 juillet 1905 en désignant, en son article 2, comme loi applicable à défaut de choix, la loi nationale du mari au moment du mariage mit un terme à cette jurisprudence.

## — Belgique

62. L'arrêt *Van Mill-Delby c. Kalis* du 14 juillet 1898 de la Cour de Cassation de Belgique est généralement commenté du point de vue de la loi applicable à la prescription. Il concerne aussi l'autonomie de la volonté<sup>180</sup>. Voici les faits: deux Hollandais signent à Rotterdam une lettre de change payable en cette même ville. Le débiteur ayant ultérieurement fixé son domicile en Belgique oppose la prescription de la loi belge, plus courte que la prescription hollandaise. Les trois degrés de juridiction rejettent l'argument au motif de la nécessaire application du droit

<sup>179</sup> A.T.F., 11357, P. 364; in PATOCCHI P.M., p. 56.

<sup>179b</sup> SCHREURS A.F.H., p. 84, Hof Amsterdam, W 6303; JESSURUN d'OLIVEIRA H.U.(dir.), «Partij invloed», p. 6.

<sup>180</sup> *Pas.*, 1898, I, p. 276; *Belg. Jud.*, 1899, p. 121; RIGAUX et ZORBAS, p. 142, et, du point de vue de l'autonomie de la volonté, p. 45.

néerlandais. On connaît les débats relatifs à la loi applicable à la prescription et les questions de qualification — procédure ou fond, quod non en l'espèce — qu'elle peut soulever<sup>181</sup>. Qu'il nous suffise de retenir que l'arrêt y juge applicable la loi du fond du litige. En considérant manifestement que cette loi est la loi néerlandaise non seulement au titre de loi du lieu de conclusion et même d'exécution du contrat mais aussi au titre de choix tacite des parties, la Cour introduit l'autonomie de la volonté. La Cour souligne que «le lien de droit s'est formé par l'accord des volontés» et que «les conventions légalement formées, aux termes de l'article 1134 du Code civil, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; qu'il ne peut dépendre de l'une des parties de changer par son fait (en l'espèce en changeant de domicile) les conditions et les garanties de l'exécution de ces conventions». On ne saurait trouver exemple plus clair de référence au droit interne pour justifier l'application du principe d'autonomie de la volonté à une situation transfrontière. Toutefois, cette véritable incorporation, qui fait de la loi étrangère tacitement adoptée par les parties leur loi contractuelle, ne leur permet pas pour autant de la frauder ultérieurement par déplacement d'un des facteurs de rattachement. Le même arrêt, dans un dernier considérant écarte une autre limite externe au contrat invoquée par le demandeur: le caractère d'ordre public de la prescription édictée par la loi belge. Avec un tempérament qui a toujours honoré la haute juridiction belge en matière d'ordre public, la Cour fait, avant la lettre, une application fonctionnelle de cette exception, «considérant que, si la prescription est une institution d'ordre public, ses conditions et sa durée peuvent néanmoins, sans préjudice à l'ordre public, être soumises à la loi du lieu du contrat». Ces derniers mots reflètent bien, pour leur part, peut-être inconsciemment après les attendus qui précèdent, «la phase archaïque de la jurisprudence durant laquelle celle-ci n'avait pas encore clairement détaché la loi d'autonomie de la règle *locus regit actum*»<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Pour un commentaire de ce point de vue, voy. ZORBAS G., in RIGAUX et ZORBAS, pp. 144 ss.; *addé*: RIGAUX F., *La théorie des qualifications*, p. 368.

<sup>182</sup> RIGAUX F., in RIGAUX et ZORBAS, *Les grands arrêts*, p. 46.

### § 3. Première moitié du XXe siècle: l'écart entre la doctrine et la jurisprudence

63. Dès la fin du XIXe siècle, le principe d'autonomie de la volonté va subir, en droit international privé, l'attaque de la doctrine. Les critiques émises à l'encontre du même concept en droit interne ne sont pas étrangères à cette évolution. La jurisprudence, pour sa part, va asseoir le principe dans la matière contractuelle. Le décalage est fréquent. Curieusement toutefois, lorsque le principe retrouvera quelque crédit en doctrine, les tribunaux ne suivront pas les thèses contraires de la doctrine antérieure. Avec une certaine constance, quelques soient les variations, «loin de céder aux coups que lui porte la doctrine»<sup>183</sup>, la jurisprudence ne cesse de trouver dans l'autonomie de la volonté le principe le mieux adapté aux matières contractuelles. Cette constance ne manquera pas d'interpeller le doyen Batiffol, attentif aux enseignements de la jurisprudence. Il y puisera la nécessité de ne pas attaquer mais de modaliser le principe. L'assise établie par les tribunaux circonscrit le concept au sein du domaine contractuel loin des nuances et réflexions initiales de la doctrine. Un des facteurs en est très certainement l'absence, en matière contractuelle, de toute autre règle de conflit de lois stable et imposée. C'était un motif à la fois pour y maintenir le principe, fût-ce dans une interprétation exagérément extensive parce que puisée dans le principe interne de la liberté contractuelle, d'une part, et pour ne pas l'étendre à d'autres matières, fût-ce dans son exacte interprétation de choix entre des lois appelées à régir une situation transfrontière, d'autre part.

#### A. *Jurisprudence*

##### — *Angleterre*

64. En Angleterre, c'est la décision rendue en 1939 par le Privy Council, dans l'affaire *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*, qui aborde le plus de questions relatives à

<sup>183</sup> DONNEDIEU DE VABRES H., p. 93.

l'autonomie de la volonté en matière contractuelle<sup>184</sup>. La défenderesse, compagnie de transport maritime de Nouvelle-Ecosse, accepte de transporter pour le demandeur, société new-yorkaise, des harengs depuis Terre-Neuve jusqu'à New-York. Une réglementation de Terre-Neuve prévoit, pour tout transport à partir de ce pays, la mention dans le contrat et l'application du règlement de La Haye qui permet d'engager la responsabilité de la compagnie en cas de négligence du capitaine. Cette mention n'apparaît pas dans le contrat litigieux qui, au contraire, comporte une clause d'application du droit anglais et une clause d'exemption de responsabilité de la compagnie pour toute négligence du capitaine. Les harengs sont précisément endommagés du fait d'erreurs de navigation. La décision va exempter la compagnie de toute responsabilité en application du contrat. Dans sa motivation, Lord Wright écrit: «It is now well settled that by English law the proper law of the contract is the law which the parties intended to apply». Ce faisant, pour la matérialisation de la «proper law of the contract», il donne préférence à la thèse subjectiviste fondée sur «the intention of the parties» (défendue par Dicey) à l'encontre de la thèse objectiviste fondée sur «the localisation of the contract» par un ensemble de points de rattachements (défendue par Westlake et Cheshire)<sup>185</sup>. Surtout, la volonté des parties, même si elle doit être «bona fide and legal», peut désigner une loi n'ayant aucun lien avec le rapport de droit. Elle peut même incorporer une disposition de droit matériel qui sera, de ce fait, figée dans le temps. Diverses décisions déduisent une volonté implicite de droit applicable à partir d'une clause d'élection de for: le tribunal (anglais) désigné, les parties souhaitent vraisemblablement l'application de la *lex fori* (droit matériel anglais)<sup>186</sup>. D'autres facteurs (formes, langue, nationalité, résidence...) permettent de déceler une volonté implicite<sup>187</sup>. Même en dehors de tout élément permettant de déduire une volonté implicite certaine, la thèse subjectiviste l'emporte en donnant au juge pour mission de rechercher la

<sup>184</sup> A.C. 227, 289-290; CHESHIRE and NORTH, 11e éd., p. 452; MORRIS J.H.C., p. 213, 215.

<sup>185</sup> MORRIS J.H.C., p. 213.

<sup>186</sup> *Hamlyn & Co. v. Talisher Distillery* (1894), AC 202, 212-213; *Spurrier v. La Cloche* (1902), AC 446; *Kwik Hoo Tong Handel Maatschappij NV. v. James Finlay & Co.* (1927), AC 604 et 608; voy. CHESHIRE and NORTH, p. 457, notes 13 et 17.

<sup>187</sup> *Idem*, p. 459.

volonté qu'auraient eue les parties si elles l'avaient exprimée<sup>188</sup>. Cette recherche de volonté apparaît clairement dans l'affaire *Feist v. Société Intercommunale belge d'électricité* tranchée en 1934<sup>189</sup>. L'affaire concerne, comme d'autres à l'époque (*infra*, n° 68, 70 et 75), le problème des clauses-or dans les contrats d'emprunt. En l'espèce, la Société Intercommunale belge d'électricité avait lancé un emprunt sur le marché anglais. Les titres étaient remboursables «in sterling gold coin of the United Kingdom of or equal to the standard of weight and finesses existing on the first day of September, 1928». A la date de remboursement, la monnaie or n'ayant plus cours en Angleterre, la Société belge entendait rembourser en numéraire identique de monnaie papier. Les porteurs entendaient être remboursés en équivalent papier de la valeur or. Le débat tient au caractère de la clause or. S'agit-il d'une modalité de paiement (gold-coin clause) auquel cas, les chiffres restant, l'or est remplacé par les billets ayant cours légal. Ou s'agit-il d'une modalité d'évaluation (gold-value clause), auquel cas, les chiffres doivent suivre l'inflation des valeurs au profit des porteurs. Retenant cette dernière interprétation, qui portera désormais l'appellation de «Feist-construction», la House of Lords prononce une décision unanime motivée comme suit sous la plume de Lord Russel of Killowen: «I think that the parties are referring to gold coin of the United Kingdom of a specific standard of weight and finesses, not as being the mode in which the company's indebtedness is to be discharged, but as being the means by which the amount of that indebtedness is to be measured and ascertained». On ne peut plus clairement raisonner en lieu et place des parties selon leur volonté implicite.

— France

65. C'est dans l'arrêt *American Trading Co. c. Quebec Steamship*, du 5 décembre 1910, que la Cour de Cassation de France va affirmer le principe d'autonomie de la volonté: «la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation,

<sup>188</sup> Lord ATKIN in *R.v. International Trustee* (1937), AC 500 at 529. «If no intention be expressed, the intention will be presumed by the Court from the terms of the contract and the relevant surrounding circumstances»; CHESHIRE and NORTH, p. 461, note 6, pp. 462 ss.; YNTEMA H.E., p. 348.

<sup>189</sup> (1934), AC 161; CHESHIRE and NORTH, p. 501; MORRIS J.H.C., p. 239; DICEY and MORRIS, rule 171.

soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée; si, entre personnes de nationalités différentes, la loi du lieu où le contrat est intervenu est, en principe, celle à laquelle il faut s'attacher, ce n'est qu'autant que ces contractants n'ont pas manifesté une volonté contraire, non seulement cette manifestation peut être expresse, mais elle peut s'induire des faits et circonstances de la cause ainsi que des termes du contrat»<sup>190</sup>.

Le libellé de la deuxième partie du motif précité reflète bien l'ancienne conception de l'autonomie de la volonté comme exception au principe de la règle *locus regit actum*, exception fondée en l'espèce sur des «nationalités différentes», alors que bien d'autres facteurs d'extranéité interviennent<sup>191</sup>. Ni la loi applicable, ni le principe d'incorporation de la loi au contrat décelé par certains commentateurs, ne sont certains dans cet arrêt. Seul le principe du choix, tant exprès que tacite, de la loi applicable, tant à la formation qu'aux effets du contrat, est clair.

Les arrêts ultérieurs de la Cour de Cassation de France maintiendront le principe d'autonomie de la volonté tout en ne clarifiant pas son hésitation entre le choix de la liberté contractuelle, incorporant la loi étrangère au contrat, et le choix

<sup>190</sup> Sirey, 1911, 1, p. 129, note LYON-CAEN; *R.C.D.I.P.*, 1911, p. 395, note anonyme; *Clunet*, 1912, p. 1156, note GALIVOURG H.; BATIFFOL H., «Subjectivisme et objectivisme», p. 253; LAGARDE P., «Le dépeçage dans le droit international privé des contrats», *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1975, p. 657; JACQUET J.M., p. 23; PATOCCHI P.M., p. 66.

On rapprochera, sur le fond, cet arrêt de l'arrêt *Bathe* du 9 juin 1932 de la Cour de Cassation de Belgique (*Pas.*, 1932, p. 183; RIGAUX et ZORBAS, *Grands arrêts*, p. 186). L'arrêt ne sera pas analysé, la loi d'autonomie n'y étant pas explicite. Comme dans l'arrêt *American Trading Co.*, il y va d'une clause d'exonération au profit du transporteur. Le connaissement prévoit cette clause en référence à la loi allemande, alors que la loi belge, ratifiant en cela la Convention de La Haye du 25 août 1924, prohibe cette clause. Le même connaissement fait élection des Tribunaux de Hambourg. Liant la clause d'élection de for à la loi allemande qui sera appliquée, la Cour juge les deux contraires aux dispositions belges que la doctrine qualifiera de règles exclusivement unilatérales. La même portée ne fut pas donnée par la Cour de Cassation de France à l'Harter Act de l'Etat de New-York prohibant la clause d'exonération de responsabilité. Il est vrai que, d'une part, la cause était entendue avant la Convention de La Haye «internationalisant la prohibition de clauses d'exonération de responsabilité», d'autre part, et surtout, la *lex fori*, loi française, n'interdisait pas une telle clause. L'arrêt *Bibby Line Ltd.* du 2 février 1979 de la Cour de Cassation de Belgique confirmera cette jurisprudence en ses conséquences: si le tribunal désigné ne peut appliquer une clause d'exonération de responsabilité, l'élection de for est valable. *Bulletin des transports*, 1979, 329; RIGAUX et ZORBAS, *Grands Arrêts*, p. 458.

<sup>191</sup> *Contra*: JACQUET J.M., p. 26, n° 28; RIGAUX F., t. II, p. 368, n° 1119.

de la loi applicable à laquelle le contrat est soumis <sup>192</sup>. Il faudra attendre 1950 (*infra*, n° 75).

— Suisse

66. Le Tribunal fédéral suisse maintient le principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle tout en limitant son étendue aux effets du contrat, à l'exclusion des questions relatives à la formation du contrat qui seront régies par la loi du lieu de conclusion. C'est la «grande coupure» introduite par l'arrêt *Raschke* <sup>193</sup>. Le Tribunal fédéral oscille également, dans l'interprétation de ce qu'il appelle «la volonté hypothétique», du subjectivisme tenant compte de l'expectative des parties à l'objectivisme localisant le contrat en raison des liens les plus étroits <sup>194</sup>.

— Pays-Bas

67. Dans la jurisprudence hollandaise, une décision de la Cour d'Appel de La Haye de 1906 donne force à la volonté explicite des parties en ces termes: «wanneer duidelijk blijkt, dat beide partijen de toepasselijkheid der Nederlandsche wet op hunne overeenkomst wenschten, zal die wet daarop ook moeten worden toegepast, ook al is de locus contractus Keulen» <sup>195</sup>. En l'absence de volonté certaine, il y a tantôt localisation sur base de facteurs objectifs, tantôt recherche de la volonté implicite des parties («*het partijen bedoeling*»). Cette tendance est confirmée par les arrêts *Chalutier Nicolaas* en 1924 <sup>196</sup> et *Salbandera* en 1947 <sup>197</sup>, qui paraissent admettre la liberté de choix des parties limitée par l'ordre public, les bonnes mœurs et le droit impératif néerlandais lorsque celui-ci a un lien de connexité avec la cause.

<sup>192</sup> Cass. Fr. (Req.), 2 août 1926, *Clunet*, 1927, p. 103; Cass. Fr., 15 mai 1935, *S.*, 1935, I, p. 244 et *R.C.D.I.P.*, 1936, p. 463, note NIBOYET J.P.; Cass. Fr. (Req.), 19 octobre 1938, *Gaz. Pal.*, 1938, 2, p. 886. Voy. JACQUET J.M., pp. 29 ss.

<sup>193</sup> *A.T.F.*, 32, II, p. 415; PATOCCHI P.M., p. 56.

<sup>194</sup> PATOCCHI P.M., pp. 57 ss.

<sup>195</sup> Hof Den Haag, 21 mai 1906, *Paleis v. Justicie*, 1906, n° 569, cité par SCHREURS A.F.H., p. 74; voy. pp. 59 à 92.

<sup>196</sup> H.R., 13 janvier 1924, *N.J.*, 1924, p. 859.

<sup>197</sup> H.R., 12 décembre 1947, *N.J.*, 1948, p. 608.

Il faudra attendre la deuxième moitié du XXe siècle pour que le principe soit affiné.

— Belgique

68. L'arrêt *Ville d'Anvers* du 24 février 1938 de la Cour de Cassation fixe explicitement la jurisprudence belge en faveur du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux<sup>198</sup>. Comme dans d'autres pays, le «Joint Resolution Act» du 5 juin 1933 déclarant nulles les clauses-or affectant les obligations exprimées en dollars eut des incidences en Belgique. La Ville d'Anvers entendait bénéficier de cette clause pour rembourser en dollars dévalués les porteurs des obligations qu'elle avait émises sur la place de New-York en 1928. Obtenant gain de cause en première instance, la Ville sera déboutée en appel et en cassation<sup>199</sup>. A cette occasion, la Cour Suprême arrête que «la loi applicable aux contrats, tant pour leur formation que pour leurs conditions et effets, [est] celle que les parties ont adoptée, et cette question [est] résolue en fait». L'arrêt *American Trading* de 1910 de la Cour de Cassation de France n'est pas étranger au libellé de cet attendu. Le principe du libre choix de la loi établi, l'interprétation de ce choix appartient, en qualité de fait, aux juridictions du fond.

Dans son troisième moyen, la Ville d'Anvers invoquait la violation de la «souveraineté de l'Etat belge et l'ordre public belge» par l'application «en Belgique, dans un procès entre citoyens belges, d'une loi étrangère de caractère politique et exceptionnel».

<sup>198</sup> *S.A. Antwerpia et Peters c. Ville d'Anvers*, Cass., 24 février 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 66; *Belg. jud.*, 1938, p. 289; *J.T.*, 1938, col. 243; *R.C.D.I.P.*, 1938, p. 661, note WIGNY; *Dalloz*, 1938, 2, p. 57, note PHILONENKO M.; RIGAUX et ZORBAS, *Les Grands Arrêts*, p. 197; RIGAUX F., «Cours général», p. 179, n° 125 et p. 185, n° 128; LEWALD H., p. 115, note 6. Pour les décisions antérieures des juridictions du fond, dans le même sens, voy.: Civ. Charleroi, 3 janvier 1901, *Clunet*, 1931, p. 452; Bruxelles, 24 mai 1933, *Clunet*, 1934, p. 165; Com. Bruxelles, 9 février 1935, *Clunet*, 1936, p. 200.

<sup>199</sup> Sur la même question soulevée par la loi canadienne du 10 avril 1937 prohibant la clause-or, voy. Cass. Fr., 21 juin 1950, *aff. des messageries maritimes* (*infra*, n° 75). Par un autre biais et posant un autre principe quant à l'autonomie de la volonté, la Cour de Cassation aboutira au même résultat commandé par l'équité: le respect de la clause-or au bénéfice des porteurs. Tous les arrêts commentés sur des clauses-or ont donné gain de cause aux porteurs pour qu'ils ne subissent pas les conséquences de la dévaluation. Des motivations diverses ont été avancées. Une analyse de ces arrêts, du point de vue du critère de la «better rule of law» ou même d'un point de vue téléologique de justice matérielle en droit international, serait intéressante. Voy. pour d'autres cas: JUENGER F.K., p. 299.

Poussée par cet attendu, tout en l'écartant en droit, considérant que le «Joint Resolution Act» ne porte pas atteinte à l'ordre public belge, la Cour de Cassation adopte clairement, pour écarter ce moyen de fait, la thèse de l'incorporation, considérant que des «dispositions légales étrangères invoquées et insérées par les parties dans leur convention [sont] devenues, par conséquent, des dispositions conventionnelles». Une fois de plus, l'autonomie de la volonté s'impose dans une optique manifestement subjectiviste de liberté contractuelle.

### **B Doctrine**

69. Alors que la jurisprudence se réfère explicitement au principe interne de liberté contractuelle, faut-il s'étonner de voir la doctrine internationaliste suivre les critiques émises à l'encontre de ce principe en droit interne?

Dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, von Bar en Allemagne, Brocher en Suisse, Audinet, Pillet, Vareilles-Sommières en France, restreignent l'autonomie de la volonté aux matières ne faisant pas l'objet de réglementation impérative ou attaquent le principe lui-même le considérant comme une simple application de la liberté contractuelle, non comme une règle de conflit de loi<sup>200</sup>. En 1896, Aubry publie au *Clunet* une étude consacrée «au domaine de l'autonomie en droit international privé»<sup>201</sup>. Loin de condamner définitivement l'autonomie de la volonté, cette étude entend certes soustraire l'application du principe aux matières régies impérativement mais l'imposer aux matières régies supplétivement. Dans ces dernières, Aubry inclut les successions et les régimes matrimoniaux pour conclure: «Tout en consacrant le principe d'autonomie, le législateur pourrait en contenir et en diriger l'application, en rendre les conséquences moins aléatoires et moins dangereuses, à l'aide de quelques règles très simples et en somme bien peu gênantes. Il pourrait, par exemple..., établir en faveur de telle ou telle loi une présomption qui ne céderait que devant une déclaration formelle des parties. On obtiendrait un résultat meilleur encore dans les contrats solennels, comme le

---

<sup>200</sup> Sur l'ensemble de cette période, voy. les investigations précieuses de Véronique RANOUIL, p. 101 ss.

<sup>201</sup> *Clunet*, 1896, pp. 465 à 481 et 721 à 745.

contrat de mariage, en chargeant l'officier public de provoquer cette déclaration» 202.

En 1927, alors que Maurice Caleb publie une thèse limitant le rôle de l'autonomie de la volonté au choix par les parties sous forme expresse ou tacite mais explicite de la loi de l'acte 203, Jean Paulin Niboyet donne un cours à l'Académie de La Haye sous le titre: «La théorie de l'autonomie de la volonté» 204. N'ignorant pas les travaux de son disciple, Niboyet le dépasse en donnant un réquisitoire contre l'autonomie de la volonté: seule la liberté des conventions existe car «la volonté des parties... doit toujours se mouvoir dans le cercle déterminé par le législateur compétent» 205. Pour Niboyet, le choix consiste à incorporer un droit matériel, qui pourrait très bien être recopié, non à désigner une loi dans son ensemble. En cela, le contrat international est soumis aux mêmes limites internes (volonté exprimée clairement, sans contradiction aux normes impératives) et externes (ordre public et fraude à la loi) que le contrat interne. Ce point de vue fondamentalement orienté vers le respect du droit de la *lex fori* ne peut s'abstraire du point de vue nationaliste de Niboyet, développé par ailleurs à propos du rattachement politique en faveur du national français à la loi française.

70. Deux ans plus tard, la vitalité du principe d'autonomie se manifeste dans les deux sentences du 12 juillet 1929 de la Cour Permanente de Justice Internationale sur les emprunts serbes et brésiliens. Ces sentences ont été commentées par Niboyet 206.

202 *Idem*, p. 744.

203 CALEB M., *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Thèse, Paris, 1927. Caleb explique «l'extension démesurée et abusive du domaine de l'autonomie» dans la jurisprudence par «une confusion entre la notion philosophique, très classique, de l'autonomie de la volonté sortie du courant de l'individualisme et la notion juridique, technique et relative qui sert à résoudre certaines catégories de conflit de lois», p. 158.

204 NIBOYET J.P., «La théorie de l'autonomie de la volonté», *R.C.A.D.I.*, 1927, I, pp. 5-110.

205 *Idem*, p. 51. On est frappé dans ces considérations par les références faites à Gounot qui, lui, avait relevé un «recul très sensible de la théorie de l'autonomie en droit international privé»; GOUNOT E., p. 426.

206 C.P.J.I., 12 juillet 1929, *Publications*, Série A, n° 20-21, p. 122, Aff. n° 14 des emprunts serbes et n° 15 des emprunts brésiliens, *R.C.D.I.P.*, 1929, p. 427 et 458, note NIBOYET J.P., les renvois se réfèrent à cette pagination; RIGAUX F., *Droit public, droit privé*, §§ 69-71; HAMBRO E., pp. 17 ss.; sur la problématique: SULKOWSKI J., «Questions juridiques soulevées dans les rapports internationaux par les variations de valeur des signes monétaires», *R.C.A.D.I.*; 1929, IV, t. 29, pp. 5 à 114.

La qualité tant de la juridiction, saisie par les Etats d'intérêts particuliers <sup>207</sup>, que de la sentence, rédigée par Anzilotti, abordant diverses questions générales de droit international privé <sup>208</sup>, justifient son classement dans la doctrine. Les faits sont connus: les Etats serbes et brésiliens ayant émis un emprunt d'Etat voulaient le rembourser en francs-papier (dévalués) plutôt qu'en francs-or. L'Etat français ayant pris fait et cause pour ses nationaux porteurs d'obligations, les parties acceptèrent la juridiction de la Cour Permanente de Justice Internationale. Au terme d'une analyse du libellé clair des titres, il convenait, pour déterminer l'obligation de remboursement, de fixer la loi applicable au contrat. Ce sont les motifs, reproduits dans les deux espèces <sup>209</sup>, qui concernent l'autonomie de la volonté: «Tout contrat, qui n'est pas un contrat entre Etat, en tant que sujet du droit international, a son fondement dans une loi nationale... La Cour, saisie d'un différend impliquant la question de savoir quelle est la loi qui régit les obligations contractuelles dont il s'agit, ne saurait déterminer cette loi qu'en s'inspirant de la nature même de ces obligations et des circonstances qui ont accompagné leur création, sauf à tenir compte également de la volonté exprimée ou présumée des parties». L'inspiration savignienne est certaine. Sont affirmés le rattachement du contrat à la loi d'un Etat et sa localisation par recherche du centre de gravité à partir de sa nature et des circonstances. Niboyet y lit, avec des doutes, la primauté de l'autonomie de la volonté sur la nature du rapport de droit. Ses doutes sont fondés. La volonté n'est avancée qu'en fin de phrase comme une exception possible à la règle. Les mots «sauf à tenir compte également de la volonté» ne veulent pas nécessairement dire que «la volonté prime sur» mais qu'il y a une exception qui peut être une simple concrétisation de la règle de localisation, au vu de la nature et des circonstances. Ainsi la Cour jugera «qu'il n'y a pas ... de circonstances qui permettent d'établir que, dans l'intention de l'Etat emprunteur ... les obligations contractées aient été soumises à la loi française». L'autonomie de la volonté est ainsi clairement affirmée en matière contractuelle sans toutefois qu'il soit possible d'en inférer la primauté sur le principe de localisation à partir de la nature du rapport de droit et

<sup>207</sup> Sur la compétence contestable de la Cour, voy. RIGAUX F., «Droit public, droit privé», § 69.

<sup>208</sup> Notions de lois «d'ordre public et d'application inéluctable» (p. 452), de dépeçage (p. 453), de recherche d'un centre de gravité (p. 453 et 475), d'interprétation du droit étranger tel qu'appliqué en ce pays (p. 456).

<sup>209</sup> Emprunts serbes, p. 452; emprunts brésiliens, p. 475.

des circonstances au demeurant largement analysées dans les sentences <sup>210</sup>.

Penser la mort du concept d'autonomie de la volonté, comme l'avait fait Niboyet, était faire fi de sa constance en jurisprudence et de sa renaissance en doctrine.

#### § 4. Deuxième moitié du XXe siècle: l'affinement du concept

71. Plus que d'une renaissance, il convient de parler d'affinement du concept. La doctrine, plus attentive qu'antérieurement aux enseignements de la jurisprudence, en tire les leçons. Les analyses détaillées permettent à la jurisprudence d'évoluer à son tour. L'interaction entre ces deux sources de droit international privé produit ses fruits. Baromètres de l'évolution, les codifications nationales et internationales intègrent le concept.

##### A. Doctrine

72. Si, en 1950, Delaume peut encore considérer qu'en dehors d'une volonté explicite en matière contractuelle «les nécessités pratiques [et] les exigences théoriques militent en faveur du rejet de l'autonomie de la volonté» <sup>211</sup>, dès 1938, la publication de la thèse de Henri Battifol: «Les conflits de lois en matière de contrats» annonce la doctrine qu'il développera brillamment dans ses écrits postérieurs: la volonté des parties a certes un rôle à jouer dans les contrats internationaux <sup>212</sup>. Il ne s'agit en réalité pas de choisir la loi qui régit ce contrat mais de le

<sup>210</sup> HAMBRO E., p. 20, classe la sentence dans le principe de la «proper law of the contract» ajoutant qu'elle «quite clearly admits the importance of the will of the parties, the autonomy of the will».

<sup>211</sup> DELAUME G.R., «L'autonomie de la volonté en droit international privé», *R.C.D.I.P.*, 1950, p. 321 à 340 (rapport présenté au congrès international de droit comparé de Londres en 1950).

<sup>212</sup> BATTIFOL H., *Les conflits de lois en matière de contrats*; adde les différentes éditions du traité de droit international privé; «Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats»; «L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française»; «Sur la signification de la loi désignée par les contractants»; «La crise du contrat et sa portée»; *Aspects philosophiques du droit international privé*, surtout p. 85 ss.

localiser librement. De l'examen de cette localisation, le tribunal déduira la loi applicable. C'est la théorie de la localisation objective. Au vocable «autonomie de la volonté», Battifol préfère «loi d'autonomie». Cette théorie a dominé la doctrine française et manifestement influencé la jurisprudence. Elle sera analysée dans le paragraphe consacré à la signification contemporaine du concept (*infra* n° 89). Ce n'est qu'en 1972 que l'Académie de La Haye réinscrit à son programme un cours spécifiquement consacré, depuis celui de Niboyet, à «La volonté des parties en droit international privé»<sup>213</sup>. Curti-Gialdino y réhabilite le rattachement psychologique étant «l'adhérence psychologique à un ordre juridique déterminé»<sup>214</sup>. L'autonomie contractuelle permet aux sujets de manifester expressément ou implicitement leur soumission à une loi par opposition à l'autocratie contractuelle qui est la création de la loi<sup>215</sup>. Ces réflexions seront reprises (*infra*, n° 92, 98 et 109).

En 1985, après la session d'Helsinki, l'Institut de droit international crée une commission sur le thème de «l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées»<sup>216</sup>. Elle est présidée par Erik Jayme. Le préambule du projet de résolution considère «que l'autonomie de la volonté des parties est un des principes de base du droit international privé», qu'il soit considéré comme émanant du droit étatique ou comme source propre de droit<sup>217</sup>.

Le principe d'autonomie «jouit aujourd'hui d'une très large diffusion»<sup>218</sup> dans le domaine contractuel. Jurisprudence et codifications en attestent.

---

213 CURTI-GIALDINO A., «La volonté des parties en droit international privé», *R.C.A.D.I.*, 137, 1972, III, pp. 743-921.

214 *Idem*, p. 756.

215 *Idem*, p. 819.

216 *Annuaire I.D.I.*, 1985, 61-II, Session d'Helsinki, pp. 59 ss.

217 JAYME E., *I.D.I.*, Session de Bâle, Travaux préparatoires, vol. 64-I, 1991, p. 77.

218 JACQUET J.M., p. 7.

## B *Jurisprudence*

73. La jurisprudence se caractérise par une lente évolution vers l'objectivation de la volonté des parties quand celle-ci n'est pas expresse.

### — Angleterre

74. La tendance vers l'objectivation est manifeste dans la jurisprudence anglaise dès les années cinquante et s'accroît depuis lors. Dès 1954, dans l'affaire *The Assunzione*, malgré certaines références à l'intention présumée «the more realistic and objective test of the reasonable man»<sup>219</sup> est adopté. Au fil de la jurisprudence, la «proper law» devient «the system of law by reference to which the contract was made or that with which the transaction has the closest and most real connection»<sup>220</sup>. La référence à une intention non certaine des parties devient une fiction qu'il convient d'écarter puisque «they never thought about it»<sup>221</sup>. Par ailleurs, lorsque la volonté est exprimée, elle ne peut faire choix d'une loi qui n'a manifestement aucun lien avec le contrat<sup>222</sup>.

Avec ou sans volonté certaine, le critère du «lien étroit» entre le rapport de droit et l'ordre juridique appelé à le régir fait ainsi son avancée dans la jurisprudence anglaise. Ceci permet à la doctrine, en 1987, d'annoncer avec sérénité que la Convention européenne de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui sera ratifiée le 29 janvier 1991, «follow the pattern of our present law», dans ses règles fondamentales, notamment de la «closest connection»<sup>223</sup>.

<sup>219</sup> [1954] p. 150; CHESHIRE and NORTH, note 10, p. 462.

<sup>220</sup> Cette formulation est adoptée pour la première fois en 1961 par la House of Lords dans l'affaire *United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltd.*, AC 1007; MORRIS J.H.C., p. 213; *adde* CHESHIRE and NORTH, p. 462, et références note 13, *Amin Rasheed Corps v. Kuwait Insurance Co* [1984] AC 50 et 61.

<sup>221</sup> Lord DENNING MR. in *Coart Lines Ltd. v. Hudig and Veder Chartering NV.* [1972] 2 QB 34 at 44; CHESHIRE and NORTH, p. 462, note 14.

<sup>222</sup> La volonté des parties ne doit pas nécessairement être regardée «as being the governing consideration where a system of law is chosen which had no real or substantial connection with the contract looked upon as a whole», *Re Helbert Wagg & Co Ltd's Claim* [1956] Ch 323 at 341; cité par CHESHIRE and NORTH, p. 453, *adde* notes 1 et 2.

<sup>223</sup> CHESHIRE and NORTH, p. 504.

## — France

75. La Cour de Cassation de France met fin par l'arrêt *Messageries maritimes* du 21 juin 1950 aux hésitations de la jurisprudence entre la théorie de l'incorporation (liberté contractuelle) ou du rattachement à une loi (loi d'autonomie): «Tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat»<sup>224</sup>. Le principe aussi clairement exprimé est toutefois battu en brèche par la décision elle-même dont l'interprétation est controversée<sup>225</sup>. Divers arrêts postérieurs se sont référés plus ou moins explicitement à la localisation du contrat. Leur portée est toutefois rarement aussi claire que ne le voudrait la théorie de la localisation objective<sup>226</sup>.

## — Suisse

76. En 1952, dans l'arrêt *Chevalley*<sup>227</sup>, le Tribunal fédéral suisse renoncera à la notion de volonté hypothétique, qui s'était progressivement effacée au profit de la recherche des «liens les plus étroits»<sup>228</sup>. Le Tribunal fédéral considère que «la volonté présumée des parties ne fait, en définitive, que recouvrir l'ensemble des critères objectifs auxquels le juge recourt pour rattacher le contrat à un lieu déterminé». Parmi ces critères, une

<sup>224</sup> Cass. Civ. Fr., 21 juin 1950, *R.C.D.I.P.*, 1950, p. 609, note BATIFFOL H., *S.*, 1951, I, 1, note NIBOYET J.P.; *Rev. trim. dr. com.*, 1950, p. 698, note LOUSSOUARN Y. L'arrêt soumet le contrat à la loi canadienne tout en écartant le Gold clause Act canadien de 1937, défavorable aux porteurs d'obligations et en disant applicable la clause-or non contraire à l'ordre public international français. Dans le même sens, Reichsgericht, 28 mai 1936, *Clunet*, 1936, p. 351 sur la Joint Resolution adoptée aux U.S.A. en 1933, applicable car le rapport de droit est régi par «la soumission illimitée à une législation quelconque»; mais écartée car «contraire au but des lois allemandes». Pour la Belgique, *supra*, n° 69; l'Angleterre, *supra*, n° 64.

<sup>225</sup> Voy. JACQUET J.M., p. 55 ss.; pour une analyse minutieuse, DEBY-GERARD F., p. 182 et 233.

<sup>226</sup> Cass. Fr., 6 juillet 1959, *Soc. fourrures Renel c. Allouche*, *R.C.D.I.P.*, 1959, p. 708, note BATIFFOL H., créant un système dualiste; ANCEL B. et LEQUETTE Y., p. 250; Cass. Fr., 5 mars 1969, *Zanarelli*, *R.C.D.I.P.*, 1970, p. 279, note BATIFFOL H.; Cass. Fr., 29 juin 1971, *Nassar*, *Clunet*, 1972, p. 51, note KAHN.

La décision la plus claire est Cass. Fr., 25 mars 1980, *Soc. Mercator Press*, *R.C.D.I.P.*, 1980, p. 576, note BATIFFOL H., *Clunet*, 1980, p. 650, obs. KAHN: «si la localisation du contrat dépend de la volonté des parties, c'est au juge qu'il appartient, après avoir interprété souverainement leur commune intention quant à la localisation, de déduire de celle-ci la loi applicable au contrat».

<sup>227</sup> *Chevalley c. Ganimportex SA*, A.T.F., 78, II, p. 74; *R.C.D.I.P.*, 1953, p. 390, note FLATTET.

<sup>228</sup> PATOCCHI P.M., p. 58.

position centrale est accordée à la prestation caractéristique conduisant en l'espèce à l'application de la loi du domicile du prêteur qui court le risque. Le même arrêt introduit le principe de l'unité contractuelle, supprimant la grande coupure et faisant régir par la même loi la conclusion et les effets du contrat. «Le cœur du débat s'est ainsi déplacé; l'autonomie de la volonté est pleinement admise et il ne reste plus qu'à en préciser les limites»<sup>229</sup>.

— *Pays-Bas*

77. Aux Pays-Bas, l'arrêt *Analti (Van Nievelt)* prononcé par le Hoge Raad le 13 mai 1966 consacre l'autonomie de la volonté dans les matières contractuelles<sup>230</sup>. La liberté de choix doit être respectée même à l'encontre des normes impératives de la loi normalement applicable. Les normes impératives sont distinguées des normes «qui revêtent une importance telle que le juge néerlandais doive en tenir compte et, dès lors, les appliquer par préférence au droit d'un autre État qui aurait été choisi par les parties». Struycken, dans sa note à la *Revue critique* qualifie correctement les normes ainsi dégagées par le Hoge Raad de «lois d'application immédiate». La motivation du refus de prendre en compte les lois impératives de l'ordre juridique normalement applicable, belge en l'occurrence, repose sur l'idée que, par ce rejet, l'État belge n'est pas atteint dans son ordre socio-économique. Dans la définition, l'analogie avec l'ordre public est claire. Dans le raisonnement, quoique moins scientifique, l'analogie avec la «governmental interest analysis» de la doctrine américaine (Curie) est possible.

— *Belgique*

78. Dans la jurisprudence belge, l'arrêt de cassation qui pose le plus explicitement le débat entre la théorie subjectiviste et la

---

<sup>229</sup> *Idem*, p. 59.

<sup>230</sup> N.J., 1967, n° 3; A. Ae., 1968, p. 342; STRUYCKEN M., in *R.C.D.I.P.*, 1980, p. 739.

théorie objectiviste est sans conteste l'arrêt *Debecker* du 27 novembre 1974<sup>231</sup>.

Voici les faits: Deux Belges, domiciliés en Belgique, y ont conclu un contrat de cession relatif à un fonds de commerce situé en France. Le contrat ne comportait pas de désignation de la loi applicable. Le juge du fond prononça l'annulation de la vente au motif que le vendeur n'avait pas respecté les mentions requises par l'article 12 de la loi française du 29 juin 1935 relative à la vente d'un fonds de commerce. Le juge du fond avait explicitement fait application d'une règle de conflit de lois qu'il appelait «localisation objective du contrat» pour estimer qu'il y avait lieu d'écarter les éléments rattachant le contrat à la loi belge (nationalité et domicile des parties, lieu de conclusion, invocation de dispositions du Code civil belge...) au profit des «rapports les plus étroits» avec la loi française («les parties ont songé à la question», «elles n'avaient pas manqué de choisir la loi française en vue d'éviter un conflit avec la réglementation en vigueur pour leur fonds», les usages commerciaux de l'Aude, le lieu d'exécution en France, en francs français...). Dans son pourvoi, le requérant se référait explicitement à la thèse subjectiviste pour obtenir cassation considérant que «à défaut de volonté expresse des parties, il convient de rechercher, d'après les circonstances, l'intention implicite ou présumée des parties à cet égard; que, dès lors, en se fondant uniquement sur la loi avec laquelle la convention présentait les rapports les plus étroits, sans avoir égard à la volonté explicite ou présumée des parties, l'arrêt n'a pas légalement justifié sa décision». Très subtilement, la Cour ne va pas non plus laisser apparaître *expressis verbis* sa volonté. Elle laisse entendre que sous couvert de «localisation objective», le juge du fond s'est, en réalité, enquis de la volonté tacite des parties et a, partant, légalement justifié sa décision: «qu'ainsi, pour aboutir à ce qu'il qualifie «une localisation objective» de la convention, suivant l'économie de celle-ci et les circonstances de la cause, le premier juge n'invoque en réalité que des éléments propres à révéler la volonté des parties, dès la formation de la convention, et

---

<sup>231</sup> *Pas.*, 1975, I, 343; *J.T.*, 1975, p. 62; *R.C.D.I.P.*, 1976, p. 660, note GOTHOT P. Nous écartons ici les questions de loi applicable à la forme du contrat non explicitement aperçues dans l'arrêt. Sur ce point, voy. RIGAUX F., «La loi applicable à la forme des actes juridiques», *Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer*, Genève, Librairie de l'Université, Georg et Cie, 1979, p. 381, spéc. p. 390, n° 19; *adde* ZORBAS G., in RIGAUX et ZORBAS, p. 408.

en déduit souverainement que cette volonté a été de soumettre la cession à l'empire de la loi française»<sup>232</sup>.

Une interprétation téléologique de cet arrêt ne permet pas d'y voir une consécration de la théorie objectiviste. Les facteurs de manifestation implicite de la volonté des parties ne sont même pas évoqués au titre d'éléments de localisation du contrat, dont le juge tirerait la loi à appliquer, mais au titre de «volonté de soumettre la cession à l'empire de la loi française». Sans doute acceptant formellement le «label» de «localisation objective» donné par le juge du fond à son raisonnement, la Cour paraît y apporter son assentiment. Celui-ci vise toutefois davantage la réalité d'un raisonnement propre à rechercher la volonté hypothétique des parties<sup>233</sup>. Voici la jurisprudence belge plus proche qu'il n'y paraît de la jurisprudence française. La position de la Cour de cassation de Belgique est également doublement dualiste: entre la volonté exprimée ou non d'abord, la première l'emportant; au sein de la volonté «absente» ensuite, entre la recherche d'une volonté hypothétique et la comptabilisation de facteurs objectifs localisant le contrat.

### C. Codifications

79. Tant les codifications nationales récentes que la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ont confirmé la place de l'autonomie de la volonté comme facteur de rattachement prépondérant dans les matières contractuelles. Emanant de législateurs ou d'organismes privés, ces codifications sont, pour partie, la consécration d'une doctrine et d'une jurisprudence antérieure. Ceci motive leur étude postérieurement à ces deux sources<sup>234</sup>.

<sup>232</sup> Ce faisant, la Cour de cassation, comme le juge du fond, rattache sans aucun débat à la loi régissant le fond du contrat la question de forme soulevée par la loi française.

<sup>233</sup> BATIFFOL et LAGARDE considèrent qu'en cet arrêt la Cour de Cassation de Belgique est «fidèle à la théorie subjectiviste», t. II, p. 263, n° 571, note 6; dans le même sens: WATTE N., «Droit et devoirs des époux», p. 207, parle de «rattachement subjectif absolu».

<sup>234</sup> Le constat ressort clairement du rapport concernant la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Le point 7 des considérations introductives donne un aperçu des sources internes (p. 13) et le commentaire de l'article 3 répertorie sommairement la jurisprudence et la doctrine dans les différents Etats membres (p. 23). Rapport par GIULIANO M. et LAGARDE P., *J.O.C.E.* n° C. 282 du 31 octobre 1980 et *Doc. Sénat de Belgique*, n° 362-2 (1986-1987), p. 23.

## — U.S.A.

80. Le Restatement Second of the Law of Conflicts of Laws, promulgué aux U.S.A. en 1969 sous les auspices de l'American Law Institute, n'est pas une codification émanant d'un législateur. Tentative d'uniformisation des jurisprudences existantes, son impact sur la jurisprudence ultérieure est indéniable<sup>235</sup>. Le rapporteur du Restatement Second, Willis L.M. Reese, a fait une place importante au principe d'autonomie de la volonté dans les matières contractuelles. Ce principe doit assurer une sécurité juridique plus forte que le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, souvent fortuit.

Le paragraphe 187 du Restatement Second vise l'hypothèse dans laquelle les parties ont exprimé un choix. Ce choix doit être respecté s'il ne va pas à l'encontre d'une norme impérative, en cela que les parties auraient très bien pu insérer, dans leur accord, une clause réglant substantiellement cette question. Même en cas contraire, à l'encontre d'une norme impérative, ce choix peut être respecté, sauf s'il est déraisonnable et sans lien étroit avec la situation ou s'il est fondamentalement contraire à l'ordre public d'un Etat dont le droit serait applicable à défaut de choix<sup>236</sup>. On reviendra plus loin sur les limites au principe

235 — Sur le danger des «codifications» qui ne sont pas lois, voy. MARTIN J.A., p. 64, Notes and questions: «Picture yourself as an European trying to determine what "the law is" in the conflicts area in the United States. It would seem very tempting to refer to something labeled "restatement" than to the decisions of fifty-one jurisdictions»; dans le même sens: VON OVERBECK A.E., «Les questions générales», p. 28; et, pour une remarque similaire à l'égard de l'Amérique Latine, dont les juristes prennent trop souvent le Restatement pour un Code: CARL B.M., «Unification of private international law in Western Hemisphere», *Liber Memorialis François Laurent*, p. 711.

— KEGEL classe le Restatement second dans la catégorie de «soft law», comme les Codes de conduite, les recommandations des Nations Unies...; in «Fundamental approaches», *Int'l Encycl. of comp. law*, vol. III, ch. 3, 1985, p. 43.

236 «§ 187, *Law of the State Chosen by the Parties*:

- (1) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue.
- (2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either
  - (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for parties' choice, or
  - (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of § 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.

d'autonomie de la volonté (*infra*, n° 94 ss.). Ces règles sont également applicables en l'absence de choix explicite si «le contrat fait nettement ressortir l'intention des parties quant au droit applicable à leur convention». Pour cela il faut qu'il soit clairement démontré que les parties ont opéré un choix<sup>237</sup>. Il ne s'agit manifestement pas de la théorie subjectiviste recherchant la volonté implicite des parties. D'autant que le § 188 prévoit assez clairement, à défaut de choix par les parties, une localisation objective du contrat dans l'Etat qui a «the most significant relationship» avec la convention et les contractants en reprenant le principe général édicté au paragraphe 6 du Restatement Second<sup>238</sup>. Il y va toutefois d'une recherche au cas par cas et non

---

(3) In the absence of a contrary indication of intention, the reference is to the local law of the state of the chosen law.

MARTIN J.A., p. 41, *adde* HANOTIAU B., *Le droit international privé américain*, p. 246 et références citées; KEGEL, *Int'l. Encycl.*, vol. III, ch. 3, 1985, 77 p.; pour une bibliographie sur le droit international privé américain, RIGAUX F., t. I, n° 108, p. 73.

<sup>237</sup> Restatement, commentaire a) sous § 187; HANOTIAU B., pp. 249-250, pose la question du «comment» d'un choix clair lorsqu'il n'est pas exprimé.

<sup>238</sup> «§ 188. *Law Governing in Absence of Effective Choice by the Parties:*

(1) The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in § 6.

(2) In the absence of an effective choice of law by the parties (see § 187), the contacts to be taken into account in applying the principles of § 6 to determine the law applicable to an issue include:

- (a) the place of contracting,
- (b) the place of negotiation of the contract,
- (c) the place of performance,
- (d) the location of the subject matter of the contract, and
- (e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties.

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.

(3) If the place of negotiating the contract and the place of performance are in the same state, the local law of this state will usually be applied, except as otherwise provided in §§ 189-199 and 203.

«§ 6. *Choice of Law Principles:*

(1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.

(2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include

- (a) the needs of the interstate and international systems,
- (b) the relevant policies of the forum,
- (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
- (d) the protection of justified expectations,
- (e) the basic policies underlying the particular field of law,
- (f) certainty, predictability and uniformity of result, and
- (g) ease in the determination and application of the law to be applied.»

d'une simple application mathématique du nombre de points de contacts avec un Etat. Dans cette recherche, le respect des prévisions des parties, notamment quant à la validité du contrat, est prépondérant<sup>239</sup>.

— *Europe*

81. La parenté de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles avec le Restatement Second est certaine<sup>240</sup>. Si la Convention de Rome est, à l'inverse du Restatement, une source réglementaire, les deux actes sont proches tant dans leur mode d'élaboration que dans leur contenu. Comme le Restatement, la Convention de Rome, tout en se situant dans le cadre officiel des Communautés européennes, est le fruit d'un travail d'experts. Plus encore que le Restatement, la Convention consacre, dans ses grandes lignes, les jurisprudences.

Le principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, inscrit à l'article 3 de la Convention sous le titre: «liberté de choix», est, selon le rapport introductif «la réaffirmation d'une règle consacrée à l'heure actuelle dans le droit international privé de tous les Etats membres de la

<sup>239</sup> Les alinéas 2, 3, 4 et 5 du commentaire b) sous le § 188, visent la «Protection of the justified expectations of the parties», *adde*: HANOTIAU B., p. 252, et, dans le même sens, soulignant dans la jurisprudence la pluralité de motivations théoriques pour atteindre l'objectif de validation des contrats, tels qu'envisagés initialement par les parties, voy. LEFLAR R., «Choice of law: A well-watered plateau», 21 *Law and Contemp. Prob.*, 1977, p. 10, in MARTIN J.A., pp. 227 ss., p. 232: «The modern tendency is to sustain the validity of any contract made on good faith by parties in a fairly equal bargaining position if it would be validated by the law of any substantially connected state and is not contrary to the strong public policy of the forum state».

<sup>240</sup> FALLON M., «Un 'Restatement' européen du droit des conflits de lois en matière de contrats», *Assuntos Europeus*, 1984, p. 12. Pour le texte de cette convention, voy. *J.O.C.E.* du 9 octobre 1980; *R.C.D.I.P.*, 1980, p. 875; *Clunet*, 1981, p. 218; *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, p. 394; Loi belge du 14 juillet 1987, *Mon. belge*, 9 octobre 1987. Pour une bibliographie, voy. Université Catholique de Louvain, Département de Droit International, Documents, *La réforme du droit des contrats internationaux*, 1988; PATOCCHI P.M., note 286, p. 83; LAGARDE P., «Le nouveau droit international privé des contrats», *R.C.D.I.P.*, 1991, p. 287.

Communauté»<sup>241</sup>. En précisant que le choix des parties «doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause», l'article 3 écarte la thèse subjectiviste. Le juge n'est pas autorisé à «supposer un choix de la loi pour les parties si elles n'ont pas eu l'intention certaine de le faire»<sup>242</sup>. A défaut de choix exprès ou certain, le contrat sera rattaché à «la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits» (art. 4). C'est, dans le Restatement, «the most significant relationship». Davantage que dans le Restatement, cette localisation est «concrétisée et objectivée»<sup>243</sup> par des présomptions. La présomption principale, à laquelle il est fait exception tantôt pour certaines matières<sup>244</sup>, tantôt par le principe général lui-même lorsque l'ensemble des circonstances laissent apparaître d'autres liens plus étroits, concrétise les liens les plus étroits au lieu de la résidence habituelle de l'auteur de la prestation caractéristique. Le rapport et les commentaires analysent la notion de prestation caractéristique et la préférence accordée à la résidence de son auteur plutôt qu'au lieu d'exécution. Ce choix est généralement justifié par la facilité de détermination et la plus grande stabilité de la résidence. Implicitement, mais peut-être fondamentalement, ce choix recentre le rapport de droit non pas tant sur l'activité en cause que sur les agents juridiques. Si, selon les termes mêmes du rapport, la prestation caractéristique est le «centre de gravité», ce centre trouve son point d'appui «dans la perspective qui inspire la solution retenue», au lieu de résidence habituelle de la personne physique ou au principal établissement de la personne morale,

241 «Ainsi d'ailleurs que dans la plupart des droits des autres pays» ajoute le rapport GIULIANO et LAGARDE. *Adde* GAUDEMET-TALLON H., n° 44, p. 242; PATOCCHI P.M., n° 168, p. 85. Voy. Sénat de Belgique, Doc. n° 362-1 (1985-1986), *adde* FALLON M., «Un Restatement», p. 12, n° 17 et 18; LANDO O., «Party autonomy in the EC Convention on the law applicable to contractual obligations», in RIGAUX (Ed.), *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 191, p. 193; MORSE C.G.S., «Comparative study of the rules of conflicts of laws in the field of contracts», in RIGAUX (Ed.), *L'influence des Communautés européennes...*, p. 141, p. 151: «The parties' right to choose the law applicable to a contract is widely accepted».

242 *Rapport*, p. 27; FALLON M., «Un Restatement», p. 4.; LAGARDE P., «Le nouveau droit international privé des contrats», p. 320, distingue la convention d'une thèse «objectiviste» au sens de la localisation objective de Batiffol (*infra*, n° 89) mais souligne que ce «choix est un choix de droit international privé», le contrat étant «régit» par une loi. «Il ne s'agit pas d'une incorporation de la loi choisie dans le contrat».

243 *Rapport*, p. 34.

244 Cette qualification générique y inclus l'exception résultant de l'application de lois internationalement impératives d'Etats tiers (art. 7).

auteur de la prestation <sup>245</sup>. S'agissant de faciliter la libre circulation des marchandises dans un «marché commun», la solution privilégie les agents économiques, auteurs de cette circulation. Simplement dit, ce sont les marchands, non les marchandises, qui feront la circulation. Le siège de cette volonté, dont on veut reconnaître l'autonomie, est bien dans les hommes qui créent le rapport de droit, non dans les prestations qui en sont l'objet <sup>246</sup>. C'est une «personnification» du rapport de droit. Cet aspect dépasse la jurisprudence existante. Ce n'est pas entièrement neuf. Déjà la Convention de La Haye du 15 juin 1955 <sup>247</sup> sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels localisait la vente, à défaut de choix, dans «le pays où le vendeur a sa résidence habituelle» (art. 3).

En concrétisant la localisation du lien le plus étroit, la Convention de Rome «objectivise» le critère d'autonomie de la volonté; en le personnalisant dans le chef des auteurs elle le «subjectivise». Le sens est ici différent. Il ne s'agit plus de laisser place à la subjectivité totale des parties, mais de réapproprier le rapport de droit, par un critère quasi certain, aux sujets-acteurs. Tout pouvoir n'est pas enlevé au juge. L'exception générale au facteur du lieu de résidence de l'auteur de la prestation caractéristique laisse pleine souveraineté au juge pour estimer «qu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente les liens les plus étroits avec un autre pays» (art. 4, § 5). Le codificateur européen, après avoir sacrifié au rationalisme et donné au juge les outils d'un raisonnement objectif, le laisse libre d'en user ou non. A ce stade, ayant posé quelques panneaux de signalisation destinés à guider les praticiens, il rejoint le pragmatisme du «codificateur» américain et restreint la prévisibilité des solutions.

<sup>245</sup> Le rapport se réfère explicitement à la notion de «centre de gravité», p. 33; et DE WINTER L.I., «Note sur la doctrine de la prestation caractéristique», Doc. prépar. à la Convention, TV, Doc. XIV/18079/70-F. Pour une position contre la convention en projet parce qu'elle poursuit la démarche traditionnelle de Savigny à l'encontre d'un «nouveau droit international privé», voy. JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., «Observations concerning the preliminary draft E.E.C. Convention on the law applicable to contractual and extracontractual obligations», *N.I.L.R.*, 1975, pp. 192-197.

<sup>246</sup> L'exception pour les contrats de transports peut confirmer ce point de vue en centrant le rattachement conditionnel du rapport de droit sur le transporteur. L'exception pour les immeubles infirme ce point de vue en centrant le rapport de droit sur son objet. Ce rattachement est traditionnel en matière immobilière.

<sup>247</sup> *Mon. belge*, 20 septembre 1964.

82. «Effort de synthèse de l'existant<sup>248</sup> dans le droit positif des Etats européens»<sup>249</sup>, la Convention de Rome a rapidement servi de référence aux tribunaux avant même son entrée en vigueur le 1er avril 1991. Certains Etats membres n'ont pas attendu son entrée en vigueur pour l'intégrer dans leur droit national<sup>250</sup>. Ce constat ne permet pas de clore le commentaire sans évoquer deux difficultés: l'une due au mode de ratification de la convention, l'autre au contenu de la loi. Le mode de ratification par intégration dans la loi nationale, tout en ayant le mérite d'étendre le champ d'application dans l'espace des solutions retenues par la convention, risque de mettre en péril l'interprétation autonome des dispositions de la convention. Malgré l'article 36 du Code, invitant les tribunaux à interpréter et appliquer ces dispositions «d'une manière uniforme dans les Etats contractants», les juges nationaux y seront peut-être moins attentifs que s'il s'était agi d'appliquer une convention<sup>251</sup>. Plus fondamentalement, certains articles de la Convention de Rome ont été supprimés ou modifiés à l'occasion de leur introduction dans des lois nationales.

— République Fédérale d'Allemagne

83. Dans la codification allemande, la modification la plus importante portée à la Convention de Rome concerne les lois de police. L'article 34 du Code ne reprend que l'alinéa 2 de l'article 7 de la Convention de Rome. Seules les lois impératives de la *lex fori* (allemande), non celles d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, pourront écarter la loi normalement

<sup>248</sup> A l'exception de l'art. 25 des dispositions préliminaires du Code civil italien, de l'art. 10 du titre préliminaire du Code civil espagnol et de l'art. 42 du Code civil portugais qui, tous trois, localisent le contrat, à défaut de choix, au regard de la loi nationale commune des parties ou de la loi du lieu de conclusion. Le Code civil espagnol limite même la volonté expresse ou certaine au choix d'une loi qui ait, avec le contrat, «*alguna connexion*» (*infra*, n° 94, note 281).

<sup>249</sup> FALLON M., «Un Restatement», p. 13, n° 17.

<sup>250</sup> Voy. LAGARDE P., «Le nouveau droit international privé des contrats», p. 289. Loi danoise du 9 mai 1984. Loi luxembourgeoise du 27 mars 1986. Loi belge du 14 juillet 1987, *Mon. belge*, 9 octobre 1987. Section V du nouveau Code de droit international privé allemand introduit au chapitre II de la loi d'introduction du Code civil par la loi du 25 juillet 1986, portant réforme du droit international privé, *Bundesgesetzblatt*, 30 juillet 1986, n° 37, p. 1142 ss.; traduction fr. in *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 170; Commentaires, même revue; SONNENBERGER H.J., «Introduction générale», pp. 1-32; STURM F., «Personnes familles et successions», pp. 33-76; BASEDOW J., «Les conflits de juridictions», pp. 77-92; *adde* VON OVERBECK A.E., «Questions générales», p. 31.

<sup>251</sup> Ce mode de ratification est permis par l'art. 28.2 de la convention.

applicable. Les lois d'application immédiate des autres pays ne sont donc pas prises en compte en dehors des contrats de consommation (art. 29) et de travail (art. 30)<sup>252</sup>. Le Code allemand n'a pas davantage suivi une partie de la doctrine proposant d'intégrer une clause générale d'exception (*Ausweichklausel*) fondée sur le principe de proximité, comme le fera le Code suisse. Pour la matière précise des obligations contractuelles, le Code reprend toutefois à l'article 28, alinéa 1er, 2e phrase, et alinéa 5, le principe des «liens les plus étroits» tel qu'il est édicté à l'article 4, alinéa 1er, 2e phrase, et alinéa 5, 2ème phrase de la Convention de Rome.

La codification allemande opte pour les critères objectifs de localisation des liens les plus étroits retenus par la Convention de Rome. En écartant les lois étrangères d'application immédiate, la codification allemande est même plus rigide que la Convention de Rome.

En marge de cette unification, deux codifications par des pays non membres de la C.E.E., la Suisse et l'Autriche, méritent attention quant à la place réservée au principe d'autonomie de la volonté.

#### — Suisse

84. Les articles 116 et 117 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé (L.S.D.I.P.) du 18 décembre 1987<sup>253</sup> sont tout à fait proches de la Convention de Rome<sup>254</sup>. Après avoir posé, en matière contractuelle, le principe d'élection de droit par les parties, sous forme expresse ou certaine (art. 116.1), la L.S.D.I.P. prévoit qu'«à défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits» (art.

---

<sup>252</sup> Ce faisant, la R.F.A. ne fait qu'appliquer la réserve autorisée par l'art. 22, al. 1 de la Convention. La Belgique, qui a utilisé le même mode de ratification, n'a pas fait usage de cette réserve. Le projet allemand initial, en l'art. 34.1, reprenait l'art. 7.1 de la Convention. Sur le rejet de cette disposition et sur le rejet d'une disposition reprenant dans la partie générale, le principe des normes d'application immédiate (*Eingriffsnormen*), voy. SONNENBERGER H.J., pp. 8 à 10.

<sup>253</sup> *Feuille Fédérale*, 12 janvier 1988; voy. pour le texte, les commentaires et une bibliographie: *R.C.D.I.P.*, 1988, p. 208 ss. et 409 ss.

<sup>254</sup> Ce n'était pas le cas de l'avant projet de la Commission d'experts laissant un choix au juge entre trois critères de localisation (prestation caractéristique, protection partie faible, nature du contrat).

117.1), ceux-ci étant, en principe, «réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle» (art. 117.2) <sup>255</sup>.

Comme dans la Convention de Rome, on retrouve des exceptions dues aux matières <sup>256</sup> et l'exception du principe général de proximité. Cette exception contenue dans le principe lui-même <sup>257</sup> confirme la clause échappatoire qui, inscrite au chapitre premier, titré «dispositions communes», vise toutes les règles de conflit de lois du Code en précisant que «le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit» (art. 15.1).

Dans le pouvoir laissé au juge pour écarter les présomptions légales — étant précisé que l'élection de droit ne peut être écartée sur cette base —, la loi suisse est plus restrictive que la Convention de Rome. Il ne suffit pas «qu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays» (art. 4, § 5 de la Convention de Rome). Selon la loi suisse, cette relation doit être *beaucoup* plus étroite et il doit être *manifeste* que le lien avec le droit présumé applicable est *très lâche* <sup>258</sup>. Les signaux placés pour le praticien sont clairs et fermes. Leur non-respect nécessiterait, pour éviter la sanction du Tribunal fédéral, un détournement des éléments de faits.

Par ailleurs, la loi fédérale suisse sur le droit international privé élargit la place de l'autonomie de la volonté au domaine du droit applicable aux obligations délictuelles. En ce cas, l'élection de droit est généralement soumise à une double limite: dans le temps, après l'événement dommageable; dans l'espace, à l'application du droit du for (art. 132). Ces questions seront approfondies dans l'étude du domaine d'application contemporain du concept (*infra*, n° 117 ss.).

<sup>255</sup> A la différence de la Convention de Rome, la L.S.D.I.P. donne, à l'art. 117.3, des exemples de «prestations caractéristiques».

<sup>256</sup> L'exception résultant de l'application de lois impératives d'autres Etats est générale mais restreinte aux cas où «des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent».

<sup>257</sup> STOJANOVIC S., p. 28, n° 35.

<sup>258</sup> *Contra* DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1983, p. 91, qui n'y voit que «les deux faces d'une même médaille».

## — Autriche

85. Contrairement aux codifications suisse et allemande, la codification autrichienne antérieure (*Ö-IPR-G*)<sup>259</sup> a maintenu un critère subjectif d'appréciation de la volonté non-expresse ou certaine qui avait été développé par la jurisprudence contre la rigidité de la *lex loci contractus*<sup>260</sup>. Il ne s'agit pas, à proprement parler, de la volonté hypothétique des anciennes jurisprudences allemande et suisse, au demeurant rejetées en Autriche, mais d'une «*vermutete Rechtswahl*», sorte d'élection présumée ne résultant pas d'un accord des parties mais de certaines circonstances qui rendent cette élection probable: la langue, la terminologie juridique, une élection de for<sup>261</sup>. La loi autrichienne de droit international privé, en son § 35, assimile cette élection présumée à la volonté tacite. Cette place laissée au subjectivisme avec une grande part d'interprétation pour le juge est d'autant plus importante que les règles de conflit de lois spéciales ne sont pas, comme dans le Code suisse, susceptibles de correction au profit du principe du lien le plus étroit, énoncé au § 1 *Ö-IPR-G*<sup>262</sup>. Cet article inscrit toutefois le principe de proximité comme principe fondamental sous-tendant toutes les règles de conflit de lois spéciales édictées dans le *Ö-IPR-G*<sup>263</sup>. Le juge pourra vraisemblablement l'utiliser sinon comme correctif, comme

<sup>259</sup> Loi fédérale du 15 juin 1978 sur le droit international privé, *Ö-IPR-G*, *Bundesgesetzblatt*, 7 juillet 1978, p. 1729, trad. fr. in *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 174, note SCHWIND Fr. Pour une bibliographie, voy. PATOCCHI P.M., p. 76, note 250.

<sup>260</sup> Art. 35, 1, 2<sup>e</sup> phrase: «s'il résulte des circonstances que les parties ont regardé comme applicable un ordre juridique déterminé, cela équivaut à une désignation implicite».

<sup>261</sup> PATOCCHI P.M., p. 77, n° 150.

<sup>262</sup> § 1: *Principe du rapport plus fort*

(1) Les situations qui présentent des liens avec l'étranger sont régies en matière de droit privé par l'ordre juridique avec lequel existe le rapport le plus fort (*die stärkste Beziehung*);

(2) Les règles spéciales sur l'ordre juridique applicable (règles de rattachement) énoncées dans la présente loi fédérale doivent être considérées comme expression de ce principe.

<sup>263</sup> Sur ce type de «open ended rule», SAUVEPLANNE J.G., «New trends», p. 47; VON OBERBECK A.E., «Questions générales», p. 200; *adde infra*, n° 105. La même disposition est inscrite à l'article 1003 du nouveau Code de droit international privé du Burkina Faso: «Les rapports juridiques [transfrontières] visés à l'article précédent sont régis par le droit à l'égard duquel le rattachement est le plus étroit. Les règles de conflits de lois du présent chapitre doivent être considérées comme l'expression du principe général énoncé à l'alinéa premier. En cas de lacune ou d'insuffisance des dispositions du présent chapitre, le juge s'inspirera du principe énoncé à l'alinéa premier.»

Zatu An VII 0013 du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un Code des personnes et de la famille (entré en vigueur le 4 août 1990), *R.C.D.I.P.*, 1991, p. 220, note MEYER P.

guide dans la recherche des volontés tacites ou d'une élection présumée. Il reste qu'il détient les clés de l'interprétation.

86. Ces codifications, nationales ou communautaires, sont pour la plupart des tentatives de «fixer la jurisprudence»<sup>264</sup>. Certes, une place importante est laissée au rôle du juge. Il risque toutefois d'éprouver des difficultés à sortir des rails tracés et à pouvoir, comme par le passé, adapter la jurisprudence à l'évolution des réalités. Le risque serait alors grand d'un hiatus entre les rapports de droit internationaux et les règles de droit auxquels ils sont soumis, d'autant que les codifications récentes ignorent quasi totalement les phénomènes de droits transnationaux. Le recours des acteurs internationaux à des modes de règlement des conflits et à des «lex» parallèles aux systèmes étatiques pourrait s'accroître.

Face à ce futur hypothétique, il est bon de dégager de l'aperçu historique le domaine d'application et la signification contemporaine de la notion d'autonomie de la volonté.

### **Section 3. Signification contemporaine et domaine d'application du concept**

87. A la lumière des grandes lignes de l'évolution historique du concept d'autonomie de la volonté en droit international privé, il est possible de cerner le contenu actuel (§ 1) du principe (A) et de ses limites (B) pour approcher une définition (C). Par delà le débat quelque peu périmé du subjectivisme et de l'objectivisme, c'est l'examen des domaines<sup>265</sup> d'application du principe (§ 2) qui paraît présenter le plus d'acuité au sein des règles de conflit de juridictions peut-être (C), des règles de conflit de lois certainement (A), d'autant que le principe dispositif est déjà un

<sup>264</sup> STOJANOVIC S., p. 288, n° 58.

<sup>265</sup> Le domaine du principe d'autonomie de la volonté n'est pas tant ici celui des normes impératives ou supplétives que des catégories de rattachement, des matières dans lesquelles il trouve sa place. Ceci permet de renverser la proposition de V. RANOUIL, suivant laquelle «actuellement en droit international privé, la question n'est plus celle du domaine de l'autonomie de la volonté mais celle de l'objet propre (étant la loi ou le facteur de localisation) de la volonté des parties», p. 152.

moyen procédural détourné par lequel l'autonomie de la volonté s'insère dans les règles de conflit de lois (B).

## § 1. Contenu

### A. *Le principe*

88. En Europe, les principaux débats doctrinaux et jurisprudentiels se sont centrés sur le partage entre une approche subjectiviste ou objectiviste du principe d'autonomie de la volonté.

Pour les tenants de l'approche subjectiviste, c'est par lui-même que le contrat lie les parties. Les parties se lient elles-mêmes, faisant de leur contrat la loi. L'influence du concept de liberté contractuelle en droit interne est manifeste. Cette théorie en est la traduction internationale: en quoi des éléments d'extranéité devraient-ils porter atteinte au principe de la liberté contractuelle? Si les parties désignent, dans leur contrat, la loi applicable, celle-ci s'y incorpore et y puise sa légitimité.

Du point de vue de l'approche objectiviste, tout rapport de droit est soumis aux règles d'un ordre juridique. Il en va de même de la volonté, pour qu'elle produise des effets de droit. L'influence des raisonnements en droit interne n'est pas ici plus éloignée. Elle trouve sa source chez les auteurs ayant rappelé que, si liberté contractuelle il y a, seules les conventions «*légalement*» formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Un contrat, fût-il international, est dès lors toujours soumis à la loi d'un Etat et celle-ci ne s'impose ou n'est désignée que par des critères objectifs.

Les effets différents que les deux théories peuvent avoir sur l'étendue de l'autonomie de la volonté ne sont pas négligeables <sup>266</sup>; ainsi le subjectivisme permet-il, à tout le moins:

---

<sup>266</sup> BATIFFOL a dégagé quatre effets propres au subjectivisme (*Subjectivisme et objectivisme*, p. 253); YNTEMA H.E., p. 353; PATOCCHI en a systématisé six des deux points de vue (p. 93).

1. un contrat sans loi ou une loi incorporée au contrat;
2. au contrat d'être source de sa légitimité: une loi ne peut l'annuler;
3. le choix d'une loi sans lien avec le contrat;
4. le choix d'une norme non étatique;
5. le dépeçage;
6. la pétrification d'une loi au moment de la conclusion du contrat ou la modification ultérieure du choix.

Par excès soit dans l'importance accordée à la volonté autonome, soit dans son rejet, les deux théories conduisent à une aporie: la volonté ne peut jouer de rôle localisateur dans la solution du conflit en désignant la loi applicable tantôt parce qu'aucun pouvoir n'est reconnu à la loi (subjectivisme), tantôt parce qu'aucun pouvoir n'est reconnu à la volonté (objectivisme). C'est ainsi qu'entre ces théories, Yntema ne voit qu'une différence de degré dont le point de divergence est de nature politique: «Wether the principle of state sovereignty is the *exclusive* basis of conflicts law»<sup>267</sup>.

89. Batiffol a conceptualisé «une voie moyenne»<sup>268</sup> entre les deux théories: la localisation objective du contrat. Le rôle de la volonté est réel, il consiste à localiser le rapport contractuel dans l'espace en faisant choix d'une série d'éléments. Au juge revient le rattachement du contrat ainsi localisé avec l'ordre juridique dont il relève, la loi qui y est applicable. L'idée première de Battifol paraît bien être de vouloir maintenir les contrats internationaux sous l'empire des lois étatiques tout en reconnaissant le rôle certain, et reconnu par la jurisprudence, de la volonté. Sinon pourquoi qualifier cette localisation d'objective alors qu'elle est doublement subjective, une première fois dans le chef des parties qui peuvent choisir librement les éléments de fait de localisation (lieu de conclusion, d'exécution, langue, monnaie...), une deuxième fois dans le chef du juge qui conserve une liberté importante dans la valeur accordée aux éléments de fait pour les convertir en éléments de droit rattachant le contrat à un ordre juridique. La balance va toutefois petit à petit s'équilibrer sinon pencher vers le subjectivisme<sup>269</sup>. Deux facteurs prépondérants

<sup>267</sup> YNTEMA H.E., p. 344.

<sup>268</sup> BATIFFOL et LAGARDE, 1963, t. II, n° 571, p. 265.

<sup>269</sup> Sur l'évolution des écrits du doyen Batiffol, voy. PATOCCHI P.M., p. 93, note 316; sur le raisonnement voy. aussi JACQUET J.M., p. 178 ss.; DEBY-GERARD F., p. 229 ss.; CARILLO SALCEDO J.A., pp. 158 ss.

jouent: d'une part, la théorie pragmatique issue de la doctrine américaine, d'autre part, la réalité du développement des rapports contractuels transnationaux, en marge des ordres juridiques étatiques <sup>270</sup>.

90. Aux Etats-Unis, le pragmatisme l'emporte tant dans la théorie consacrée dans le Restatement Second par la recherche de la loi ayant «the most significant relationship» avec la cause ou les parties, que dans d'autres théories, par l'importance accordée aux objectifs matériels des règles retenues. Ce sera par exemple l'application en matière contractuelle de la *lex validitatis* <sup>271</sup>.

91. La Convention de Rome du 19 juin 1980 offre une bonne synthèse.

D'abord synthèse de l'objectivisme et du subjectivisme. Le premier subjectivisme écarté est celui qui revêtait, pour Batiffol, un danger secondaire: la recherche de la volonté présumée, hypothétique des parties <sup>272</sup>. Le subjectivisme y est double et total. Double parce qu'il vise tant les parties que le juge. Aux parties, il attribue une volonté qu'elles n'ont vraisemblablement pas eue, ne l'ayant laissé paraître ni expressément ni même tacitement. Au juge il laisse le pouvoir de se substituer aux parties pour dire à leur place ce qu'elles n'ont pas dit mais qu'aurait voulu toute personne raisonnable placée dans la même situation. Le subjectivisme est total car il ne donne aucun critère fixe. La Convention de Rome écarte partiellement ce subjectivisme, d'une part en le centrant sur le juge, d'autre part en le relativisant. Il n'est plus question d'attribuer aux parties une volonté inexistante. Seul le juge doit localiser le contrat et «son» subjectivisme est

<sup>270</sup> Les phénomènes transnationaux sont déjà évoqués par Batiffol en 1956 dans «Aspects philosophiques», p. 97 ss.

<sup>271</sup> Qu'il s'agisse des théories du «forum conveniens» d'Ehrenzweig, des «principled preferences» de Carvers, ou des «Choice-influencing considerations» de Leflar. EHRENZWEIG A., «La loi du forum compétent. L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions», *Mélanges Baron Louis Fredericq*, Gent, 1965, t. I, p. 399; HANOTIAU B., p. 119 ss., 133 ss. et 144 ss. Selon REESE W.L.M., «Albert Ehrenzweig placed greater emphasis upon this subject than it deserves under U.S. law» (I.D.I., Session de Bâle, Travaux préparatoires, vol. 64-I, 1991, p. 30). Le principe est toutefois retenu à l'article 2, al. 3, du projet de résolution de l'Institut de droit international sur «l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées» qui se lit comme suit: «Le juge étatique, en déterminant la loi applicable à un contrat international entre personnes privées en l'absence de choix explicite est tenu, en cas de doute, d'appliquer la loi favorisant la validité du contrat» (*idem*, p. 77; *adde*: p. 38).

<sup>272</sup> «Subjectivisme et objectivisme», p. 249.

relativisé par des présomptions destinées à matérialiser tantôt le lien le plus étroit, tantôt un objectif matériel de protection d'une partie faible. Il reste que le subjectivisme refait surface dans le chef du juge qui peut, lorsqu'un lien plus étroit paraît au travers d'autres circonstances, rattacher la situation à un autre pays, écarter les présomptions destinées tantôt à matérialiser dans un Etat ce même lien le plus étroit (art. 4, § 5), tantôt à réaliser un objectif matériel (art. 6, § 2, dernier alinéa, pour le contrat de travail, sans équivalent pour le contrat de consommation).

Le deuxième subjectivisme, essentiel pour Batiffol, qui permet aux parties de faire du contrat leur loi, d'y incorporer toute loi, la réduisant au statut contractuel, est-il également écarté? Parmi les six techniques propres à une interprétation subjectiviste de l'autonomie de la volonté qui ont été dégagées (*supra*, n° 88), la Convention de Rome en retient certaines: le choix d'une loi sans lien avec le contrat (technique n° 3), le dépeçage (n° 5), la modification ultérieure du choix (n° 6). Il serait erroné d'en déduire la consécration de la théorie subjectiviste. Ces possibilités sont limitées par le texte même de la convention <sup>273</sup> et par son interprétation <sup>274</sup>. Ceci nous amène au point central: la convention écarte le contrat sans loi (n° 1) <sup>275</sup>, paraît bien désigner les seules lois étatiques (n° 4) (art. 2 visant la loi d'un Etat), soumet la validité du contrat à une loi (n° 2) (art. 8, 9 et 10), ne permet pas la pétrification (n° 6). Le choix d'écarter ce deuxième subjectivisme est clair: le contrat est rattaché à une loi, non l'inverse. Le travers de l'objectivisme pur est toutefois évité: rattaché à une loi, le contrat n'y est pas «incorporé». Les parties conservent une liberté importante. Il s'agit bien d'une interprétation libérale de l'objectivisme.

L'autonomie laissée à la volonté des parties est même plus étendue que celle de la voie moyenne de localisation objective. Ainsi, ce n'est pas nécessairement en situant ou modifiant les facteurs de localisation de leur contrat que les parties pourront désigner ou modifier la désignation de la loi applicable. C'est par leur seule volonté, dans les limites du respect des normes

<sup>273</sup> Art. 3, § 3, donnant effet aux lois impératives du pays où tous les éléments, hormis le choix, sont localisés; art. 7, 1, donnant effet aux lois de police d'un Etat tiers.

<sup>274</sup> Rapport introductif, p. 25: «le dépeçage doit être cohérent»; p. 28: autonomie de la volonté aussi bien au moment même que postérieurement à la conclusion du contrat mais «exigence d'une désignation par les parties de la loi applicable».

<sup>275</sup> FOYER J., «L'avant projet C.E.E.», n° 102.

impératives présentant un lien étroit avec le contrat et d'une cohérence pour le dépeçage. La synthèse concilie la primauté des lois impératives avec la liberté de choix. Elle paraît une correcte application du principe d'autonomie de la volonté qui permet de guider la réflexion.

92. Quel est le rôle exact de l'autonomie de la volonté en droit international privé <sup>276</sup>? Celui d'un facteur de rattachement. Ce rappel simple permet d'écarter l'épouvantail du subjectivisme pur. En voyant dans l'autonomie de la volonté la possibilité de faire un contrat sans loi, de détacher, par son internationalisation, le contrat de tout ordre juridique, on omet le double degré de raisonnement. Une confusion s'introduit entre la localisation et le contenu. Cette confusion s'explique par le fait que l'on se trouve dans le seul domaine où la règle de rattachement et le droit substantiel sont, en leur principe, identiques: l'autonomie de la volonté. Il convient de rescinder les deux étapes même si elles apparaissent unies dans le libellé du contrat. Le droit international privé permet aux parties de faire choix, dans certaines limites, de la loi applicable à un contrat international. Cette loi, droit matériel, permet aux parties, dans certaines limites, de déterminer librement le contenu de leur contrat. Ces limites sont, en droit interne, les normes impératives, en droit international privé le principe de proximité ou le principe de justice imposant le respect de normes impératives de certains ordres juridiques. A l'instar des blasons, cette mise en abyme de l'autonomie de la volonté entraîne l'observateur distrait à n'y voir que l'image supérieure en y attribuant des qualités résultant d'une superposition. Dans la pratique, les parties pourront ainsi se contenter de mettre directement, dans leur contrat privé international, des règles matérielles puisqu'aussi bien la loi choisie leur eût permis la liberté contractuelle <sup>276b</sup>.

<sup>276</sup> Poser la question en ces termes est reconnaître «l'autonomie conceptuelle des catégories en droit international privé», une «indépendance logique au système de règle de droit international privé par rapport aux normes appartenant au même ordre juridique», BARILE G., p. 327. Ce n'est pas nier pour autant que les règles de conflit peuvent avoir des objectifs substantiels parallèles à ceux du droit matériel. N'émanent-elles pas du même législateur ou de la même autorité jurisprudentielle?

<sup>276b</sup> La distinction entre l'autonomie de la volonté matérielle et l'autonomie de la volonté comme règle de conflit est clairement rappelée par GOLDMAN dans les travaux préparatoires de l'Institut de droit international sur «L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées», I.D.I., Session de Bâle, vol. 64-I, 1991, p. 28. Par souci de consensus, le projet de résolution est moins explicite sur ce point, se référant dans le préambule, pour aborder les fondements «au droit international privé et également à la liberté de l'individu» (pp. 67 et 77).

Il reste au juge à vérifier le respect des limites imposées aux deux stades: cette loi, ou ces lois en cas de dépeçage, pouvaient-elles être choisies? Au sein de l'ordre juridique ou des ordres juridiques choisis, ces règles matérielles sont-elles autorisées? C'est dans ces limites au principe que la Convention de Rome déploie ses deux autres axes de synthèse: entre les principes d'autonomie de la volonté et de proximité, d'une part, au sein du principe de justice entre les règles de conflit de lois localisatrices et les règles de conflit à caractère substantiel, d'autre part.

### **B. Les limites**

93. Il est possible de distinguer les limites internes des limites externes au principe d'autonomie de la volonté. Les limites internes portent sur l'étendue même du principe: permet-il de s'abstraire de toute loi, d'en viser plusieurs? Ce point est abordé ci-dessus dans l'analyse des théories subjectivistes et objectivistes. Une fois retenue la thèse d'un objectivisme «libéral» permettant aux parties de désigner librement l'ordre juridique auquel leur contrat se rattache, il reste à préciser les limites imposées à cette liberté et à la liberté que donnera l'ordre juridique de référence quant au contenu du contrat. On distingue généralement trois limites principales: les normes impératives, l'ordre public et la fraude<sup>277</sup>. Elles peuvent se classer au sein de deux principes fondamentaux du droit international privé: le principe de proximité et le principe de justice.

#### *1) Le principe de proximité*<sup>278</sup>

94. On pourrait considérer que le principe de proximité joue un rôle de règle de conflit de loi subsidiaire à l'autonomie de la volonté dans la Convention de Rome: si les parties n'ont pas fait

<sup>277</sup> LAURENT F., t. VIII, p. 150.

<sup>278</sup> Pour une analyse globale, LAGARDE P., «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *R.C.A.D.I.*, 1986, pp. 9 à 238. Pour un exemple d'application du principe de proximité en dehors des ordres juridiques étatiques, voy. dans le Code de déontologie des avocats de la C.E.E., adopté à l'unanimité par la Commission consultative des barreaux européens (C.C.B.E.) à Strasbourg le 28 octobre 1988; l'article 3.4.2. relativement à la détermination des honoraires: «... s'il [l'avocat] est membre de plus d'un barreau, les règles applicables seront celles du barreau avec lequel les relations entre l'avocat et son client ont le lien le plus étroit».

choix de la loi applicable, le contrat sera rattaché à la loi du pays avec lequel il a les liens les plus étroits. Une présomption localise ces liens au lieu de résidence habituelle de l'auteur de la prestation caractéristique. Cette présomption est réfragable assurant de la sorte la primauté du principe sur ses facteurs de concrétisation. L'autonomie de la volonté reste toutefois première. Des liens plus étroits ne peuvent aller à l'encontre de la volonté exprimée ou certaine. Il en va de même dans la loi suisse (art. 15.2, L.S.D.I.P.).

C'est une erreur d'analyse. Le principe de proximité est premier. Il s'affirme à deux niveaux. Le niveau apparent n'est que secondaire. Il guide le juge à défaut de volonté certaine. Le choix comme présomption centrale du lieu de résidence habituelle de l'auteur de la prestation caractéristique n'est pas neutre. Il permet de «rattacher le contrat au milieu socio-économique dans lequel il va s'insérer», plus précisément à l'agent commercial prépondérant dans le rapport de droit<sup>279</sup>. Autrement dit, cette présomption traduit l'attente des parties, leur «soumission volontaire». Plutôt que de l'inviter à rechercher une volonté hypothétique, on donne au juge celle qui est présumée exister<sup>280</sup>. Mais le principe de proximité écarte ces présomptions, fussent-elles l'expression objective de la volonté. C'est dire que, plus fondamentalement, le principe de proximité supplante le principe même d'autonomie de la volonté. A ce premier niveau, la marge est toutefois plus étroite. Le juge n'est pas autorisé à écarter la volonté certaine sur base de simples circonstances rattachant le contrat à un autre pays. La nécessité s'impose de circonstances particulières: lorsque tous les éléments de la situation, hormis le choix, sont localisés dans un seul pays, les

---

<sup>279</sup> Rapport, p. 33; LAGARDE P., «Le nouveau droit international privé des contrats...», p. 308, n° 29, qui n'en infère pas la primauté absolue du principe de proximité.

<sup>280</sup> Dans ce sens général LEWALD H., p. 26, citant, note 1, COOK Walter Wheeler, *Illinois Law Review*, t. 32, 1937-1938, p. 920: «The 'presumed intention' theory seems on the whole to be a somewhat cumbersome and misleading way of expressing a rule that the law to be applied is that of the state with which the transaction on the whole has the most substantial or vital connection».

«dispositions impératives» de ce pays seront respectées (art. 3, § 3) 281.

95. Plus complexe est la disposition de l'article 7, § 1 de la Convention de Rome permettant — n'imposant pas — au juge de respecter les dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit. Ne sont visées que les «lois d'application immédiate» 282. Cette confusion entre les exceptions à une règle de conflit de lois multilatérale et la formulation unilatéraliste s'agissant d'appliquer les dispositions impératives «si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat» est regrettable 283. Elle n'apparaît pas à l'article 19 de la loi suisse 284. Quelles que soient les conditions mises, d'une part, à l'application de cette disposition par le magistrat (tenir compte de la nature, de l'objet, des conséquences), d'autre part, à sa ratification par les Etats (art. 22: possibilité de réserve) 285, le critère central demeure le «lien

281 L'article 9 de la loi tchécoslovaque du 11 mars 1948 sur le droit international privé et interlocal exprime une soumission plus forte de l'autonomie de la volonté au principe de proximité: «The parties are entitled to submit the legal relationship to a particular law, provided that the relationship has a significant connection with the law so chosen and provided that such submission does not contravene the compulsory provisions to which the aforesaid relationship is in any way subject in virtue of the provisions contained in this chapter»; YNTEMA H.E., p. 346; dans le même sens, l'article 10 du titre préliminaire du Code civil espagnol, *supra*, note 248. *Adde* PEREZ VERA E., p. 333, qui souligne que par cette formulation l'autonomie de la volonté apparaît bien «como elemento seleccionador de conexiones preexistentes», dans le même sens CARILLO SALCEDO J.A., p. 162.

282 Rapport, p. 47, n° 4 pour l'art. 7, § 2, par parallélisme.

283 FALLON M., «Un Restatement», pp. 11-12. Est regrettable également la confusion des termes: l'art. 7 titré «Lois de police» parle des «dispositions impératives» entendues dans le rapport, au sens de «lois d'application immédiate». En faveur de l'appellation «règles d'application nécessaire»: MAYER P., «Les lois de police», *Travaux du Comité français de d.i.p.*, C.N.R.S., 1988, pp. 105-120.

284 Art. 19

«1. «Lorsque les intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit.

2. Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit.

Pour une comparaison, voy. RIGAUX F., *Cours général*, p. 198, n° 142.

285 Pas de réserve dans la loi belge du 14 juillet 1987 portant approbation de la Convention. Pour la R.F.A., voy. *supra*, note 252. Le Luxembourg et le Royaume-Uni ont ratifié la convention en utilisant cette réserve (CHESHIRE and NORTH, p. 506; LAGARDE P., «Le nouveau droit international privé des contrats...», p. 324, note 95).

étroit»<sup>286</sup>. Les dispositions impératives de la *lex fori* seront également respectées. Elles imposent leur titre de proximité en qualité de droit de l'ordre juridique saisi du litige (art. 7, § 2 de la Convention de Rome, art. 18 de la loi suisse). Qu'il s'agisse des dispositions impératives de la loi applicable à défaut de choix, des dispositions impératives d'une autre loi ou de celles de la *lex fori*<sup>287</sup>, c'est toujours le principe de proximité qui en justifie l'application.

96. Il en va de même de la théorie de la fraude à la loi qui est, soit une espèce particulière de sanction du non-respect des lois impératives de l'ordre juridique applicable à défaut de choix (art. 3, § 3 de la convention), soit une manipulation par une ou plusieurs parties des éléments localisateurs de la situation, par exemple, la résidence habituelle ou le principal établissement de l'auteur de la prestation caractéristique, en vue d'obtenir le rattachement du contrat à un ordre juridique précis<sup>288</sup>.

Dans cette dernière hypothèse, si la fraude est concertée, elle correspondra au choix des parties et sera difficile à déceler sauf litige ultérieur et utilisation par une des parties de sa propre turpitude. Dans ce cas, la fraude peut s'intégrer à la première

<sup>286</sup> Il n'est pas certain que ce soit en toute conscience *a priori* que les rédacteurs aient de la sorte marqué cet article du sceau du principe de proximité ici dégagé comme premier. Le premier texte ne qualifiait pas le lien devant exister entre «la situation» et le pays dont une norme impérative à vocation à s'appliquer. C'est assez intuitivement que les experts semblent avoir voulu éviter «dans certains cas par (lisez pour) le juge l'obligation de tenir compte d'un grand nombre de lois différentes et même contradictoires» avec pour conséquence de «compliquer la tâche du juge, prolonger la procédure et prêter à des manœuvres dilatoires», Rapport, p. 45, art. 7, n° 2. La conscience du principe de proximité apparaît toutefois *a posteriori* notamment dans la justification de la nécessité du lien «entre l'ensemble du contrat et la loi d'un pays» et non seulement la question en litige. Il s'agit bien de localiser la «situation» (terme retenu).

<sup>287</sup> Sur ces trois catégories de lois impératives, voy. RIGAUX F., «Cours général», respectivement n° 137, 142 et 141.

<sup>288</sup> Sur la fraude, voy. CALEB M., p. 95: la théorie de la fraude est la sanction des lois impératives; JACQUET J.M., p. 259: la fraude est rare en droit international privé; dans le même sens, BATIFFOL H., «Aspects philosophiques», p. 70; CURTI-GIALDINO A., p. 833 et 890 ss., est contre une application de la théorie de la fraude à la loi au rattachement psychologique dont l'objet est précisément de permettre aux parties un choix en connaissance de cause après une étude comparée des droits en concurrence; AUDIT B., *La fraude à la loi*; ARMINJON P., *La fraude à la loi en droit international privé*; RABEL E., p. 84; MORSE C.G.J., p. 159 sur «non doctrine» anglo-saxonne d'«evasion of the law», p. 965, «Few selections will be capricious, evasive or lacking in reasonable bases»; HAMBRO E., p. 59: «The most fantastic and extravagant choices exist probably only in the brains of the very learned and logical opponents of the autonomy principle. If the choice should be absolutely outrageous, it might be possible to use the safety valve of *ordre public* or *fraus legis*».

hypothèse étant un choix des parties *sensu lato* (loi et facteurs de localisation) violant des dispositions impératives de la loi normalement applicable<sup>289</sup>. Si la fraude est unilatérale, elle pourra être sanctionnée pour violation de normes impératives, soit de la *lex fori*, soit d'une autre loi «proche» du rapport de droit. Ces différentes espèces ne sont que des cas particuliers de violation de normes impératives. La seule fraude «réelle» *sensu stricto* consisterait en une manipulation des facteurs de rattachement en manière telle qu'un ordre juridique auquel la situation eut dû être rattachée n'aurait plus *aucun* lien avec elle. Cette fraude échappe à la sanction du principe de proximité parce qu'elle est précisément la seule à le «frauder» réellement<sup>290</sup>. Rencontrée par le principe de justice (*infra*, n° 99), cette fraude est bien souvent une question de fait qui pourra être vérifiée par le tribunal: la résidence habituelle avancée est-elle réellement occupée, le contrat est-il bien exécuté dans ce pays, à l'inverse, n'y a-t-il pas des liens de fait avec tel ordre juridique que l'on entend écarter?

97. La limite d'ordre public peut également, au regard de l'espace, se diviser en trois catégories. Deux de celles-ci s'intègrent sans difficulté au principe de proximité. Ce sont les exceptions fondées sur l'ordre public de la loi applicable au fond<sup>291</sup> et l'ordre public de la *lex fori* (art. 16 de la Convention de Rome; art. 17

<sup>289</sup> C'est la fraude visée par un arrêt *Audi NSU* de la Cour de cassation de Belgique, du 28 juin 1979 qui, en matière de contrat international considère que l'arrêt de la Cour d'appel justifie légalement sa décision en estimant qu'une clause qui «a pour objet de simuler un élément d'extranéité contraire à la réalité des choses» est «constitutive de fraude à la loi» (*Pas.*, 1981, I, p. 1260; RIGAUX et ZORBAS, «Les grands arrêts», p. 480; RIGAUX F., «Cours général», p. 205, n° 148 et t. I, p. 367, n° 544).

<sup>290</sup> Au sens de tromper, abuser (*Petit Robert*). Plus proche de cette définition est la fraude visée au § 8 (1) de la loi hongroise de droit international privé du 31 mai 1979: «Il n'y a pas lieu d'appliquer le droit étranger qui se rattache à un élément étranger créé par les parties artificiellement ou par simulation - en fraude à la disposition législative qui régirait normalement le cas - (rattachement frauduleux)». La fraude y est définie au regard des règles de conflit du *for* donc de toute loi applicable et non seulement au regard des dispositions matérielles de la *lex fori* (*contra*: RIGAUX F., *Traité*, t. I, p. 367, n° 544). La définition n'indique toutefois pas l'exigence corrélatrice de rupture de proximité entre la situation et la loi normalement applicable.

<sup>291</sup> Voy. art. 6, 900 et 1133 des Codes civils français et belge.

L.S.D.I.P.; § 6 *Ö-IPR-G*)<sup>292</sup>. Le raisonnement est identique à celui tenu pour les dispositions impératives, la différence entre ces deux notions étant davantage une question de texture que d'objet. L'ordre public est une notion plus souple, «telle une baudruche, gonflable à volonté, de manière à boucher les interstices laissés vacants par les lois impératives»<sup>293</sup>. La troisième catégorie est celle de l'ordre public d'un Etat autre que les ordres juridiques du fond ou du for. Celui-ci peut être «véritablement international» ou simplement international dudit pays. Dans ce dernier cas, il touche à des principes moins fondamentaux. Si ces principes se retrouvent dans le droit du fond ou du for, ces ordres juridiques pourront se les approprier. A défaut, le principe de proximité devra, comme pour les dispositions impératives d'un pays tiers, déterminer si la situation a des liens suffisamment étroits avec cet ordre juridique tiers pour que des principes qui y sont considérés d'ordre public soient respectés. Il ne peut s'agir de respecter ces principes dans l'absolu mais seulement dans la mesure où la situation devrait produire des effets dans ce pays. L'ordre public agira en sa qualité d'exception sans pouvoir s'imposer comme «précepte». Cette limite s'impose d'autant qu'aucun texte ne vise, comme pour les dispositions impératives, le respect d'un ordre public «tiers». C'est donc avec ces réserves que l'exception d'ordre public d'un Etat tiers peut se concevoir dans la mesure même où le critère d'intensité du rattachement recouvrirait le principe de proximité. Reste l'ordre public «véritablement international». Il n'oppose pas de difficulté au principe de proximité. Puisqu'il touche à des principes jugés à ce point fondamentaux et universels qu'ils dépassent les particularismes étatiques, ils doivent bien évidemment être inclus

<sup>292</sup> L'exception d'ordre public, telle qu'entendue ici, rapproche, pour sa mise en œuvre, le critère d'intensité du rattachement, du principe de proximité. Sur la notion d'ordre public, voy. LAGARDE P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959, et FRANCESKAKIS Ph., «Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public?», *Trav. Comité fr. d.i.p.* (1966-1969), p. 149. Voici une définition donnée en 1890 par VON BAR, in «*Theorie and Praxis des internationalen Privatrecht*», 2e éd., Hanover, traduc. ROLIN A., référencée par AGO R., p. 447, et citée par WEISS A., p. 106, note 2: «Il faudra toujours examiner si l'action effective du principe ou du rapport de droit en question, en tant que cette action doit se produire dans le ressort de notre organisation juridique, est en contradiction avec notre ordre social, ou avec les principes de morale admis chez nous... Le seul droit que nous puissions jamais avoir, c'est de... trancher et de supprimer ces rameaux et ces rejetons qui se produisent sur notre territoire; le tronc qui se trouve dans le ressort d'une autre souveraineté échappe à notre action...».

NIBOYET J.P. parle du rôle de «douanier» de l'ordre public (CALEB M., p. 76). *Adde*: MOSCONI F., «Exceptions to the operation of choice of law rules», *R.C.A.D.I.*, t. 217, 1989, V, pp. 9-214, partic. sur l'intensité du rattachement, p. 102.

<sup>293</sup> RIGAUX F., t. I, p. 342; AGO R., p. 427.

dans l'ordre public de la *lex fori* ou de la *lex contractus* et trouver application, au moins, à ce titre <sup>294</sup>. Le § 187 du Restatement Second <sup>295</sup> rencontre une grande partie de ces limites: les dispositions impératives de la *lex fori* et de la loi du contrat (§ 187, 1° implicitement et 2°), pas les dispositions impératives d'un Etat tiers mais bien son ordre public pour autant que cet Etat ait un «intérêt beaucoup plus important» et que sa loi eût vocation à s'appliquer à défaut de choix (§ 187, 2°, b); la fraude sous forme de «raison valable» (§ 187, 2°, a).

98. Eclairée par ces limites, l'articulation des principes de proximité et d'autonomie de la volonté doit être correctement établie. Cette dernière n'est qu'une expression du premier. Certes une fois exprimée de façon certaine, la volonté fixera «définitivement la loi applicable, sans que cette détermination puisse être remise en cause par la preuve de liens plus étroits avec un autre pays» <sup>296</sup>, mais bien, et c'est encore le principe de proximité, par les «dispositions impératives» de cet autre pays. L'autonomie de la volonté n'est pas une simple présomption mais l'expression certaine du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique le plus proche. Celui auquel les acteurs se soumettent volontairement. Encore faut-il qu'il s'agisse précisément d'une «soumission» à un ordre juridique, sans dérobaude aux normes impératives d'un ordre juridique manifestement plus proche. Si cela est, il est normal que le principe de proximité, qui reste premier parce que traduisant la réalité du rattachement d'un rapport de droit à un ordre juridique, trouve davantage son expression dans le respect du choix «légal» des auteurs du rapport de droit que dans des présomptions ou la libre appréciation du juge. Qui mieux que les destinataires d'un ordre juridique et auteurs du rapport de droit pourrait rattacher l'un à l'autre <sup>297</sup>? Permettre aux destinataires de la règle de conflit d'être les auteurs de sa concrétisation en accroît en outre la légitimité: il paraît plus probable qu'ils aient

<sup>294</sup> Sur la notion, voy. RIGAUX F., *Cours général*, p. 194, n° 138 ss.; pour un exemple, n° 140, citant NIBOYET J.P. à propos de la contrebande; et RIGAUX F., t. I, 1987, n° 512-513, et la référence à la recherche d'un ordre public international dans le *ius cogens* formalisé dans certains traités dont les Pactes internationaux du 16 décembre 1966 relatifs aux droits de l'homme; NIBOYET J.P., Note sous C.P.J.I., 12 juillet 1929, *Rev. d.i.p.*, 1929, p. 488.

<sup>295</sup> *Supra*, note 236.

<sup>296</sup> LAGARDE P., «Principe de proximité», p. 48.

<sup>297</sup> CALEB M., p. 57: «L'intérêt général de la communauté concorde avec l'intérêt particulier des individus».

connaissance et acceptation d'un droit choisi que d'un droit imposé<sup>298</sup>.

Il en résulte que l'autonomie de la volonté n'est que le complément du principe de proximité. Cette affirmation permet de donner fondement non au contenu mais à l'exercice<sup>299</sup> des limites de normes impératives, d'ordre public et de fraude à la loi. Dans ces trois hypothèses c'est la violation du principe premier qui est sanctionnée<sup>300</sup>. Elle ne fonde pas la limite de la fraude *sensu stricto*. Le principe de justice y pourvoit.

## 2) *Le principe de justice*

**99.** Ce principe ne peut se définir avec la précision voulue. Il y a quelque danger à introduire dans le raisonnement ces éléments indéfinis qui paraissent avoir pour seul objectif de permettre à l'auteur de boucler sa théorie à l'endroit où la raison fait défaut. On songe inévitablement aux notions de droit naturel, de bien commun, d'idée transcendente. Peut-être est-ce la meilleure preuve de ce que le droit, de par son objet, l'organisation de la vie de l'homme en société, ne peut s'abstraire de la complexité de l'homme qui paraît bien déborder sinon dépasser le rationnel. Le principe de justice ne serait autre que la meilleure organisation du «besoin de sociabilité des êtres humains [qui] constitue la justification ultime de tout ordre juridique et des rapports de systèmes qu'ils entretiennent»<sup>301</sup>.

<sup>298</sup> Sur la force, dans les rapports interpersonnels, de la «parole» contractuelle donnée alors même que les langages sont différents, voy. FAULKNER, *Les palmiers sauvages*, Paris, Gallimard, col. L'Imaginaire, 1952, p. 266: «Comment deux hommes qui ne pouvaient pas se parler avaient pu établir un contrat que tous les deux non seulement comprenaient mais que chacun savait que l'autre respecterait et défendrait (pour cette simple raison peut-être) mieux qu'un contrat signé devant témoins». Sur la même force de l'«engagement» dans les rapports judiciaires, voy. GARAPON A.

<sup>299</sup> Le principe de proximité est vu comme premier d'un point de vue de localisation dans l'espace d'un rapport de droit. Il est bien évident que ce n'est pas lui qui hiérarchise les normes au sein des ordres juridiques attestant d'un lien de proximité.

<sup>300</sup> Dans sa critique du principe de l'autonomie de la volonté, NIBOYET J.P. (p. 52) rappelait qu'il convient de soumettre à une loi totalement indépendante de la volonté des parties trois questions:

1. celle de délimiter la mesure de la liberté des conventions;
2. celle de réglementer les matières qui sont en dehors de cette liberté (impératives)
3. celle de déterminer la loi applicable lorsque les parties n'ont pas fait usage du pouvoir qui leur appartenait.

Ces préoccupations ne sont-elles pas rencontrées par le principe de proximité?

<sup>301</sup> RIGAUX F., *Cours général*, p. 97, n° 68.

100. Il est toutefois possible de circonscrire en deux degrés le principe de justice dans le cadre du droit international privé. Le premier degré, rationnel, est distinct de la justice matérielle<sup>302</sup>. Dans la solution des «collisions» d'ordres juridiques dans l'espace, il tend à l'harmonie des solutions internationales, à la protection de la personne et au respect de l'utilité privée, c'est-à-dire de l'autonomie de la volonté<sup>303</sup>. Ces objectifs sont diversement visés par tous les grands systèmes de droit international privé. Le deuxième degré, intuitif, ramène à des objectifs de droit matériel. Il tend à préserver la dignité humaine dans la sociabilité. La formulation de cet aspect du principe de justice varie dans le temps et l'espace. Elle *paraît* pouvoir tendre à s'harmoniser dans l'espace, pour l'époque contemporaine, autour des textes formulant les droits fondamentaux de l'homme. La réalité de leur universalité est toutefois incertaine.

C'est le principe de justice ainsi entendu qui permet de fonder en son contenu, non plus en son exercice, l'ordre public<sup>304</sup>. Il sanctionne également la fraude *sensu stricto* (*supra*, n° 96). C'est en effet le principe même de dignité humaine dans la sociabilité qui est battu en brèche par la fraude: le jeu n'est plus possible si la règle de base n'est pas respectée. Une définition contemporaine intéressante de ce principe de justice est proposée par Rawls (*supra*, n° 15). Son mode d'élaboration, bien que rationnel, en partage le caractère intuitif sous forme de «jugements bien pesés». S'en dégage la primauté d'un droit égal pour tous aux libertés compatibles avec celles d'autrui modalisé au seul bénéfice des désavantagés avec égalité des chances.

302 HANOTIAU B., p. 77; VITTA E. «Cours général», p. 38 ss, sur la distinction entre justice du choix et justice matérielle (KEGEL) et les positions nuancées; KEGEL G., «Fundamental approaches», *Int'l. encycl. of comparative law*, vol. III, Ch. 3, 1985, p. 15.

303 BATIFFOL H., «Aspects philosophiques», p. 197, 218; RABEL E., p. 87. Les développements antérieurs, insérant l'autonomie de la volonté au sein du principe de proximité, permettent d'écarter la «réserve du cas particulier que constitue la loi d'autonomie» (HANOTIAU B., p. 78) pour la consultation du principe de proximité comme critère du principe de justice.

304 Par exemple le retrait du projet du Restatement Second d'une règle de conflit de loi désignant la loi de l'Etat du domicile pour apprécier la validité d'un mariage interracial. Ce retrait faisait suite à un arrêt de la Cour Suprême de 1967 (*Loving v. Virginia*, 338 US. 1 (1967)) condamnant toute loi restreignant les mariages interraciaux. NAGAN W.P., «Theory method in private international law: A policy oriented international perspective», *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 907-931, p. 922.

101. C'est dans cette perspective que les codifications consacrent des exceptions au principe d'autonomie de la volonté. Des rattachements propres sont prévus pour les contrats conclus par les consommateurs (Convention de Rome, art. 5; L.S.D.I.P., art. 120; *Ö-IPR-G*, § 41), et pour les contrats de travail (Convention de Rome, art. 6; L.S.D.I.P., art. 121; *Ö-IPR-G*, § 44). Dans les deux cas il s'agit de protéger la partie faible en localisant la prestation caractéristique tantôt à la résidence habituelle du consommateur, tantôt au lieu d'exécution habituel du travail.

La matière du contrat de consommation révèle une différence notable entre la Convention de Rome et la loi autrichienne, d'une part, la loi suisse, d'autre part. L'article 120, § 2 de cette dernière exclut l'autonomie de la volonté au profit du seul rattachement objectif à la résidence habituelle du consommateur. L'article 5 de la Convention de Rome, de même que le § 41.2 du Code autrichien ne font que limiter l'autonomie de la volonté en évitant qu'elle n'ait «pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi» de la résidence habituelle du consommateur. Une interprétation téléologique de la Convention de Rome permet de retenir «la loi plus favorable» sans imposer nécessairement les dispositions impératives de la loi désignée par la convention qui pourraient être moins favorables à la partie faible que celles de la loi choisie<sup>305</sup>. Cette interprétation, qui correspond le mieux au souci de protection de la partie faible, n'est pas nécessaire dans la loi autrichienne qui, *expressis verbis*, n'écarte qu'un «choix du droit applicable désavantageux pour le consommateur». Par contre, cette interprétation n'est pas possible dans la loi suisse qui exclut toute élection de droit.

Quoique moins absolue, la différence des dispositions sur le contrat de travail entre l'article 6 de la Convention de Rome et le § 44 de la loi autrichienne, d'une part, et l'article 121 de la loi suisse, d'autre part, n'est pas négligeable. La Convention de Rome maintient, à l'article 6, la même limite au libre choix que celle protégeant les consommateurs: les dispositions impératives de la loi qui serait normalement applicable à défaut de choix, selon les facteurs dégagés au deuxième paragraphe du même article. Toutefois, ces facteurs ne sont que des présomptions qui s'effacent, ajoute le deuxième paragraphe, s'il «résulte de

---

<sup>305</sup> GAUDEMET-TALLON H., p. 254, note 150.

l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays». Ce faisant, dans cette matière, à l'inverse de la disposition relative au contrat de consommation, la convention rétablit explicitement la primauté du principe de proximité. Le § 44 (3) du *Ö-IPR-G* suit un raisonnement analogue en ajoutant expressément, comme en matière de contrat de consommation, ce qui ne peut être déduit que d'un raisonnement téléologique dans la Convention de Rome: les dispositions impératives n'écarteront le droit choisi par les parties que «pour autant qu'il tourne au désavantage du travailleur». Par contre, l'article 121 de la loi suisse permet le libre choix de la loi applicable sans limitation par les normes impératives de la loi normalement applicable, étant, comme dans les autres codifications, la loi de l'Etat où le travailleur accomplit habituellement son travail. Non limité dans le contenu du droit matériel, le choix l'est entre les lois possibles: seules peuvent être choisies les lois de la résidence habituelle (domicile ou établissement) de l'employeur ou du travailleur. Reste réservé le principe général de proximité de l'article 15 L.S.D.I.P. La loi suisse se voulant plus protectrice tantôt en excluant, tantôt en limitant l'autonomie de la volonté, n'atteindra pas nécessairement ce but au regard du droit matériel applicable. Voulant éviter la «justice aveugle» de la règle de conflit de lois, elle impose sans discernement ou présomptueusement un droit matériel dont rien ne garantit le caractère plus protecteur <sup>306</sup>.

102. L'examen de ces rattachements particuliers présentés comme des exceptions à l'autonomie de la volonté par application du principe de justice confirme l'articulation proposée entre le principe de proximité et l'autonomie de la volonté. A l'article 120 de la loi suisse, le principe de proximité, objectivé vers le consommateur, prime manifestement l'autonomie de la volonté. Moins manifestes mais tout aussi certains, l'article 121 de la loi suisse, les articles 5 et 6 de la Convention de Rome, les paragraphes 41 et 44 de la loi autrichienne, consacrent, ici, le rejet de l'autonomie de la volonté en présence de normes impératives présumées proches de la partie faible jugée centrale au rapport de droit, là, la limitation du choix aux deux lois jugées suffisamment proches du rapport de vie (art. 121, § 3 L.S.D.I.P.).

---

<sup>306</sup> KNOEPFLER et SCHWEIZER, p. 224.

### ***C. Fondements et définition de l'autonomie de la volonté en droit international privé***

103. Une des caractéristiques des codifications communautaires ou nationales est la catégorisation des questions abordées. Soit la codification est centrée sur une catégorie de rattachements particulière, soit si elle se veut générale, elle est divisée par matières (famille, obligations...) plutôt que par branches de la théorie générale du droit international privé, reprises dans chaque matière (règles de conflit de juridictions, règles de conflit de lois, reconnaissance et exécution). La loi suisse est exemplaire en ce sens. Sa consultation par le praticien en est facilitée. Ce phénomène dénote également une tendance plus fondamentale: les règles de conflits de lois en retirent un caractère plus substantiel<sup>307</sup>. Chaque domaine a sa propre règle de conflit, qui correspond à sa «substance»: l'autonomie de la volonté pour la liberté des contrats, la nationalité ou le domicile pour la stabilité et l'unité des familles. Cette fragmentation pourrait remettre en question l'existence d'une théorie générale du droit international privé qui ne parviendrait à raisonner ni la catégorisation ni la «relativité générale»<sup>308</sup>.

Le pluriel inscrit dans le présent sous-titre en visant les fondements de l'autonomie de la volonté entend prendre acte d'une situation perçue à l'examen du principe et de ses limites sans en inférer l'impossibilité d'une théorie générale. Correctement défini, le concept doit, au contraire, pouvoir se déployer dans des domaines divers.

Le principe de proximité peut raisonnablement être considéré comme fondamental à la théorie générale du droit international privé. Lien entre le rapport de droit et l'ordre juridique appelé à le régir, il a le mérite de pouvoir concilier les points de vue partant de l'un ou de l'autre bout: l'unilatéralisme partant du champ d'application de l'ordre juridique, le bilatéralisme partant du rapport de droit. Ce dernier point de vue demeure plus pertinent: partant de la réalité<sup>309</sup>, du rapport

<sup>307</sup> PATOCCHI P.M., p. 225; FERRER CORREIA A., p. 387.

<sup>308</sup> LAGARDE P., «Principes de proximité», p. 28; RIGAUX F., «Cours général», p. 27; JUENGER F.K., p. 119 en déduit une méthodologie téléologique.

<sup>309</sup> La doctrine unilatéraliste veut aussi se baser sur le réel, GOTHOT P., p. 208.

factuel transfrontière qui, *a priori*, n'est pas rattaché à un ordre juridique, il paraît plus pragmatique (*supra*, n° 45).

Différents des illustrations données ci-dessus, quatre exemples peuvent encore attester la primauté et la généralisation du principe de proximité dans les solutions contemporaines des conflits de lois.

### 1° Les immeubles

104. Les codifications maintiennent le rattachement traditionnel des contrats portant sur des immeubles à la *lex loci situationis* à défaut de choix (Convention de Rome, art. 4, § 3; Loi suisse, art. 119; Restatement Second, § 189). A l'article 4, § 3 de la Convention de Rome, il est explicitement présumé «que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble». C'est davantage l'enracinement, l'immobilité de l'objet du rapport de droit qui matérialise le lien de proximité avec un ordre juridique. Pour être traditionnel, il n'est pas certain que ce critère de rattachement s'imposera dans le temps comme présomption de proximité. Déjà dans la Convention de Rome (art. 4, § 1) et dans la loi suisse (art. 15), le principe général de proximité l'emporte sur la *lex loci situationis* lorsqu'un ensemble de circonstances lie le contrat plus étroitement avec un autre pays. Seule l'autonomie de la volonté pourrait être avancée comme dérogeant au principe de proximité et à la *lex loci situationis*. L'analyse développée ci-dessus montre au contraire que l'autonomie de la volonté n'est elle-même que la matérialisation du principe de proximité. La volonté des acteurs au rapport de droit qui va déterminer, par son choix, un «ensemble de circonstances» pointant l'ordre juridique le plus proche.

### 2° Loi autrichienne (§ 1, Ö-IPR-G)

105. Le § 1er du Code autrichien de droit international privé établit le principe du lien le plus étroit. Celui-ci ne permet toutefois pas d'aller à l'encontre de la loi choisie par les parties ou désignée par le Code (voy. le texte du § 1, *supra*, note 262). Le principe de proximité ne sert-il alors qu'à combler les lacunes? Oui, dans son expression, dans la mesure où implicitement toute

règle de conflit du Code et tout choix des parties autorisé par le Code ne peuvent être que l'expression du principe de proximité. L'autonomie de la volonté ne sera donc pas corrigée par le principe, mais au contraire «jouit de la présomption irréfragable d'être une règle de conflit localisatrice»<sup>310</sup>, la localisation répondant à la détermination de l'ordre juridique le plus proche du rapport de droit.

### 3° *Le Restatement Second*

106. Dans le Restatement Second of the Law, Conflict of Laws, le principe de proximité n'est qu'une des «policies» devant guider les tribunaux, avec l'harmonie internationale (ou uniformité de résultat), la prévisibilité, les objectifs de droit matériel, le meilleur résultat ou le juste résultat<sup>311</sup>. Plus fondamentalement, selon le rapporteur du Restatement, les situations sont diverses et devront, le cas échéant, faire l'objet de traitements distincts<sup>312</sup>. Dans ce contexte, il devient hasardeux de dégager un ou des principes généraux et de vouloir les hiérarchiser. Deux éléments sont toutefois importants. Le premier est la jurisprudence. Si le Restatement est marqué par la philosophie de son rapporteur, il constitue avant tout un état des tendances jurisprudentielles. Dans l'évolution de la jurisprudence, il ne faut pas négliger, dans un premier temps, l'introduction de la volonté comme n'étant «qu'un des éléments à prendre en considération pour déterminer l'Etat de la 'most significant relationship'»<sup>313</sup>. Si cette volonté exprimée s'inscrit plus tard comme une circonstance prépondérante, ce n'est pas à l'encontre de la 'most significant relationship', mais comme son expression idéale, permettant d'y adjoindre le respect d'autres «policies» du droit international privé: la prévisibilité et le résultat meilleur ou juste; deux principes répondant à l'attente des parties matérialisée dans l'expression de leur volonté. Le deuxième élément est le texte même du § 187 du Restatement Second (*supra*, note 236). En-dehors de l'hypothèse où le contrat porte sur une matière «que les cocontractants auraient pu résoudre par une clause explicite insérée dans leur accord» (§ 187, 1°),

310 PATOCCHI P.M., p. 78.

311 HANOTIAU B., p. 67 *ss.*

312 *Idem*, p. 157.

313 *Idem*, p. 256; citant *Mulvihill v. Farners, Withy & Co*, 136 F. Supp. 201, 205 (S.D.N.Y., 1955).

l'autonomie de la volonté est soumise à l'existence d'une «relation étroite entre l'Etat choisi, d'une part, la convention et les parties, d'autre part» (§ 187, 2°), sauf autre «raison valable». C'est l'idée du choix raisonnable dont le principe serait le lien étroit<sup>314</sup>.

Plus qu'expression d'un principe général d'autonomie, la volonté paraît, dans l'optique du Restatement Second, être davantage l'expression d'une circonstance prépondérante dans l'établissement du lien le plus étroit.

#### 4° Loi hongroise, § 9

107. L'analyse du § 9 de la loi hongroise de droit international privé de 1979<sup>315</sup> est plus délicate. En voici le libellé:

«Lorsque les parties demandent d'un commun accord l'éviction de la loi étrangère applicable en vertu du présent décret-loi, il faut appliquer au lieu de cette loi, la loi hongroise ou - en cas d'admissibilité du choix de la loi - la loi choisie».

A première lecture, ce paragraphe paraît consacrer le principe d'autonomie de la volonté, absolu lorsque la loi hongroise est choisie, relatif selon les règles de conflit de lois le permettant lorsqu'une autre loi est choisie. Il n'y aurait là aucune présence du principe de proximité. Ce n'est pas certain. Pourquoi cette différence de statut entre la loi hongroise et une autre loi. Par nationalisme ou plus simplement parce que, s'agissant d'une loi hongroise, ce sera la *lex fori*? Dans ce cas, la loi hongroise aura un double titre à s'appliquer: elle est choisie par les parties et est celle du tribunal saisi qui, par hypothèse, n'est pas contesté, les parties lui demandant application du droit hongrois. N'y a-t-il pas une présomption quasi certaine de proximité entre le rapport de droit et la loi choisie étant celle du tribunal saisi? Certes, cette présomption ne devrait pas être irréfragable et le Code hongrois ne comporte pas de clause d'exception semblable à l'article 15 de la loi suisse. Il semble toutefois que certains auteurs, reconnaissant dans cette disposition la confirmation d'une doctrine antérieure permettant le choix de la loi hongroise dans

<sup>314</sup> MORSE C.G.J., p. 155.

<sup>315</sup> Décret-loi n° 13/1979 sur le droit international privé, *Journal officiel hongrois (Magyar Közlöny)*, 31 mai 1979, p. 495; Traduc. fr. *R.C.D.I.P.*, 1981, p. 161, note MAJOROS F.

tous les domaines, y ajoutent le nécessaire respect des «situations acquises»<sup>316</sup>. Ce serait une forme de prévalence de la proximité du rapport de droit avec l'ordre juridique dont il est issu. Par ailleurs, cette disposition se trouve sous le titre «non-application du droit étranger», c'est dire qu'elle peut s'analyser avec l'ordre public et la fraude (§§ 7 et 8), comme un motif de rejet d'un droit applicable considéré, par les critères cumulés de compétence et de choix, comme trop éloigné de la situation privée internationale. L'autonomie de la volonté largement avancée au § 9 de la loi hongroise demeure l'expression du rattachement d'un rapport privé international à l'ordre juridique le plus proche. Elle est aussi l'expression du principe dispositif étendant aux rapports internationaux la saisine du tribunal dans les limites indiquées par les parties (*infra*, n° 121).

108. Ces considérations participent de la double préoccupation de Savigny: d'une part, rattacher les personnes à un droit, d'autre part, rattacher les rapports de droit, dans lesquels les personnes se trouvent impliquées, à un ordre juridique. Cette double préoccupation est guidée par le principe de soumission volontaire rattachant la personne à son domicile<sup>317</sup> et le rapport de droit, selon le siège déterminé pour chaque classe de rapport, à l'ordre juridique de ce siège<sup>318</sup>. Savigny détermine le siège du rapport de droit davantage par sa nature que par un principe de proximité. Celui-ci n'est toutefois pas absent de ses réflexions. Parlant du droit de cité chez les Romains qui rattache davantage le citoyen à un droit local que ne le fait le domicile, Savigny justifie ce point de vue en cela que le droit de cité établit «un lien *plus étroit* et supérieur en soi»<sup>319</sup>. Bien que «tout rapport de droit a pour centre la personne qui en est titulaire»<sup>320</sup>, un système général de règlement des «collisions» privilégiant la loi du domicile se heurte à la pluralité des personnes présentes dans un rapport et à la distinction fondamentale pour Savigny entre les personnes et les rapports de droit<sup>321</sup>. D'où le classement des rapports de droit par leur nature pour en déterminer le siège. A

316 BENKŐ et PENSTER, «Grundzüge des ungarischen internationalen Privatrechts», *Ost. Europarecht*, 1980, pp. 39-41, cité par VON OVERBECK A.E., «Questions générales», p. 58.

317 SAVIGNY F.C., § 353.

318 *Idem*, § 360, p. 110; § 373, p. 273.

319 *Idem*, § 357, p. 89.

320 *Idem*, § 361, p. 118.

321 *Idem*, § 361, p. 120.

l'inverse, «à la démarche abstraite de Savigny, le principe de proximité substitue une démarche concrète, fondée sur l'examen des différents éléments de la situation dans son ensemble»<sup>322</sup>.

Si, aujourd'hui, la démarche de Savigny peut paraître abstraite, elle se veut et est, au moment de l'élaboration de son système, rattachée à la «vie réelle» qui en est la base<sup>323</sup>. Plus que d'une différence de conception fondamentale, il y va essentiellement d'une différence de degré inhérente à l'environnement historique. Depuis la première moitié du XIXe siècle, durant laquelle Savigny pense sa théorie, l'éclatement spatio-temporel des rapports de droit s'est accru par l'accroissement tant des frontières et, partant, des ordres juridiques de rattachement, que de la fréquence et de l'étendue des déplacements et échanges individuels. Ce phénomène, multipliant les localisations possibles des rapports de droit, y compris par soumission volontaire, ne facilite pas la détermination de leur siège. La nécessité se fait sentir d'un principe directeur de recherche du lien le plus étroit entre le rapport de droit et l'un des ordres juridiques potentiellement régisseurs de la situation.

109. L'insécurité qui peut découler de l'indétermination du principe de rattachement ainsi généralisé et de la multiplicité des points de contacts, fonde l'utilité de présomptions localisatrices. Plus forte que ces présomptions, l'élection de droit, soumission volontaire certaine et non présumée, permet de concrétiser à la fois le principe de proximité et l'attente des parties. Ce faisant, l'autonomie de la volonté privilégie la proximité psychologique<sup>324</sup>. Le sujet du rapport de droit en devient bien le centre sans devoir nécessairement rattacher ce dernier à son domicile. L'autonomie de la volonté restitue ainsi aux parties non seulement «leur qualité de destinataire de la règle de conflit»<sup>325</sup>, mais aussi d'acteur conscient d'appartenir à un ordonnancement juridique. Cet acteur n'est pas créateur de la règle, il ne crée pas la loi mais détermine au sein des ordres juridiques proches celui auquel

<sup>322</sup> LAGARDE P., «Principe de proximité», p. 31.

<sup>323</sup> SAVIGNY F.C., § 359, p. 103; § 366, p. 176: «Je vais essayer de montrer que, dans la vie réelle, la chose se passe tout autrement».

<sup>324</sup> CURTI-GIALDINO A. parlant de «rattachement psychologique».

<sup>325</sup> LAGARDE P., «Principe de proximité», p. 103.

rattacher un rapport de droit déterminé<sup>326</sup>. En toile de fond se profile «la liberté de l'individu, telle qu'elle est reconnue par les résolutions des Nations Unies»<sup>327</sup>.

110. Ainsi cernée, l'autonomie de la volonté peut se définir, en droit international privé, comme la faculté offerte aux individus de localiser un rapport de droit privé transfrontière en le rattachant à un ordre juridique proche par choix de la loi qui y est applicable.

## § 2. Domaines d'application

111. Du point de vue des conflits de lois (A), centre de cette recherche, le contrat (1) demeure le domaine privilégié du principe d'autonomie. Il n'est toutefois pas absent d'autres matières (2). Une brève incursion dans les conflits de juridictions (C) permet de rappeler la place non négligeable qu'y tient l'autonomie de la volonté dans les clauses d'élection de for (1) et dans la compétence indirecte (2). Ces deux branches du droit international privé, règles de conflit de lois et règles de conflit de juridictions, ne sont guère dissociables dans la pratique. Leur fondement théorique commun justifie également le rapprochement de leur étude: la soumission volontaire pourra, selon Savigny, déterminer la loi locale apte à régir le rapport de droit mais aussi «la juridiction spéciale» éventuellement autre que le tribunal du domicile du défendeur compétent selon le principe général<sup>328</sup>. A cet égard, le principe dispositif, forme ambiguë de concrétisation du principe d'autonomie, est caractéristique de l'influence des techniques de procédure sur les conflits de lois (B).

---

<sup>326</sup> CURTI-GIALDINO A. distinguant l'autonomie contractuelle de l'autocratie contractuelle.

<sup>327</sup> Troisième considérant du Préambule du projet de résolution sur «l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées», I.D.I., Session de Bâle, Travaux préparatoires, vol. 64-I, 1991, p. 77. Ce projet de résolution ne tranche toutefois pas la question du fondement de l'autonomie de la volonté entre les théories localisatrices à partir du principe de proximité retenu ici, et les théories incorporatrices à partir de la liberté contractuelle. La référence aux seuls droits des Etats privilégie toutefois la théorie localisatrice (pp. 63-64; 77, article 1 et *supra*, note 276b).

<sup>328</sup> SAVIGNY F.C., p. 204.

## A. Règle de conflit de lois

### 1) Les contrats

112. La prééminence de l'autonomie de la volonté comme principe de rattachement dans la matière des obligations contractuelles est certaine dans les textes conventionnels et législatifs, dans la jurisprudence et dans la doctrine <sup>329</sup>. La liberté contractuelle en droit interne n'y est pas étrangère. Les deux niveaux doivent toutefois être nettement distingués (*supra*, n° 92). Tout en évitant le travers de l'incorporation de la loi au contrat, certains auteurs se refusent à considérer l'autonomie de la volonté comme une règle de conflit de lois, pour y voir une règle de droit international privé matériel <sup>330</sup>. Ce faisant, le rattachement psychologique est rejeté au profit d'une conception exclusivement objective du facteur de rattachement. Rien ne fonde cette exclusion. En quoi l'élément ou les éléments déterminant le lien entre un rapport de droit et l'ordre juridique appelé à le gérer ne peuvent-ils être psychologiques, non matériels? Dès que l'on sort des droits réels, qui peuvent être localisés matériellement, le rattachement s'avère toujours immatériel: domicile, nationalité ou volonté ne se touchent pas comme meubles et immeubles corporels. Certes, l'immatérialité s'accroît et se subjectivise. C'est une question de degré, non de catégorie. Une fois de plus, l'erreur résulte de la confusion entre le choix de la loi applicable au contrat, règle de conflit de lois, et le contenu de cette loi qui, quasi universellement, porte la liberté contractuelle, règle de droit matériel. Il est vrai que les parties auront en vue la loi concrètement applicable à leur contrat, voire même le résultat pratique de telle ou telle disposition, non l'idée de rattacher leur contrat à un ordre juridique <sup>331</sup>. Mais le juriste raisonnant en droit international privé peut-il s'abstraire des étapes propres à clarifier la localisation du rapport de droit dans

<sup>329</sup> LANDO O., p. 193; GIULIANO M., p. 220; DIAMOND A.L., p. 254.

<sup>330</sup> DEBY-GERARD F., pp. 240, 255, «La loi d'autonomie n'est pas une règle de conflit de lois. En effet, l'élément qui aboutit à la désignation de la loi applicable au rapport juridique est la volonté des parties, volonté dont l'objet direct est... le choix de la loi: c'est un acte juridique, non un acte matériel de localisation», or, pour Deby-Gerard, toute règle de conflit «nécessite un rattachement objectif».

<sup>331</sup> DEBY-GERARD F., p. 238, avec références à LOUIS-LUCAS P., *Mélanges Dabin*, p. 759 et RABEL E., 2<sup>e</sup> éd., 1960, p. 367; dans le même sens, un auteur de l'école hollandaise plus «réaliste» que «conflictualiste», KOTTING R., «Autonomie en pseudo-autonomie», in *Partij-invoed in het internationaal privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1974, p. 24.

l'espace? Si oui, pourquoi le ferait-il uniquement en matière contractuelle? Croit-on que les futurs époux d'un couple mixte se soucient de l'ordre juridique auquel leur union se rattache alors qu'elle flotte dans l'amour universel au-delà du temps et de l'espace, si leur attention n'est pas appelée sur la question?

113. Les modalités de l'autonomie de la volonté, le moment et la forme de son expression ne sont pas approfondies ici (*infra*, n° 263 ss.)<sup>332</sup>.

114. Plus pertinente est la question du contrat ne se référant pas, directement ou indirectement, aux lois d'un ou de plusieurs Etats, mais à un droit *sui generis*, par exemple la *lex mercatoria*. Que devient le principe d'autonomie de la volonté entendu comme règle de rattachement à un ordre juridique? Seul le maintien du raisonnement à deux étapes, premièrement la règle de conflit, deuxièmement le droit appliqué, permet une position cohérente. Par hypothèse, les parties n'ont pas voulu rattacher leur contrat à un ordre juridique étatique, jugé inadéquat pour en régir la spécificité. Par hypothèse aussi, les parties ont rattaché ce contrat à un autre ordre connaissant ses propres règlements, sauf à laisser le contrat échapper à toute sanction et, partant, efficacité. Le premier stade de la volonté des parties demeure bien une règle de conflit rattachant leur contrat à un ordre, que l'on peut qualifier de juridique dans la mesure où il possède ses propres lois. Les litiges potentiels seront normalement réglés dans un cadre propre à cet ordre, par arbitrage. Rien ne s'y oppose, à deux conditions. La première est que les parties ne doivent pas faire appel à un ordre juridique étatique pour régler leur différend. Ceci se présentera indirectement pour exécuter la sentence arbitrale face à un perdant récalcitrant, ou directement si une partie saisit les tribunaux étatiques. Dans ce cas, le tribunal saisi ne paraît pas pouvoir se contenter d'appliquer immédiatement le droit propre au contrat, au demeurant contesté si une clause d'arbitrage n'est pas respectée. Il lui revient de localiser le contrat selon le droit international privé de la *lex fori*, et ensuite de rechercher dans la loi applicable si les dispositions matérielles édictées par le contrat peuvent être

---

<sup>332</sup> Pour la forme, la nécessité d'une volonté claire s'impose. Si elle n'est pas expresse, il faudra que son caractère «certain» (Convention de Rome, art. 3) ait toute sa force. Pour un système plus nettement dualiste entre la volonté expresse ou non, voy. DEBY-GERARD F., p. 240; pour l'ensemble des modalités, voy. DIAMOND A.L., p. 254, 259, 264.

respectées, notamment au regard des dispositions impératives de ce droit. La deuxième condition est que les dispositions contractuelles ne contiennent rien de contraire aux «dispositions impératives (plus exactement lois d'application immédiate) d'un... pays avec lequel la situation présente un lien étroit» (Convention de Rome, art. 7). Ces conditions ne sont pas nécessairement cumulatives. Encore faudra-t-il qu'une juridiction étatique soit saisie, le tribunal arbitral ne se sentant tenu que par le contrat lui donnant compétence et autorité.

Si cette dualité permet de sauvegarder l'objet de la loi d'autonomie en droit international privé, elle impose le constat d'ordres parallèles aux ordres juridiques étatiques. Ces ordres juridiques parallèles pourraient, en l'absence de litiges dont la solution nécessiterait l'intervention de tribunaux étatiques, échapper à tout contrôle de l'Etat. S'agissant de puissances économiques considérables aux retombées multiples sur la vie socio-économique ce constat ne peut qu'interpeller les Etats, les convaincre de la nécessité de contrôler ces ordres parallèles, mais aussi, et peut-être surtout, de mettre en place des réglementations aptes à rencontrer leurs besoins <sup>333</sup>.

## 2) *Les autres matières*

115. La place de l'autonomie de la volonté dans les matières de statut personnel sera examinée dans la troisième partie. Il est nécessaire, auparavant, de préciser le concept de statut personnel dans la deuxième partie.

Restent deux catégories de rattachements importantes: les biens et les obligations non contractuelles (responsabilité civile délictuelle ou quasi-délictuelle, quasi-contrat).

Le but de cette étude n'est pas de proposer une théorie générale du droit international privé axée sur le concept de l'autonomie de la volonté. Il serait d'ailleurs illusoire de proposer une théorie centralisatrice se heurtant à la réalité d'une «relativité générale» <sup>334</sup>. Ces questions doivent être le cas échéant

<sup>333</sup> Sur les ordres juridiques transnationaux et les traits spécifiques d'un ordre juridique, voy. RIGAUX F., «Cours général», p. 61, n° 35 ss., p. 65, n° 44 ss.

<sup>334</sup> RIGAUX F., «Cours général», pp. 1310; VITTA E., p. 52: «Il faut se garder... de construire tout son système sur un seul pilier».

approfondies en elles-mêmes et ne sont vues ici que dans la mesure où elles éclairent le concept général d'autonomie de la volonté.

116. Les droits réels mobiliers ou immobiliers sont valablement rencontrés soit par la règle de conflit de lois applicable à une autre catégorie de rattachement à laquelle ils s'intègrent compte tenu du «rapport de vie» en question (régime matrimonial, succession, contrat...), soit par la règle de conflit de lois appliquant la *lex rei sitae*. Contrairement à d'autres rapports de vie, celui «touchant» aux biens matériels se localise aisément dans l'espace de par son objet. En dehors des exceptions générales introduites par certaines législations (*supra*, n° 104), il y est peu de place pour l'autonomie de la volonté. Le rapport de vie étant matériel plus qu'intellectuel, il serait contraire à la réalité de le localiser par un facteur psychologique. Cela dit, il peut précisément en aller autrement pour la propriété intellectuelle qui se localisera plus aisément dans l'ordre juridique où la protection est demandée, ce qui laisse une part de volonté, encore que ce soit également le lieu où l'œuvre est diffusée<sup>335</sup>.

117. Du point de vue du concept d'autonomie de la volonté, l'attention se centre plus utilement sur les obligations non contractuelles. La tentative de régler, au niveau européen, dans une même convention les obligations contractuelles et non-contractuelles, révèle autant d'enseignement que son échec dû à l'élargissement de la Communauté au système de common law. En matière de responsabilité, la *lex loci delicti* faisait, au sein des Etats d'Europe continentale, unanimité au même titre que la loi d'autonomie en matière contractuelle. On peut y trouver, sous-jacent aux deux matières, le principe de proximité. C'est ainsi que l'article 10, alinéa 2 du projet permettait d'écarter la *lex loci delicti* lorsque deux circonstances sont rencontrées: l'absence de lien significatif entre la situation résultant du fait dommageable et le pays où il s'est produit, d'une part, la présence d'une connexion prépondérante avec un autre pays, d'autre part. Le lien de proximité est ainsi doublement souligné, négativement et positivement. L'article 13 du projet était moins contraignant pour les quasi-contrats, n'introduisant que le critère positif de

<sup>335</sup> RIGAUX F., t. II, n° 1074; Loi suisse de d.i.p., art. 10, 1: Droit de l'Etat pour lequel la protection est revendiquée, les règles de conflit de lois en matière contractuelle (al. 3) et délictuelle (al. 2) étant réservées; Loi autrichienne, § 34: droit de l'Etat du lieu de l'acte d'exploitation ou de violation.

connexion prépondérante avec la loi d'un autre pays. Dans les deux cas, cette connexion doit se fonder sur un élément commun aux parties intéressées. Il s'agirait, par exemple, de la nationalité, du domicile ou de la résidence habituelle visée à l'article 4 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière<sup>336</sup>. Cet élément pourrait-il être la commune volonté des parties? Le rapport au projet de 1972 ne l'évoque que dans une hypothèse: celle où le lieu du délit ne pourrait être localisé<sup>337</sup>. L'idée pourrait-elle être étendue? C'est déjà la même hypothèse, l'absence de possibilité de localisation du délit, qui a poussé la jurisprudence à substituer à la règle de conflit *lex loci delicti*, une règle subsidiaire déduite de la «connexion prépondérante» par recherche de points de contacts<sup>338</sup>. C'est davantage la jurisprudence anglo-américaine de la *proper law of tort*. Le principe de proximité y est premier, la *lex loci delicti* n'en étant qu'un facteur de concrétisation. Ici réside la différence non seulement entre les systèmes de common law et de droit civil, mais aussi au sein de ces derniers entre les obligations contractuelles et non-contractuelles. Alors que, pour les obligations contractuelles, le principe de proximité peut être avancé, avec des réserves et des nuances, comme la règle concrétisée dans la volonté autonome ou dans des facteurs comme le siège de la prestation caractéristique, en matière délictuelle, la *lex loci delicti* demeure la règle dont le principe de proximité ne serait qu'une exception<sup>339</sup>.

<sup>336</sup> *Monit. belge*, 7 mai 1975.

<sup>337</sup> Rapport GIULIANO, LAGARDE et VAN SASSE VAN YSSELT, de 1972 au projet de Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles, Doc. XIV/408/72-F, p. 55: hypothèse du délit commis dans un train au cours du passage de la frontière entre deux pays.

<sup>338</sup> Bruxelles, 4e Ch., 9 mai 1978, *Sphere Insurance Cy c. Pan American World Airways, J.T.*, 1979, p. 143.

<sup>339</sup> Voy. Rapport, p. 48, l'art. 10, al. 2 est une exception à la règle, alors que, s'agissant du contrat et de la doctrine de la prestation caractéristique, DE WINTER L.I. rappelle, dans les mêmes travaux préparatoires: «la tâche véritable (il souligne) consiste en un rattachement du contrat à la loi du pays avec lequel il présente le lien le plus étroit», Doc. XIV/18079/70-F.I. Sur les hésitations entre la règle et l'exception, voy. FOYER J., «L'avant-projet C.E.E.», p. 560, note 27. La prépondérance du principe de proximité sur l'autonomie de la volonté est moins suivie en doctrine, il ne s'agit toutefois pas d'assimiler le principe d'autonomie au principe de proximité mais d'y voir un facteur de concrétisation parmi d'autres. Sur ce reproche, voy. VON OVERBECK A.E., «Les questions générales», p. 87. Sur le principe, *supra*, n° 94 ss. et 103 ss. L'art. 15 de la loi suisse de droit international privé étant la clause d'exception fondée sur le principe de proximité comporte les mêmes critères négatifs («lien très lâche avec ce droit») et positif («relation beaucoup plus étroite avec un autre droit»). La clause est toutefois expressément écartée en cas d'élection de droit (art. 15.2).

Mais, la *lex loci delicti commissi* n'est-elle pas la mise en application du principe de proximité. N'est-elle pas «vraisemblablement la prise en considération du milieu social dans lequel s'intègre le problème et avec lequel il a, partant, la relation la plus étroite»? <sup>340</sup> Dans le système anglo-américain, selon certains auteurs, les tests de «most significant relationship» et de «proper law of the contract» traduisent la «recherche d'un seul facteur de rattachement... l'intention des parties» <sup>341</sup>.

Si la prévalence du principe de proximité peut se reconnaître dans la *lex loci delicti* comme règle de conflit de lois principale rien n'empêcherait de permettre à la volonté des parties de déterminer la *lex loci delicti*. Ainsi le projet de convention européenne ne tranche pas entre la *lex loci delicti* et la *lex damni* laissant les jurisprudences en cours se développer <sup>342</sup>. La doctrine, la jurisprudence et la législation ouvrent des entrées importantes au principe d'autonomie en responsabilité civile. Des auteurs n'écartent pas la possibilité pour les parties de choisir, après les faits, la loi applicable <sup>343</sup>.

118. La jurisprudence a accepté cette place de l'autonomie de la volonté en matière de responsabilité civile. Un arrêt de la Cour de cassation de France du 19 avril 1988 en est exemplatif <sup>344</sup>.

<sup>340</sup> GRAULICH P., «La signification actuelle de la règle de conflit», *Annales de Droit de Liège*, 1988, pp. 9-15 et in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, pp. 295 ss.

<sup>341</sup> LIPSTEIN K., «Conflict of laws in matter of torts, the common law approach», in RIGAUX F. Ed., «L'influence des Communautés», p. 133.

<sup>342</sup> Rapport, p. 48; FOYER J., p. 640. La loi hongroise de 1979 tranche au § 32 (2) par la loi la plus favorable à la personne lésée.

<sup>343</sup> VON OVERBECK A.E., «Questions générales», p. 67; JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., «De sluiptweg van partijwil», in *Partij-invloed in het i.p.r.*, Deventer, Kluwer, 1974, p. 10; «Le bassin du Rhin, sa pollution et le droit international privé», in *La réparation des dommages catastrophiques*, XIIIe Journées Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 157-181, p. 166, où l'auteur développe la thèse de «l'ubiquité» (option); (et référence à DUBBINK C.W., *De onrechtmatige daad in het nederlandse i.p.r.*, 1947, p. 31). Dans ses conclusions aux XIIIe Journées Jean Dabin, Joe VERHOEVEN voit dans cette possibilité de choix par la victime l'expression de «quelque malaise du droit» (*idem*, p. 479). SAUVEPLANNE M., *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XX: 1968, p. 219, juge controversée la place de l'autonomie de la volonté en responsabilité civile; VAN ROOIJ R. et POLAK M., p. 138, avec références jurisprudentielles; ERAUW J., *De onrechtmatige daad in the internationaal privaatrecht*, 1982, pp. 148 ss.

<sup>344</sup> Cass. Fr., 19 avril 1988, *Roho c. Caron et autres*, R.C.D.I.P., 1989, p. 68, note BATIFFOL H.; MOSCONI F., p. 170; cette affaire démontre le motif habituel pour lequel les parties n'invoquent pas une loi étrangère: leur ignorance. Ce n'est que devant la Cour de cassation que le défendeur va se prévaloir de la Convention de La Haye pour obtenir l'application de la loi du lieu de l'accident. En cela, le principe dispositif est un

L'arrêt retient le choix par deux Français de l'application de la loi française aux suites d'un accident de roulage survenu à Djibouti. Ce faisant, la Cour non seulement tolère l'autonomie de la volonté en l'absence d'un texte la prescrivant mais lui donne force à l'encontre de la loi désignée par la Convention de La Haye du 4 mai 1971<sup>345</sup>, en l'espèce la *lex loci delicti*.

Un arrêt de la Cour de cassation de Belgique a laissé entendre qu'une place pourrait être faite à l'autonomie de la volonté en matière délictuelle. La Cour assortit l'application de principe de la *lex loci delicti commissi* d'une limite, non sollicitée en l'espèce par les faits de la cause, ainsi libellée: «sans préjudice... de clauses contraires»<sup>346</sup>. Une autre décision introduit l'autonomie de la volonté par le biais du principe dispositif considérant que le juge ne doit pas soulever d'office la règle de conflit de l'article 3, alinéa 1 du Code civil<sup>347</sup> (*infra*, n° 126).

119. La loi autrichienne du 15 juin 1978 sur le droit international privé regroupe dans une même section VII les droits et obligations découlant de rapports contractuels ou extra-contractuels. Le § 35 pose comme règle générale l'autonomie de la volonté explicite ou implicite, la *lex delicti* (non «dammi») et le principe du «rapport plus fort», venant à titre subsidiaire au § 48.

L'article 132 de la loi suisse de droit international privé permet aux parties de convenir, après l'événement dommageable, de l'application de la loi du for<sup>348</sup>. Le choix, initialement prévu dans le projet, de la *lex fori* ou de la loi de la résidence habituelle semblait traduire un certain souci de proximité entre le rapport de droit et la loi applicable. Est-ce encore le cas lorsque ce choix est limité à la *lex fori*? La réponse

---

ersatz très imparfait de l'autonomie de la volonté (*infra*, n° 122); sur la jurisprudence américaine, JUENGER F.K., p. 221.

<sup>345</sup> Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, *Mon. belge*, 7 mai 1975.

<sup>346</sup> Cass. b., 30 octobre 1981, *R.G.A.R.*, 1983, n° 10567, note ERAUW J., *J.T.*, 1982, p. 649; HANOTIAU B. et FALLON M., «Chronique obligations (1965-1985)», p. 117, n° 67.

<sup>347</sup> Cass. b., 17 novembre 1983, *R.W.*, 1984-1985, col. 2185, obs. DE FOER L.; HANOTIAU B. et FALLON M., n° 67 et 75. Article 3, al. 1 C. civ.: «Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire».

<sup>348</sup> Sur la controverse du caractère général ou non de ce choix, voy. STOJANOVIC S., p. 283. Il est à remarquer que l'article 132 du projet prévoyait le choix de la loi du for ou de la loi de la résidence habituelle commune des parties, ce qui était contradictoire avec l'article 129, 3 (actuel 133, 1) qui, de toute façon, donnait compétence à la loi de la résidence habituelle commune (texte projet, *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 185).

peut être affirmative si l'on relève que la loi de la résidence habituelle commune était et reste une loi applicable même à défaut de choix, ce qui rendait cette possibilité superfétatoire. La nouvelle formulation accentue toutefois le glissement du principe d'autonomie vers le principe dispositif (*infra*, n° 126).

Le § 145 du Restatement Second formalise la doctrine de la «most significant relationship» en inscrivant, à l'alinéa 2, certains facteurs pouvant traduire ce lien le plus étroit tant à l'égard des faits que des parties. On n'y trouve pas la volonté de ces dernières encore que la lettre d., dernier facteur cité, vise le lieu où la relation entre les parties, s'il en est, est localisée.

En Grande-Bretagne, la commission de réforme du droit international privé a proposé l'introduction du choix de la loi applicable sans limite de temps quant au moment du choix et sans limite d'espace en permettant d'autres choix que la *lex fori* <sup>349</sup>.

120. Il y a, dans ces législations et jurisprudences une tendance à «un élargissement souhaitable du rôle de la volonté en matière de délits» <sup>350</sup>.

De façon générale, en matière de responsabilité civile, le «rapport de vie» et, partant, le «rapport de droit» se situe dès l'abord sur le plan conflictuel de victime à auteur du dommage. En matière contractuelle, le rapport permet, initialement et abstraction faite des rapports de force, de s'accorder avant litige sur la loi applicable. En responsabilité civile, c'est le fait dommageable qui crée le rapport de droit rendant par là difficile un choix antérieur. Le choix peut encore se situer avant ou après l'introduction formelle du litige. Il peut, en outre, se matérialiser soit de commun accord, soit dans le chef de la partie lésée. Dans ce dernier cas, l'autonomie de la volonté prend une connotation plus substantielle de protection de la partie faible. C'est la théorie de «l'ubiquité» défendue par Jessurun d'Oliveira (*supra*, note 343). C'est, partiellement, l'objet du rattachement conditionnel visé à l'article 6 de la Convention de La Haye du 20 octobre 1973 sur la

---

<sup>349</sup> BOUREL P., p. 301.

<sup>350</sup> *Idem*, p. 301.

loi applicable à la responsabilité du fait des produits <sup>351</sup>. C'est ce même souci de protection qui a motivé la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de compétence judiciaire fondée sur l'article 5, 3° de la Convention de Bruxelles laissant au demandeur en indemnisation le choix d'introduire le litige devant les tribunaux du lieu où le dommage est survenu ou du lieu de l'événement causal <sup>352</sup>.

### B Le principe dispositif

121. Le principe d'autonomie de la volonté trouve une expression ambiguë dans les théories qui attribuent un caractère facultatif à l'application des règles de conflit de lois. Ce n'est là qu'une extension aux relations transfrontières d'un principe de droit judiciaire civil interne: le tribunal n'est saisi que dans la mesure sollicitée par les parties. En conséquence, si les parties s'accordent tacitement ou explicitement sur l'application de tel droit, le magistrat n'aurait pas l'obligation de vérifier que ce droit est bien celui désigné par sa règle de conflit. Ce serait statuer *ultra petita*. En d'autres termes, les règles de conflit de lois ne seraient pas d'ordre public. La limite d'ordre public ne devrait, le cas échéant, être soulevée qu'eu égard au contenu du droit matériel ainsi désigné <sup>353</sup>. Limité aux hypothèses dans lesquelles

<sup>351</sup> «Quand aucune des lois désignées aux articles 4 et 5 ne s'applique, la loi applicable est la loi interne de l'Etat du principal établissement de la personne dont la responsabilité est invoquée à moins que le demandeur ne se fonde sur la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit». Pour une analyse, FALLON M., «Responsabilité du fait des produits et accidents industriels majeurs», in *La réparation des dommages catastrophiques*, XIIIe Journées J. Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 111-143, p. 132 et références; «Le droit des rapports internationaux du consommateur», *Clunet*, 1984, pp. 765-847, n° 86 ss.

<sup>352</sup> C.J.C.E., 30 novembre 1976, aff. des Mines de Potasse d'Alsace, n° 21/76, *R.C.J.C.E.*, 1976, 1735; *Clunet*, 1977, p. 728, note HUET; *R.C.D.I.P.*, 1977, p. 563, note BOUREL P.; *Dalloz*, 1977, p. 613, note DROZ; BALLARINO T., «La réparation des dommages catastrophiques. Problèmes de droit international privé», in *La réparation des dommages catastrophiques*, XIIIe Journées J. Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 59-100, p. 88 et «Questions de droit international privé et dommages catastrophiques», *R.C.A.D.I.*, t. 220, 1990, I, pp. 289-387, n° 13; JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., «Le bassin du Rhin», p. 157.

<sup>353</sup> VON OVERBECK A.E., «Questions générales», p. 55; «Théorie de conflit facultatives», pp. 257 ss.; FLESSNER V.A., «Fakultatives Kollisionsrecht», *RabelsZ.*, 1970, pp. 547-584; LALIVE P., *R.C.A.D.I.*, t. 155, 1977, p. 164; RIGAUX F., «Cours général», p. 201.

le litige est initié, le principe dispositif ne peut recouvrir l'ensemble du principe d'autonomie. De ce fait, il s'est rencontré plus largement en matière de responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle (*supra*, n° 118). Favorable à cette thèse, la Cour de cassation de France a longtemps jugé «qu'on ne peut pas reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère», avec la nuance qu'il leur est «loisible» d'en faire la recherche <sup>354</sup>. En 1988, deux arrêts ont marqué l'abandon certain de cette jurisprudence, y substituant l'obligation pour le juge de rechercher «d'office» à quelle solution conduit la règle de droit international privé <sup>355</sup>.

Dans le même sens, l'Institut de droit international a, en 1989, adopté une résolution recommandant aux Etats notamment «d'imposer à leurs autorités compétentes de soulever d'office la question de l'applicabilité de la règle de conflit» sans vouloir, pour autant, écarter le jeu normal du principe dispositif <sup>356</sup>.

<sup>354</sup> Jurisprudence *Bisbal*, Cass. fr., 12 mai 1959, et *Chemouny*, Cass. fr., 2 mars 1960, *R.C.D.I.P.*, 1960, pp. 62 et 124, et Cass. fr., 1<sup>re</sup> Ch. civ., 22 avril 1986, *Clunet*, 1986, p. 1025, note SINAY-CYSTERMANN; LAHLOU N., pp. 10 ss.; RUDE-ANTOINE E., p. 94.

<sup>355</sup> Cass. fr., 11 et 18 octobre 1988, *R.C.D.I.P.*, 1988, pp. 277 à 339, note LEQUETTE Y.: «L'abandon de la jurisprudence *Bisbal*»; Yves LEQUETTE précise que c'est ce principe dispositif qui explique «au moins en partie comment un pays d'immigration comme la France avait pu maintenir le rattachement du statut personnel à la loi nationale». *Adde*: *Clunet*, 1989, pp. 352 à 366, note ALEXANDRE D.; PONSARD A., «L'office du juge et l'application du droit étranger», *R.C.D.I.P.*, 1990, pp. 607-619; BUREAU D., «L'application d'office de la loi étrangère. Essais de synthèse», *Clunet*, 1990, pp. 317 à 364, qui parle de «révolution» qui marquera l'histoire du droit international privé français (p. 317). En Belgique, après étude de la jurisprudence belge et aperçu des expériences allemande, française et italienne, Koen LENAERTS donne une réponse favorable à l'application d'office, pour autant que les éléments d'extranéité soient établis, sauf renonciation expresse par les parties, s'agissant d'un litige étranger à l'ordre public, LENAERTS K., «Le statut du droit étranger en droit international privé belge. Vers un nouvel équilibre?», *Mélanges Vander Elst*, 1986, pp. 528-555; SAUVEPLANNE J.G., «New trends...», p. 71; van HECKE G. et RIGAUX F., «Examen de jurisprudence (1981-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 148, n° 7.

<sup>356</sup> Résolution sur «L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère», session de Saint-Jacques de Compostelle, *Annuaire I.D.I.*, vol. 63, t. II, 1990, p. 334, et Rapport GANNAGE P., p. 300: «La commission a nettement pris position [en faveur] de l'obligation faite au juge de soulever d'office la question de l'application du droit étranger». Le projet de la commission limitait cette obligation «aux domaines où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits». Ce membre de phrase a été supprimé au motif essentiel que «le principe dispositif fait partie des règles générales de procédure» (p. 313).

122. Si le principe dispositif peut être l'effet d'un choix conscient en faveur de la *lex fori* ou plus rarement d'une loi étrangère, dans la pratique, il est le plus souvent le résultat de moyens de défense insuffisants par ignorance ou facilité. N'est-il pas plus raisonnable de donner une place certaine et ouverte au principe d'autonomie plutôt que de le laisser s'avancer masqué au détriment des parties qu'il voudrait servir?

Plaçant le droit international privé positif à sa juste valeur de droit national, il paraît plus correct de considérer que le principe dispositif lie les tribunaux par les faits dont ils ont connaissance, non par leur qualification. Ceci permet au tribunal de soulever d'office les règles de conflit de lois et, respectant le principe du contradictoire, d'ordonner la réouverture des débats pour permettre aux parties de s'expliquer sur ce point, et le cas échéant sur le contenu du droit étranger. C'est à ce moment que les parties pourront conjointement et expressément écarter un droit normalement applicable si la matière considérée n'est pas d'ordre public<sup>357</sup>. En Autriche, le § 3 de l'Ö-IPR-G prévoit explicitement que «Le droit étranger applicable doit être appliqué d'office et de la même manière que dans son domaine original de validité»<sup>357b</sup>. Face à une théorie critiquable en droit et inopportune dans la difficulté d'interpréter des volontés négatives, il paraît préférable, avec von Overbeck, d'«en rester au système classique des règles de conflit obligatoires, en étendant toutefois le domaine de l'autonomie partout où cela est possible»<sup>358</sup>.

---

<sup>357</sup> RIGAUX F., t. I, p. 300, n° 435-436; PONSARD A., p. 617.; van HECKE G. et RIGAUX, F., «Examen de jurisprudence (1981-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 149, n° 7.

<sup>357b</sup> L'article 1004 du Code Burkinabe des personnes et de la famille (1989) (*supra*, note 263) est libellé comme suit: «Le juge applique d'office les règles de conflits de lois énoncées par les dispositions du présent chapitre et le droit étranger compétent selon ces règles». *Adde*: note MEYER P., *R.C.D.I.P.*, 1991, p. 231, n° 13.

<sup>358</sup> «Questions générales», p. 67; «Théorie des règles de conflit facultatives», p. 257.

### C. Règle de conflit de juridictions

123. Les règles de conflit de juridictions peuvent, de deux manières, influencer le concept d'autonomie de la volonté utilisé comme règle de conflit de lois. D'une part, de façon générale, en enrichissant le concept même d'autonomie de la volonté, d'autre part, dans les cas particuliers, par l'incidence du choix d'un tribunal sur le droit appliqué au litige <sup>359</sup>.

L'importance de la notion d'autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions est certaine. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, fait une place importante à l'élection de for. Le principe même de la compétence juridictionnelle, déjà mis en avant par Savigny, est la recherche d'un tribunal proche de la situation litigieuse. Pour ce faire, en harmonie avec les droits de la défense, la compétence générale des tribunaux du domicile ou de la résidence du défendeur a toujours été retenue <sup>360</sup>. Elle n'est pas exclusive et doit permettre, compte tenu de son objet, la prise en compte d'autres compétences spéciales rapprochant parties et rapport de droit d'un tribunal compétent. C'est le cas de la «soumission volontaire» <sup>361</sup>. Le principe d'élection de for a été d'autant plus facilement accepté par la pratique qu'il s'harmonise lui aussi avec le principe du respect des droits de la défense: si le défendeur accepte la compétence d'un tribunal point n'est besoin de décliner cette compétence. C'est dans cette mesure toutefois qu'est apparue, pour certaines matières dans lesquelles on entend protéger une partie faible, la limite de l'élection de for «après la naissance du différend». Il en est ainsi dans la Convention de Bruxelles en matière d'assurance (art. 12, 1°), de vente à

<sup>359</sup> Pour une analyse des rapports structurels entre le forum et le jus d'un point de vue historique, substantiel et méthodologique, voy. GONZALES-CAMPOS J.D.

<sup>360</sup> SAVIGNY F.C., p. 70, à propos des Romains; Convention de Bruxelles, art. 2.

<sup>361</sup> SAVIGNY F.C., p. 204; Convention de Bruxelles, art. 17. On remarquera la troisième phrase introduite à l'alinéa 1 de l'art. 17 par la Convention du 9 octobre 1978, suite à l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni: «Lorsque telle convention (d'élection de for) est conclue par les parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, les tribunaux des autres Etats contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence». Indirectement cette phrase étend au-delà des frontières communautaires le principe de l'élection de for en ne rejetant pas, *a priori*, le choix, par des parties non domiciliées sur le territoire des Communautés européennes, du tribunal d'un Etat membre. *Adde*, art. 5 L.S.D.I.P.

tempérament (art. 15, 1°) et, introduit par la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, de contrat individuel de travail (art. 17, 5)<sup>362</sup>. La logique de protection de la partie faible est expressément confirmée par l'introduction de la même limite en matière de contrat de travail dans la Convention de San Sebastian avec l'ajout de possibilité pour le travailleur d'invoquer une clause d'élection de for antérieure à la naissance du différend<sup>363</sup>.

124. La même notion de volonté unilatérale est ainsi développée dans les conflits de juridictions et dans des conflits de lois (*supra*, n° 101 et 120). Plus précisément encore la même volonté unilatérale pourrait interpréter les facteurs de localisation indéterminés. Ainsi le lieu du délit peut être le lieu du dommage ou le lieu du fait générateur. La Cour de Justice des Communautés européennes a tranché l'incertitude par le principe d'ubiquité laissant l'option à la partie lésée. Le même principe pourrait être retenu pour la *lex loci delicti*. Les rédacteurs du projet de Convention européenne y ont été attentifs en laissant la question ouverte, compte tenu des évolutions jurisprudentielles déjà perçues en 1972<sup>364</sup>.

<sup>362</sup> Convention non encore en vigueur tendant à étendre moyennant certaines modifications, la Convention de Bruxelles aux Etats membres de l'Association européenne de libre échange (AELE: Autriche, Finlande, Islande, Norvège, Suisse, Suède). Texte: *J.O.C.E.*, 25 novembre 1988, p. 9 et *R.C.D.I.P.*, 1989, p. 149. Commentaire: DROZ G.A.L., «La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale», *R.C.D.I.P.*, 1989, p. 1.

<sup>363</sup> La Convention de San Sebastian signée le 26 mai 1989, non encore en vigueur, porte des adaptations à la Convention de Bruxelles en suite de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal. Texte: *J.O.C.E.*, 3 octobre 1989, II, p. 1. Commentaire: DROZ G.A.L., «La Convention de San Sebastian alignant la convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano», *R.C.D.I.P.*, 1990, pp. 1-21.

L'article 17, dernier al. de la Convention de Bruxelles devient: «En matière de contrats individuels de travail, la convention attributive de juridiction ne produit ses effets que si elle est postérieure à la naissance du différend ou si le travailleur l'invoque pour saisir d'autres tribunaux que celui du domicile du défendeur ou celui indiqué à l'article 5, point 1».

A noter que par cet ajout la Convention de San Sebastian rencontre l'objection évoquée notamment par DROZ G.A.L. (Lugano, p. 16) à l'encontre de l'art. 17, § 5, tel que libellé à la Convention de Lugano qui peut, par refus d'une clause d'élection de for antérieure au litige, se retourner contre la personne soi-disant protégée (l'employé) dans l'hypothèse, fréquente, où l'employeur est défendeur. On retrouve en matière de compétence juridictionnelle les critiques faites en matière de compétence législative à l'encontre de dispositions à caractère substantiel «aveugle» (*supra*, n° 101).

<sup>364</sup> Voy. *supra*, n° 118 et note 343. Dans le même sens du choix entre «le lieu de l'acte ou du résultat», voy. art. 129, 2 L.S.D.I.P.

Dans la compétence internationale directe, l'autonomie de la volonté se dégage tantôt comme critère général de compétence, tantôt comme facteur apte à préciser un autre critère de compétence.

125. L'autonomie de la volonté comme règle de conflit de juridiction peut également avoir une incidence, non plus de principe, mais concrète sur la loi applicable. Dans des cas particuliers, l'élection du for a une incidence certaine sur la loi appliquée au litige soit d'office, soit indirectement. D'office car le tribunal choisi appliquera ses propres règles de conflit de lois. Une partie procédant, au moment d'élaborer un contrat ou d'intenter une procédure, à une simulation pourra, par indication du tribunal à saisir, exercer un choix sur la règle de conflit de lois à appliquer et, partant, sur le droit appliqué. La seule réserve est qu'une clause désignant la loi applicable écarte le jeu normal des règles de conflit <sup>365</sup>. En ce cas, l'autonomie de la volonté s'exerce directement et expressément comme règle de conflit. Indirectement, surtout dans les matières contractuelles, où le principe d'autonomie de la volonté est acquis, le tribunal élu pourrait être enclin à voir dans l'élection de for une indication sur le choix de la loi applicable <sup>366</sup>. Théoriquement, ce glissement de l'élection de for à l'élection de droit est incorrect. Dans la pratique, s'agissant pour le tribunal élu d'appliquer la *lex fori*, ce glissement peut se présenter plus fréquemment qu'il ne ressortirait de la lecture des jugements. Plus précisément, s'agissant d'un choix unilatéral sur la concrétisation par le demandeur du facteur de compétence du «lieu où le fait dommageable s'est produit» visé à l'article 5, 3° de la Convention de Bruxelles, le tribunal de l'Etat X saisi n'aurait-il pas tendance à considérer que, entre la *lex damni* et la *lex delicti*, la loi applicable est la loi du for ainsi saisi?

126. La volonté des parties peut également intervenir au stade de la reconnaissance ou de l'exequatur d'une décision prononcée dans un autre ordre juridique. Quoique non formellement inscrite dans les critères de reconnaissance ou d'exequatur, la volonté apparaît fréquemment dans la jurisprudence comme facteur de précision des notions d'ordre

---

<sup>365</sup> Voy. ROCHAT Ch., pp. 278-279.

<sup>366</sup> L'indice est décisif pour BATIFFOL H. car «si les parties ont voulu être jugées par les juges de tel pays, il y a là la présomption la plus sérieuse qu'elles ont envisagé l'application par ces juges de leur propre loi», in *Les conflits de lois en matière de contrats*. p. 131; cité par GONZALES-CAMPOS J.D., p. 322.

public international et de droits de la défense inscrits dans les textes. Cette volonté s'inscrit dans l'acceptation à un moment quelconque de la décision étrangère par la partie à l'encontre de laquelle l'autorité de la chose jugée est invoquée ou l'exécution est demandée. Ce qui est ainsi sanctionné positivement est la soumission tant à la juridiction qu'au droit étranger. Les tribunaux belges ont développé, dans les matières de statut personnel, une jurisprudence en ce sens pour la reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales si, expressément ou tacitement, même *a posteriori*, la femme y a consenti (*infra*, n° 354). Le parallélisme avec la compétence internationale fondée sur la volonté unilatérale de la partie à protéger est aisé. Dans la compétence internationale indirecte, l'autonomie de la volonté se dégage jurisprudentiellement comme facteur confirmatif d'une volonté antérieure d'élection, plus souvent tacite, de droit ou de for <sup>367</sup>.

127. Pas plus que le choix de règles non-étatiques (*lex mercatoria...*) (*supra*, n° 114), la désignation d'un tribunal arbitral ne peut être ignorée comme mode d'expression de l'autonomie de la volonté des parties. La validité de la clause d'arbitrage sera soumise à l'appréciation étatique soit au moment d'un procès introduit par une partie refusant la clause d'arbitrage, soit lors de l'exequatur de la sentence arbitrale demandée en vue de poursuivre l'exécution à l'encontre de la partie récalcitrante. La difficulté de cet examen réside dans l'absence de rattachement *a priori* du tribunal arbitral à un ordre juridique. Deux considérations permettent de ne pas exagérer cette difficulté. La première porte sur le rapport de vie ou de droit en cause. Il peut, à l'usage des critères de droit international privé du tribunal d'un Etat saisi, être rattaché à un ordre juridique. C'est au regard de cet ordre juridique, ou encore des principes d'ordre public de l'ordre juridique saisi, que l'arbitrabilité du litige pourra ou non être confirmée. La deuxième considération porte sur la localisation du tribunal arbitral qui, quoique controversée en doctrine, paraît devoir déterminer son rattachement à l'ordre juridique du lieu de situation du tribunal arbitral. C'est cet ordre

<sup>367</sup> Pour une référence explicite à l'élection de for comme critère positif de reconnaissance d'une décision étrangère, voy. l'art. 26, b et c de la Loi suisse de d.i.p. sur la «compétence donnée» des autorités étrangères. Voy. déjà la Convention de La Haye du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, art. 3, al. 3, au terme duquel est compétente «l'autorité à la compétence de laquelle le débiteur d'aliments s'est soumis soit expressément, soit en s'expliquant sur le fond sans réserve touchant la compétence».

juridique qui, sur son territoire, permet ou non l'existence de juridictions de type privé<sup>368</sup>. C'est cet ordre juridique qui, à défaut de convention ou de règlement arbitral, règlera la procédure d'arbitrage.

Dans l'arbitrage de droit international privé, l'autonomie de la volonté se dégage comme critère de compétence de «juges privés» sous le contrôle des ordres juridiques étatiques intéressés.

---

<sup>368</sup> RIGAUX, F., t. I, n° 202; GIULIANO M., p. 226; GOLDMAN B., «La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives», in RIGAUX F. Ed., *L'influence des Communautés*, p. 209; MAYER P., «L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence», *R.C.A.D.I.*, t. 217, 1989, V, pp. 319-454; Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, art. 5, al. 1, a et e: conformité de la Convention et de la sentence d'arbitrage à la loi du pays où elle a été rendue; art. 5, al. 2: refus d'exequatur pour inarbitrabilité ou contrariété à l'ordre public selon la loi du pays requis.

### Conclusion de la première partie

128. Définie en sciences humaines comme «la détermination libre des règles auxquelles se soumettre», l'autonomie de la volonté a pris en droit privé un sens commun plus limité, fondé sur la liberté dans le respect des normes impératives. Ce sens commun se différencie selon qu'il appartient à la scène privée interne ou internationale. Dans le premier cas, concentré dans une matière, celle des contrats, il y est, en principe, étendu jusqu'aux limites de l'ordre public et des bonnes mœurs. Ce principe souffre des exceptions protectrices de catégories de personnes. Dans le deuxième cas, en droit privé international, l'autonomie de la volonté doit se distinguer radicalement de la liberté contractuelle pour s'affirmer comme technique de rattachement d'un rapport de droit transfrontière à un ordre juridique proche. En cela l'autonomie de la volonté en droit international privé est aussi, dans les limites des principes de proximité et, plus accessoirement, de justice, la détermination libre des règles juridiques auxquelles les parties concernées se soumettront.

La focalisation, en droit international privé, du principe d'autonomie de la volonté sur la matière contractuelle, a entraîné une double confusion. D'abord entre le droit interne et le droit international privé. Ne pas distinguer clairement l'étape de rattachement du contrat à un ordre juridique, du contenu des dispositions matérielles régissant le contrat permet de confondre liberté de choix d'une loi et liberté de tout faire. L'autonomie de la volonté devient symbole d'anarchie ou de loi du plus fort qui doit être banni du droit international privé. Par ce fait s'insinue la deuxième confusion. Débattant dans cet esprit sur l'étendue du concept au sein de la matière des contrats privés internationaux, on en néglige le caractère fondamental de règle de rattachement. L'examen d'un principe premier aux systèmes de droit international privé, le principe de proximité, permet d'y inscrire comme facteur pertinent de concrétisation du lien étroit entre le rapport de vie transfrontière et un ordre juridique, le principe d'autonomie de la volonté. C'est également permettre aux acteurs du rapport de vie d'être les acteurs du rapport de droit, renforçant par là même la légitimité du droit applicable. Ainsi réajusté, le principe d'autonomie peut explorer sereinement les autres branches du droit international privé, non pas comme

solution universelle, inexistante, mais comme un moyen de rattacher plus souplement et avec la sécurité et la prévisibilité nécessaires, le fait ou l'homme, écartelé dans l'espace, à l'ordre juridique qui doit le régir.

Pour examiner la place en droit international privé de l'autonomie de la volonté dans les matières de statut personnel, il convient d'abord de préciser celles-ci. C'est l'objet de la deuxième partie.

## Deuxième partie

### LE CONCEPT DE STATUT PERSONNEL

129. L'approche du concept de statut personnel ne sera pas identique à celle du concept d'autonomie de la volonté. Certes, ici comme là, le juriste est marqué par l'ordre juridique à partir duquel il raisonne et le droit international privé emprunte au droit interne la plupart de ses institutions<sup>369</sup>. Le constat justifie l'examen du concept de statut personnel en droit interne (chapitre I) avant son examen en droit international privé (chapitre II). Toutefois la démarche change. Il s'agit de cerner une catégorie de rapports de vie ou de droit qui deviendra catégorie de rattachement en droit international privé et non plus seulement le facteur insérant ces rapports au sein d'un ordre juridique. C'est aussi aborder une notion plus concrète et objective que ne l'est l'autonomie de la volonté.

L'examen du concept dans les deux branches du droit sera diachronique et ne suivra plus un historique chronologique. Une étude chronologique manquerait d'intérêt: la pratique, particulièrement la jurisprudence, n'a pas réfléchi à l'usage du concept de statut personnel, à son évolution dans le temps, comme elle a pu le faire pour l'autonomie de la volonté. La raison en est simple: l'autonomie de la volonté est un outil qui permet de régler le conflit. Il est d'utilité immédiate pour le praticien. Le statut personnel n'est qu'un cadre de classification, la caisse de rangement. Si l'examen de son contenu se fera à partir de repères historiques et géographiques, c'est principalement l'état actuel des lieux qui sera dressé. Il n'est guère éloigné, tant en droit interne qu'en droit international privé, mais pour des motifs différents, d'un procès-verbal de carence.

---

<sup>369</sup> RIGAUX F., «La loi applicable aux effets du mariage après sa dissolution», Rapport provisoire, *Annuaire I.D.I.*, vol. 61-I, 1985, Session d'Helsinki, p. 395; JITTA J., p. 11: «Le juriconsulte... ne lit dans le livre du droit de l'humanité que par le moyen de lunettes teintées de ses couleurs nationales».

## Chapitre I. EN DROIT INTERNE

### Section 1. Notion

#### § 1. Absence de notion de statut personnel

130. Les termes «statut personnel» apparaissent fréquemment dans le droit interne des pays de droit musulman. Ils s'inscrivent dans le titre même des codifications marocaines<sup>370</sup> et tunisiennes<sup>371</sup>. Les codes ne comportent toutefois pas de définition de ces termes. L'inventaire permet de constater qu'ils règlent les relations de famille au sens large, en ce compris les successions<sup>372</sup>. La codification algérienne postérieure, portant sur les mêmes matières, a préféré le titre «Code de la famille»<sup>373</sup>.

Dans le système de droit civil, à s'en tenir aux mots, le procès-verbal de carence est immédiat lorsque la notion de statut personnel est recherchée en droit privé interne: celle-ci n'est pas, ou quasi pas, utilisée. La mention ne figure ni dans les tables des matières, ni dans les tables alphabétiques des ouvrages de droit civil, si ce n'est pour renvoyer à l'analyse de dispositions touchant au droit international privé, comme l'article 3, alinéa 3 des Codes civils français et belge qui, en réalité, parle de «l'état et la capacité» des nationaux. Par ce biais, les notions de droit interne sont révélées. Le mot «état» dérive du mot latin *status*<sup>374</sup>. L'état ou le statut d'une personne doit permettre de la situer, de la qualifier, soit en tant que telle comparativement à autrui (état

<sup>370</sup> Code de statut personnel et des successions au Maroc (C.S.P.M.) (*Muddawanna*), Dahirs des 22 novembre (Livres I et II) et 18 décembre 1957 (Livre III) (*B.O.*, 1958, pp. 806 et 1160; Dahirs des 25 janvier (Livre IV) et 20 février 1958 (Livre V) (*B.O.*, 28 décembre 1958 et 1959, p. 324).

<sup>371</sup> Code de statut personnel tunisien (C.S.P.T.) (*Magalla*), Décret du 13 août 1956, *J.O.R.T.* du 28 décembre 1956.

<sup>372</sup> Le C.S.P.M. ajoute toutefois dans son titre «et des successions» ce qui pourrait laisser entendre que les successions ne font pas partie du statut personnel, *quod non*.

<sup>373</sup> Loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant Code de la famille (C.F.A.), *J.O.R.A.*, 9 et 12 juin 1984, p. 612.

L'ensemble de ces textes est réuni in *Documentation sur le statut juridique des musulmans en Belgique*, U.C.L., Louvain-la-Neuve, 1990, Documentation pour le Colloque des 3 et 4 mai 1990 «Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?».

<sup>374</sup> *Petit Robert*; CORNU G., «Vocabulaire juridique», p. 321.

physique individuel: capacité), soit dans sa relation à autrui (état dans la cité ou dans la famille). De Page en déduit cette définition:

«L'état d'une personne est l'ensemble des qualités qui déterminent sa situation dans la cité, dans la famille ou comme individu»<sup>375</sup>.

131. L'évolution historique de cette qualification de la personne paraît aller de la famille à l'individu en passant par la cité. Il semble que, chronologiquement, la cellule familiale large ait été, à Rome par exemple, à la base du statut juridique avant que le politique, la cité, ne puisse s'en détacher<sup>376</sup> et bien avant que les révolutions libérales ne mettent l'accent sur l'individu et les «droits de l'homme». Actuellement, la relation familiale demeure le noyau du statut juridique de la personne en droit privé pour deux ordres de motifs. Le premier est qualitatif: le rapport à la cité, de même que les droits privés de l'individu envisagés sous l'angle des droits de l'homme, demeurent traditionnellement rattachés au droit public. Il n'est pas certain que cette division soit pertinente. Sa frontière est en tout cas fluctuante et est peut-être, en droit international privé, au centre même tant de l'évolution de la notion de statut personnel que du droit qui y est appliqué (*infra*, n° 210, 224, 307, 329). Le deuxième est quantitatif: en dehors du droit familial, le statut personnel n'inclut, en droit privé, que la capacité. Généralement, celle-ci ne pose problème que lorsque la personne entre en relation avec autrui. La capacité est alors souvent déterminée au sein même de cette relation qu'elle soit familiale (capacité au mariage) ou autre (contractuelle). Même si des aspects de la vie privée individuelle y sont ajoutés, les cas sont peu nombreux au regard de l'importance du contentieux familial.

<sup>375</sup> DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1933, p. 235; comp. mise à jour, t. II, vol. I, 1990, p. 10, n° 3, limitant l'état d'une personne à sa situation «dans la famille ou dans la cité» et p. 84, n° 73, l'étendant à sa situation «comme individu ou sur le plan social». Dans le même sens: WEISS A., t. III, p. 156: «L'état d'une personne, c'est la place qu'elle occupe dans la société, dans la famille; c'est l'ensemble des qualités juridiques dont elle est revêtue et qui constituent sa personnalité civile, c'est son âge, son sexe, sa qualité de présent ou d'absent, d'époux ou de célibataire, de père ou de tuteur, d'enfant ou de pupille, d'enfant légitime ou naturel; c'est aussi le nom ou le titre qui sert à la désigner dans ses rapports sociaux».

Les définitions qui tentent de qualifier la personne par les droits dont elle fait l'objet sont plus restrictives: VON OVERBECK A.E., «Persons», p. 1, qui relève le droit à l'existence, la capacité de jouissance et d'exercice des droits et le nom.

<sup>376</sup> PIERI G., «Statut des personnes et organisations politiques aux origines de Rome», *Rev. trim. de dr. fr. et étranger*, 1981, pp. 581-592.

Pour ces deux ordres de motifs, il est opportun de marquer un temps d'arrêt sur les relations familiales en droit interne dont l'évolution ne peut être sans incidence sur les mêmes relations liées par delà les frontières.

## § 2. Relations familiales

132. La famille peut être définie comme «l'union plus ou moins durable et socialement approuvée d'un homme, d'une femme et de leurs enfants»<sup>377</sup>. Pour évidente qu'elle paraisse, une telle définition est relativisée, dans l'espace, par les connaissances ethnologiques et, dans le temps, par les connaissances sociologiques. Les connaissances ethnologiques ont permis de trouver dans certaines sociétés le contre-pied des critères de définition usuelle de la famille: une union conjugale entre époux de même sexe (femmes chez les Nuer du Soudan, chez les Yoruba du Nigéria); le mariage entre un vivant et un mort substitué (chez les Nuer) ou non<sup>378</sup>; un géniteur autre que le père (les Tibétains, nos pères donateurs et mères porteuses, l'adoption)...<sup>379</sup>. Sans devoir rechercher des cas particuliers, il est certain que des différences importantes existent entre la famille nucléaire «occidentale» et d'autres modèles plus larges, «communautaire» ou «clanique» en Amérique du Sud, Afrique ou Asie<sup>380</sup>. Ce n'est pas sans effet que les migrations déplacent ces modèles.

<sup>377</sup> LEVI STRAUSS C., «The family», in SHAPIRO L. dir., *Man, Culture and Society*, Oxford Univ. Press, New-York, 1956; trad. fr. in *Le regard éloigné*, Plon, Paris, 1983, cité par HERITIER-AUGE Fr., «Les sociétés humaines et la famille», in *Encycl. Universalis*, 1990, C 9, V° «Famille», p. 254.

<sup>378</sup> Le mariage posthume dans le Code civil français: question de fond ou de forme?, pour un cas de droit international privé, voy. Cass. b., 2 avril 1981, aff. *Josi c. Dhont*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 499; *infra*, n° 322.

<sup>379</sup> Voy. HERITIER-AUGE Fr., *Encycl. Universalis*, V° «Famille».

<sup>380</sup> SICARD E., «Les communautés familiales», *Encycl. Universalis*, 1990, C. 9, V° «Famille», p. 266.

Au sein même du modèle familial qui nous est le plus proche, des évolutions rapides ont marqué le siècle<sup>381</sup>. La famille nucléaire semble, à l'image des éléments physiques auxquels elle emprunte ses qualificatifs, s'être atomisée. D'une cellule trouvant sa raison d'être en amont, elle penche vers une union trouvant sa justification en aval. De moyen d'assurer à la cité, à l'Etat ou à l'Eglise, la perpétuation de ses membres, la transmission de l'idéologie et des biens<sup>382</sup>, elle paraît devenue le moyen d'assurer à chacun de ses éléments, homme, femme et enfants, le bonheur et l'éducation dans le respect de son individualité et de son besoin de sociabilité. Relativisant ses fondements, la famille relativise sa stabilité spatio-temporelle. Ni l'exclusivité sexuelle, ni la permanence de l'union ne demeurent des absolus<sup>383</sup>. En contrepoint des formes certaines de solidarité familiale, parfois nouvelles, existent.

133. Loin de pouvoir, et de devoir, prendre en compte la «diversité des modèles familiaux»<sup>384</sup>, le droit en a pour partie pris acte. Sans encore permettre une famille «à la carte»<sup>385</sup> donnant «à chacun sa famille, à chacun son droit»<sup>386</sup>, le droit (législateur ou jurisprudence) a manifestement réduit la part impérative ou d'ordre public de ses interventions. Celles-ci visent essentiellement à permettre l'épanouissement de chacun de ses membres: égalité des sexes et des enfants, moyens alimentaires

381 Sur une typologie en tryptique de l'évolution de la famille (traditionnelle, moderne et post-nucléaire), voy. MEULDERS-KLEIN M.-Th., «La personne, la famille et la loi au sortir du XXe siècle», *J.T.*, 1982, pp. 137-144. Le dernier type évacuant «les conditions et effets traditionnels du mariage au profit d'une plus grande autonomie des volontés et d'une plus grande indépendance réciproque des conjoints» (p. 140); RIGAUX F., «Les notions de famille et de mariage en droit civil contemporain», *J.T.*, 1972, p. 669.

382 Pour l'Eglise, voy. GOODY J.

383 «The voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others», définition du mariage donnée par Lord PENZANCE dans ce qui deviendra un leading case en matière de divorce en Angleterre, bien que prononcé sur défaut: *Hyde v. Hyde* (1866) *L.R. 1 P&M.* 130, voy. MORRIS J.H.C., p. 123; PÅLSSON L., «Marriage and Divorce», n° 10.

La validité d'un mariage y est refusée au regard du droit anglais parce qu'ayant été contracté selon le rite Mormond et étant, de ce fait, potentiellement polygamique.

384 LABRUSSE-RIOU C., in «Le droit familial», *Encycl. Universalis*, 1990, C. 9, V° «Famille», p. 262.

385 MOULAY RCHID A., «Le droit de la famille entre la politique de l'Etat et le changement social», p. 254 et «Moudawwana à la carte», in *Vrouwen in beweging*, Utrecht, Centrum Buitenlanders «Midden Nederland», 1989, pp. 19-22.

386 CARBONNIER J., *Essai sur les lois*, Defrenois, 1979, Ch. X, 1ère partie, p. 167.

suffisants, respect de l'intégrité physique <sup>387</sup>. Plus que pour protéger la société (adultère dépenalisé), c'est pour protéger les membres de la cellule familiale (viol entre époux, protection de la jeunesse) que le pouvoir judiciaire interviendra. Le plus souvent il répondra à la demande. Hors les cas de protection précités, le pouvoir judiciaire limite doublement son rôle: il entérine en cas d'accord (consentement mutuel); il n'intervient pas dans les familles «hors la loi» (ménage de fait) pour condamner mais bien, de plus en plus, pour pacifier. Ce rôle arbitral n'a certes diminué ni la quantité ni la qualité des interventions du juge <sup>388</sup>. Si l'individu a ainsi su reconquérir la gestion d'une part importante de sa vie privée contre l'Etat, tout se passe comme si, incapable de gérer cette liberté, il devait sans cesse faire appel au pouvoir décisionnel d'un tiers n'étant autre que ce même Etat qui intervient par l'intermédiaire du pouvoir judiciaire. Ce même Etat ne néglige pas l'incidence des politiques familiales sur l'économie. La famille est alors parfois gérée par d'autres branches du droit: travail, social, fiscal.

La «privatisation» de la famille est loin d'être totale. On assiste davantage à un déplacement des lieux d'intervention de l'Etat, à un redécoupage des espaces privés et publics qu'à un déséquilibre de l'individuel et du relationnel <sup>389</sup>.

---

<sup>387</sup> Pour une réflexion sur ces questions: LABRUSSE-RIOU C., *Encycl. Universalis*, 1990, C 9, p. 262 et «Les personnes», p. 209; CORNU G., «Droit civil», t. II, La Famille, p. 13; VAN HOUTTE J., *Dictionnaire Arnaud*, V° Famille, pp. 154 ss.; RHEINSTEIN M., GLENDON M.A., in «Interspousal relations», relèvent comme éléments du changement social les évolutions:

1. d'une hiérarchie vers le partenariat,
2. d'une unité familiale vers une autonomie des époux dans une unité,
3. d'émancipation de la femme,
4. de travail des femmes produisant deux salaires,
5. d'indissolubilité vers un accomplissement personnel de chaque individu dans le mariage auquel, à défaut, il sera mis fin,
6. de maintien de solidarité après divorce.

<sup>388</sup> Voy. dans le même sens d'un point de vue législatif, BATIFFOL H., «L'avenir du droit international privé», *Annuaire I.D.I.*, Genève, 1973 et Choix d'articles, pp. 315 à 335, p. 327.

<sup>389</sup> ROCHAT Ch., p. 304; CORNU G., «Droit civil», t. 2, La famille, p. 14.

## Section 2. Le droit matériel

### § 1. Généralités

134. Issues de ces constats, deux modifications majeures des droits matériels internes vont influencer directement le droit international privé: la place faite à la volonté individuelle et le principe d'égalité. Ce dernier est le plus souvent cité comme fondamental dans l'évolution du statut personnel en droit international privé<sup>390</sup>. Ce principe d'égalité se dédouble. Il vise non seulement les deux membres du couple mais aussi les enfants issus de couples mariés ou non<sup>391</sup>. La place faite à la volonté individuelle n'est pas moins importante. Elle aussi se dédouble: d'une part, une série de questions ne font plus, ou font moins, l'objet de normes pénales (adultère, avortement); d'autre part, au civil, la volonté privée s'élargit quant à ses acteurs (femmes par égalité des sexes, jeunes par abaissement de l'âge de la majorité), et quant à ses objets (modes de dissolution du lien conjugal par accord ou constat de faillite). Il en résulte des tempéraments tant à la permanence du statut personnel individuel qu'à l'unité du statut personnel relationnel<sup>392</sup>.

135. Sans devoir mener une étude de droit comparé, quelques exemples peuvent être choisis. Ils seront analysés essentiellement au regard des législations des pays du Maghreb (Maroc, Algérie, Tunisie) pour deux motifs. En droit, rattachées à un autre système, ces législations diffèrent fondamentalement des législations occidentales mieux connues. En fait, rencontrées à deux reprises par l'Europe suite à la colonisation d'abord, à une «importation» de main-d'œuvre ensuite, ces législations revêtent une importance certaine pour les réflexions contemporaines de

---

<sup>390</sup> Von BAR Ch., n° 4; WENGLER W., «Principes généraux», p. 607, citant également BEITZKE; VOSKUIL C.C.A., «Emancipation of Dutch conflicts of law in family matters», *RechtsZ.*, 1979, p. 346. En 1929, GUTSWILLER pouvait encore affirmer, citant notamment l'abolition du *pater familias* dans le Code de la famille de la Russie soviétique: «le droit international privé est absolument étranger à ces considérations», p. 376.

<sup>391</sup> GLENN H.P., «Le droit international privé du divorce et de la filiation adoptive: un renversement de la méthodologie conflictuelle», *Rev. gén. de droit* (Canada), 1988, pp. 359-372; FOYER J., «La réforme du droit de la filiation et le droit international privé», pp. 107-142; «Problèmes de conflits de lois en matière de filiation», pp. 20 ss.

<sup>392</sup> Von BAR Ch., n° 8, note 34.

droit international privé en matière de statut personnel, telles qu'elles seront abordées dans la troisième partie.

Quatre domaines du statut personnel sont distingués. Le premier est propre à l'individu (capacité), les trois autres forment le noyau central de la relation familiale (mariage, divorce, filiation).

## § 2. Capacité

136. La capacité juridique d'exercer des droits est généralement fixée par un âge marquant le passage de la minorité à la majorité. Quelques exceptions à cette règle résultent de spécificités propres à certaines matières (notamment de statut personnel: mariage, divorce, adoption...) ou à la psychologie de certaines personnes. Les législations ont manifesté une tendance à l'abaissement de cet âge, d'abord pour quelques matières, ensuite de façon générale. Récemment, le législateur belge a abaissé l'âge de la majorité de 21 à 18 ans<sup>393</sup>. C'est une forme d'élargissement de la volonté privée qui pourra, plus tôt, produire des effets de droit. Elle est assez malaisée à cerner sociologiquement. Si elle répond, en effet, à une volonté accrue d'indépendance de la jeunesse, elle ne s'accompagne guère d'une entrée plus prompte dans la vie privée (mariages différés) ou sociale (études prolongées)<sup>394</sup>. Sans atteindre l'uniformisation des droits matériels<sup>395</sup>, ces modifications ont plus ou moins pour effet de réduire les écarts entre les âges de majorité dans les différents pays.

<sup>393</sup> Loi belge du 19 janvier 1990, *Mon. b.*, 1990, p. 1239. Ce qui ne va pas sans poser des problèmes d'application dans le temps, qui se cumuleront, en droit international privé, aux problèmes d'application dans l'espace. HIRSCH J.L., «La loi du 19 janvier 1990 abaissant à dix-huit ans l'âge de la majorité», *J.T.*, 1990, p. 281 et C.R. Colloque du Jeune Barreau de Nivelles in *J.T.*, 1990, p. 447; TULKENS F. et MOREAU Th., «La majorité civile à dix-huit ans et le droit de la protection de la jeunesse», *J.T.*, 1991, p. 53; RIGAUX F., «Du temps des mineurs au temps des majeurs», *R.T.D.F.*, 1990, pp. 104-105.

<sup>394</sup> Sur une jeunesse qui est, se sentirait ou se voudrait moins vite «adulte» qu'antérieurement, voy. par exemple aux U.S.A.: «A step at a time», *Time*, 16 juillet 1990, p. 36.

<sup>395</sup> L'âge de la majorité est fixé à 21 ans au Maroc, 18 ans en Algérie et 19 ans en Tunisie. Pour une liste: Circulaire du 25 mai 1982 concernant l'âge de la majorité civile dans différents Etats, *Mon. b.*, 16 juin 1982, *R.D.E.*, 1982, p. 86.

### § 3. Mariage

137. Le principe d'égalité des sexes a largement conquis les sociétés occidentales dans les textes sinon dans les faits <sup>396</sup>. Si des textes nationaux ont été modifiés, ce fut souvent, pour l'Europe, sous l'influence de textes ou de jurisprudence supranationales <sup>397</sup>. Dans le mariage, l'effet essentiel de l'égalité est la suppression de la prépondérance du mari à la direction de la cellule familiale pour faire place à une «joint enterprise of two equal partners» <sup>398</sup>. «Le nouveau droit veut faire des époux des partenaires libres de décider eux-mêmes des tâches assumées par chacun» <sup>399</sup>.

Ainsi, «la résidence conjugale est fixée de commun accord entre les époux. A défaut d'accord entre eux, le juge de paix statue dans l'intérêt de la famille» <sup>400</sup>. Équilibrée, la volonté des membres du couple dispose d'une place plus grande avant l'intervention du judiciaire. Il reste que des dispositions contraignantes sont maintenues. Les différences entre Etats sont importantes. Aux extrêmes, on peut mesurer la distance, fut-elle sur des plans différents, entre le législateur belge prévoyant que «les époux ont le devoir d'habiter ensemble» et le législateur du Maryland ayant envisagé un projet de loi donnant au couple le choix entre un

<sup>396</sup> Peu de penseurs, si éclairés fussent-ils, en ont saisi l'évidence avant que la lutte des femmes ne l'impose. Kant écrit que «cette loi (selon laquelle le mari est maître de la femme) ne saurait être considérée comme contredisant l'égalité du couple, dès lors que cette domination a pour unique but de faire valoir dans la réalisation de l'intérêt commun de la famille, la naturelle supériorité de l'homme sur la femme et le droit à commander qui y trouve son fondement...», in *Métaphysique des mœurs*, Première partie: Doctrine du droit; trad. PHILONENKO A., Paris, J. Vrin, 1971, p. 158, § 26. Le philosophe tombe ici «dans des ornières de son temps», Introduction par PHILONENKO A., p. 29; SAVIGNY F.C., § 379, p. 320, fixe le siège du mariage au domicile du mari qui «d'après le droit de tous les peuples et de tous les temps, est reconnu comme le chef de la famille».

<sup>397</sup> Des Communautés ou du Conseil de l'Europe dont la «Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», art. 14, principe de non-discrimination, et art. 5 du Protocole n° 7: «Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les Etats de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants».

Voy. VERWILGHEN M., *L'égalité juridique entre femmes et hommes dans la Communauté européenne*, VII, Louvain-la-Neuve, 1986, vol. 1 et 2, 1987, vol. 3. En dehors des relations familiales: RIGAUX F., «Le respect de l'égalité de traitement entre hommes et femmes d'après la jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes», *Mélanges Vander Elst*, pp. 655-674.

<sup>398</sup> RHEINSTEIN et GLENDON, p. 2.

<sup>399</sup> ROCHAT Ch., p. 246.

<sup>400</sup> Code civil belge, art. 214, al. 1.

mariage traditionnel et un contrat de trois années, renouvelable par l'une ou l'autre des parties à son expiration <sup>401</sup>.

Le principe d'égalité lui-même a mis longtemps à s'affirmer dans de nombreux Etats <sup>402</sup>. Il est loin d'être universel. Le droit musulman, attaché, surtout dans ce domaine, aux prescrits religieux du Coran, dont l'interprétation progressive est malaisée, maintient l'inégalité entre l'homme et la femme <sup>403</sup>.

138. L'inégalité est inscrite dans l'une des rares définitions du mariage donnée par un Code, à l'article 1 de la *Muddawanna*, Code de statut personnel marocain:

«Le mariage est un contrat légal par lequel un homme et une femme s'unissent en vue d'une vie conjugale commune et durable.

Il a pour but la vie dans la fidélité, la pureté et le désir de procréation par la fondation, sur des bases stables et sous la direction du mari, d'un foyer permettant aux co-contractants de faire face à

<sup>401</sup> Art. 213 du Code civil belge, et DYER A., «Rapport sur les conflits de lois en matière de mariage et sur la reconnaissance à l'étranger de décisions relatives à l'existence ou à la validité des mariages», Conférence de La Haye, *Actes et Documents*, 13<sup>ème</sup> Session (1976), t. III, p. 42, note 114. La proposition aurait soulevé un tumulte: DZODIN, «A Marriage Proposal», 25 *Harvard Law School Bulletin*, fév. 1974, cité in *idem*; c'est probablement ce cas que JESSURUN D'OLIVEIRA vise in *De sluiiping van partijwil*, 1974, p. 18, note 46. Ce type de mariage temporaire existe également dans le droit musulman. A l'origine, il visait à légaliser une union, et partant la filiation, survenue pendant un voyage. Quoique plus souvent assimilée au concubinage, la notion est encore connue de nos jours sous le terme «*Zawmadani*», voy. Débat entre femmes libanaises de différentes communautés organisé par la Ligue Arabe à Paris en octobre 1987, in «Liban», *Les Cahiers du GRIF*, Paris, printemps 1990, n° 43/44, p. 33 et note 2.

<sup>402</sup> La Belgique attendra 1958 et surtout 1976 pour introduire une égalité quasi totale (comme exception, voy. l'art. 170, 3° du Code civil qui ne donne compétence aux consuls belges à l'étranger que pour le mariage de citoyens belges avec une étrangère, non l'inverse); *adde* l'art. 60 de la Constitution, *infra*, note 412.

<sup>403</sup> *Coran*, Sourate IV, Verset 34: «Des femmes»

«Les hommes ont autorité sur les femmes, en vertu de la préférence que Dieu leur a accordée sur elles, et à cause des dépenses qu'ils font pour assurer leur entretien». Traduc. MASSON D., Paris, Gallimard, 1967, Coll. La Pléiade, p. 98. La traduction du mot «*qawwâmoûn*» par «autorité» est contestée par MOULAY RCHID A., pp. 297-298, qui propose: «Les hommes ont la charge des femmes (et ce) en fonction des dons dont Allah a préféré les uns sur les autres (hommes) et en vertu des dépenses qu'ils font sur leurs biens (en faveur des femmes)».

On rapprochera ces versets des textes aussi clairs dans la *Bible*, Epître de St Paul, I Cor. XI, 3 et Ephés. V 22-24: «Que les femmes soient soumises à leurs maris, comme au Seigneur, car le mari est le chef de la femme, comme le Christ est le chef de l'Eglise, son corps, dont il est le Sauveur. Or, de même que l'Eglise est soumise au Christ, les femmes doivent être soumises à leurs maris en toutes choses».

leurs obligations réciproques dans la sécurité, la paix, l'affection et le respect mutuel» 404.

L'existence même d'une définition légale du mariage permet de placer les relations familiales sur la ligne tirée entre le privé (individu) et le public (Etat) en un autre point que dans les sociétés occidentales. C'est bien l'Etat qui définit le contenu de la relation personnelle consacrée par le mariage. La polygamie ne ressort nullement en tant que telle de cette définition. C'est l'article 29, 2° qui, conformément au Coran, permet à l'homme d'avoir un «nombre d'épouses... autorisé par la loi» (quatre). L'inégalité se poursuit dans l'impossibilité pour la musulmane d'épouser un non-musulman (article 29, 4°).

Certes, la doctrine traditionnelle justifiera ces inégalités par des principes (supériorité, unicité, plus grand nombre de femmes) et des «mécanismes compensatoires» résultant de l'ensemble du système (obligations alimentaires à charge du mari, dot, principe d'équité entre épouses). Voici un exemple des tentatives de la doctrine traditionnelle pour justifier le maintien de l'inégalité en réponse aux questions posées, surtout par les femmes. Au Maroc, chaque année, durant le mois de Ramadan, des conférences religieuses sont quotidiennement prononcées par des Oulémas en présence de Sa Majesté le Roi. Retransmises en direct par les médias audiovisuels, ces conférences ont un impact important sur la population. Elles donnent le «pouls» de l'interprétation officiellement accréditée des textes sacrés. En 1988, une conférence fut prononcée sur le thème de «l'égalité de l'homme et de la femme dans le Coran» 405. Après une étude exégétique de versets du Coran prônant l'égalité avec «prééminence des hommes» 406, l'orateur rencontre sept questions:

1. Pourquoi la femme ne jouit-elle pas de la tutelle matrimoniale?  
Elle le peut par droit d'option, affranchissement ou testament, mais pas par elle-même «pour que ni son instinct

404 Pour une traduction différente de la traduction officielle, BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb*, Mouton, La Haye, 1977, p. 197, parlant de «pacte légal» et de «guidance du mari».

405 SALEM OULD ADUD M.: «L'égalité de l'homme et de la femme dans le Coran», in *Conférences Religieuses du mois de Ramadan, en présence de S.M. le Roi Hassan II*, Royaume du Maroc, Ministère des Habous et des Affaires Islamiques, 1988, pp. 177 à 200.

406 *Idem*, p. 187, sous IV, 34 «Des femmes», traduc. comme MASSON, *supra*, note 403.

ni un débordement d'affection ne la mettent dans une situation inconvenable» 407.

2. Pourquoi n'a-t-elle pas seule la responsabilité du divorce, ou au moins le droit d'y participer?  
Parce que «le divorce est un instrument de destruction qui ne doit surtout pas être mis à la disposition d'une personne trop sentimentale et trop impétueuse... La femme reçoit en compensation le fait que la plupart des causes de répudiation sont en sa faveur...» 408.
3. Pourquoi est-elle obligée de se voiler plus que l'homme?  
Parce que «le physique de la femme est naturellement plus prédisposé à la séduction que celui de l'homme» 409.
4. Pourquoi ne peut-elle voyager qu'accompagnée de son mari ou de quelqu'un d'«illicite» pour elle?  
Parce que «la femme ne peut se défendre elle-même contre celui qui veut porter atteinte à son honneur et non pour porter atteinte à sa liberté» 410.
5. Pourquoi ne combat-elle pas?  
Parce que «la participation de la femme au combat l'expose au dévoilement si elle est tuée, et au viol si elle est capturée» 411.
6. Pourquoi ne lui confie-t-on pas les hautes fonctions de l'Etat?  
«La femme musulmane peut assumer la plupart des fonctions... Quant au pouvoir suprême, il exige des qualités physiques et morales que ne possède pas la majorité des femmes, sans compter les périodes menstruelles, de la grossesse et de l'allaitement, ainsi que toutes les autres

---

407 *Idem*, p. 194.

408 *Idem*, p. 194.

409 BURLLOT J. rappelle que S.M. Mohammed V s'est prononcé en faveur de la suppression du port du voile, in *La civilisation islamique*, Paris, Hachette, 1982, p. 249.

410 SALEM OULD ADUD M., *ibid.*, p. 195. Est «illicite» pour la femme une personne avec qui elle ne pourrait contracter mariage.

411 *Idem*, p. 195.

obligations d'ordre privé qui ne peuvent que distraire les femmes d'éventuels devoirs publics»<sup>412</sup>.

7. Pourquoi l'homme a-t-il le droit, dans l'héritage, à une part double de celle de la femme?  
Parce que «la femme a plus de chances d'hériter dans l'Islam que l'homme»<sup>413</sup>.

Le conférencier conclut en déclarant «totalement dénuées de fondement toutes les allégations selon lesquelles la femme serait traitée injustement au sein de l'Islam. La vérité est là, qui s'appuie sur des faits concrets, et le mensonge et la diffamation ne peuvent que s'effacer devant elle»<sup>414</sup>.

Sans se prononcer sur la notion de justice sous la mise en exergue d'un principe d'égalité tempérée, c'est bien le principe d'inégalité des sexes qui demeure premier.

Il n'est toutefois pas sans atteinte. Certains législateurs y ont porté des tempéraments.

Le Code de statut personnel marocain reste attaché au fiqh, droit musulman classique. Les projets de modifications qui au demeurant n'établissent pas l'égalité complète entre l'homme et

---

<sup>412</sup> *Idem*, p. 196; L'ancien article 60 de la Constitution belge se lisait: «Les pouvoirs constitutionnels du Roi sont héréditaires dans la descendance directe, naturelle et légitime... de mâle en mâle,... à l'exclusion perpétuelle des femmes et de leur descendance». L'article a été modifié en faveur de la primogéniture le 21 juin 1991 (*Mon. b.*, 10 juillet 1991, p. 15436).

<sup>413</sup> SALEM OULD ADUD M., *ibid.*, p. 197.

<sup>414</sup> *Adde*: Salâh al-Din al-MUNADJID, *Le concept de justice sociale en Islam*, Paris, Publisud, 1982, p. 45: «La femme est l'égale de l'homme»; Abdul Ala MAUTUDI, *Comprendre l'Islam*, Holy Koran, Beirut, 1980, p. 153: «Aucune institution ne peut fonctionner harmonieusement s'il n'y a pas un chef à sa tête... Le chef de famille a été en outre chargé de certaines responsabilités», signalant également que «des penseurs occidentaux commencent à envisager le retour des femmes à leurs foyers». *Adde* les références in MOULAY RCHID A., «La condition de la femme», p. 295. BENCHEIKH EL HOCINE A., «Les droits de l'homme en Islam», in *Commission nationale consultative des droits de l'homme*, pp. 129-135.

la femme, sont, à l'heure actuelle, relégués dans les tiroirs du silence <sup>415</sup>.

139. En Algérie, le Code de la famille <sup>416</sup> fut l'objet de vives discussions entre «modernistes» et «traditionnalistes». Loin d'être un «dosage savant entre la coutume ancienne et les aspirations au modernisme» <sup>417</sup>, le Code maintient dans l'ensemble les préceptes du Coran quant au principe d'inégalité. Toutefois les mécanismes compensatoires sont développés. Ainsi la polygamie doit, comme dans le Coran, maintenir l'équité entre les épouses, mais en outre être justifiée et précédée d'une information à la précédente et à la future épouse (art. 8). Le «juste motif» a été précisé par le Ministre de la Justice comme étant la stérilité ou une maladie incurable de la femme <sup>418</sup>. Plus important symboliquement, la prédominance du mari n'est pas inscrite dans la définition du mariage donnée à l'article 4:

«Le mariage est un contrat passé entre un homme et une femme dans les formes légales. Il a entre autres buts de fonder une famille basée sur l'affection, la mensuétude et l'entraide, de protéger moralement les deux conjoints et de préserver les liens de famille».

L'inégalité se retrouve dans les obligations de l'épouse, tenue d'«obéir à son mari et de lui accorder des égards en sa qualité de chef de famille» (art. 39, 1°). Par ailleurs, l'article 31 maintient que «la musulmane ne peut épouser un non-musulman» <sup>419</sup>.

<sup>415</sup> Sur ces projets, voy. MOULAY RCHID A., «Le projet de Code de statut personnel», in *Le Parlement et la pratique législative au Maroc*, Toubkal, Casablanca, 1985, p. 145. Le projet de Code de statut personnel unifié par le Conseil des Ministres Arabes de la Justice (Ligue des Etats Arabes), *Revue du Conseil*, n° 2, ne paraît pas de nature à supprimer les inégalités. Pour un examen critique, voy. ABU-SAHLIEH A., *La pensée juridique arabe. Facteurs évolutifs et principes devant lui servir de base*, Polycop. d'intervention au Colloque sur l'évolution de la pensée juridique arabe, Rabat, 21-23 novembre 1988, sous l'égide du Conseil des Ministres Arabes de la Justice, 13 p.

<sup>416</sup> Loi n° 84-11 du 9 juin 1984 (*J.O.R.A.*, 9 et 12 juin 1984, p. 612).

<sup>417</sup> de la GUERIVIERE J., *Le Monde*, 1 juin 1984; *contra*: PRUVOST L., «Algérie: Code de la famille et mariage mixte», et VAN MENDEL A., p. 177, qui parle de «terminologisch compromis».

<sup>418</sup> PRUVOST L., *Le contrat de mariage*, Univ. d'Oran, 1988, Coll. Etudes et Documents, Série Droit, n° 13, p. 47.

<sup>419</sup> Cet empêchement religieux peut s'étendre à un musulman qui a apostasié sa religion en acquérant une nationalité d'un Etat laïc, même s'il est toujours Algérien, selon l'opinion émise dans une *fatwâ* par Cheik HAMANI, ancien président du Conseil supérieur islamique en Algérie et reprise par Cheik Abd el Hamid (Ben Badis), publiée en arabe dans *Al-Sha'b*, quotidien algérien, du 18 décembre 1989, trad. fr. in *Revue de Presse Maghreb-Moyen Orient, Alger*, janvier 1990, n° 340, V° Islam.

140. Au Maghreb, seul le législateur tunisien a nettement, mais non totalement, établi l'égalité entre époux<sup>420</sup>. La *Magalla* ne comporte pas de définition du mariage. Le fait est significatif. «La polygamie est interdite» (art. 18, al. 1). Toutefois, «la femme doit respecter les prérogatives du mari en tant que chef de famille et, dans cette mesure, lui doit obéissance» (art. 23, al. 3). Le Code tunisien ne comporte pas d'interdiction formelle du mariage d'une musulmane avec un non-musulman. La Cour de cassation, statuant en matière successorale, a toutefois considéré que «le mariage de la musulmane avec un non-musulman constitue indiscutablement l'un des péchés majeurs... la loi musulmane, incontestablement, estime que ce mariage est radicalement nul, bien que néanmoins, elle n'y voit pas une apostasie, hormis le cas où la preuve est faite que l'épouse a embrassé la religion de son mari non-musulman»<sup>421</sup>. Cet empêchement religieux a fait l'objet d'un débat à l'Assemblée Nationale Tunisienne lors de l'adhésion en 1968 à la Convention de New-York du 10 décembre 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages. Toutefois, une circulaire du Ministère de la Justice du 5 novembre 1973 a donné des instructions tendant à empêcher les mariages d'une musulmane avec un non-musulman en se fondant sur des interdits généraux du Fiqh<sup>422</sup>.

<sup>420</sup> La *Magalla*, Code de statut personnel tunisien, du 13 août 1956 (*J.O.R.T.*, 28 décembre 1956)

<sup>421</sup> Cass. Tun., 31 janvier 1966, *R.T.D.*, 1968, p. 114, note, de LARANGE E.

<sup>422</sup> Texte in CHAMARI A.C., *La femme et la loi en Tunisie*, Casablanca, UNU-Le Fennec, 1991, p. 171, et MEZIOU K., *Les relations en droit international privé de la famille entre les systèmes tunisiens et français. Le cas du divorce des couples mixtes*, p. 429; «Féminisme et Islam dans la réforme du Code de statut personnel du 18 février 1981», *R.T.D.*, 1984, p. 254; «Tunisie. Introduction générale. La famille», Paris, *Juriclasser de droit comparé*; PRUVOST L., «Le contrat de mariage», p. 55; BOURAOUI S., «La constante inégalité entre les textes ou de l'antinomie entre droit interne et conventions internationales. Quelques réflexions sur la loi», *R.T.D.*, 1983, p. 425; RUDE-ANTONE E., pp. 52 et 111.

L'article 2 du Code de la famille yéménite du Sud n° 23 du 11 janvier 1975 était plus radical en sa réforme: «Le mariage est un contrat entre un homme et une femme qui sont égaux en droits et obligations, ayant pour but la compréhension et le respect mutuel en vue de créer un foyer uni où règne la paix et qui constitue la pièce angulaire de la société» (cité in MOULAY RCHID A., «Condition de la femme», p. 314, note 73).

141. La «jeune doctrine» musulmane tente, par une interprétation progressive du Coran de réouvrir les «portes de l'effort» de réflexion et d'innovation (méthode de l'*Ijtihad*)<sup>423</sup>. Au Maroc, Abderrazak Moulay Rchid, dans un ouvrage consacré à la condition de la femme, en intitule une section: «Pour une relation conjugale égalitaire», poursuivant «Abolir la prééminence maritale au sein du couple - Le prétendu obstacle des textes»<sup>424</sup>.

Au terme d'une interprétation exégétique<sup>425</sup>, l'auteur relève qu'on ne peut tirer argument du texte en faveur de la supériorité de l'homme et conclut à «l'évolution des mentalités»<sup>426</sup>: «Le Prophète n'a pas voulu brusquer radicalement l'éthique conjugale de ses contemporains. Il se borna à l'aménager et à l'humaniser»<sup>427</sup>. Toutefois, Moulay Rchid voit dans l'interdit de disparité de culte, qui empêche le mariage d'une musulmane avec un non-musulman, une limite insurmontable touchant aux valeurs fondamentales de l'Islam. Il ajoute, avec lucidité, «c'est là une position qui peut paraître paradoxale au sein de notre plaidoyer pour la liberté et qui peut ne pas convaincre»<sup>428</sup>.

Cette question du statut de la femme est abordée par le Prophète dans son sermon d'adieu sur le Mont Arafat, l'an 10 de l'Hégire, trois mois avant sa mort: «O Peuple! En vérité, vos femmes ont des droits sur vous. Assurez-leur le meilleur

<sup>423</sup> CHARFI M., «L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans», *R.C.A.D.I.*, 1988, pp. 321-454, p. 388 et DE WAEL H., *Le droit musulman*, Paris, CHEAM, 1989, p. 18; MOUSSA Y., *Islam and humanity's need of it*, Ministry of Waqfs, Supreme Council for Islamic Affairs, Le Caire, 1987, p. 225, «We would not be tied by static frozen rules, but it is our duty to walk side by side with progress and to correspond truly to the circumstances we live in as long as we do not deviate from the aim of legislation or violate the rules of religion».

<sup>424</sup> MOULAY RCHID A., «Condition de la femme», p. 294.

<sup>425</sup> *Idem*, pp. 295 à 302.

<sup>426</sup> *Idem*, p. 309.

<sup>427</sup> *Idem*, p. 300.

<sup>428</sup> *Idem*, p. 251. *Adde* du même auteur: «Législation et condition féminine au Maroc. Bilan des discriminations à l'égard des femmes qui constituent une violation des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme», in MERNISSI, F., *Les femmes dans le Maghreb horizon 2000. Condition actuelle, enjeux futurs et solutions alternatives*, Etude pour l'UNESCO, manuscrit de l'auteur, septembre 1989, 46 p.; *La femme et la loi au Maroc*, Casablanca, UNU-Le Fennec, 1991, 136 p.; «Modernité et politiques législatives en matière de statut personnel dans les pays arabo-africains à majorité musulmane», in *Familles musulmanes et modernité*, Publisud, Paris, 1986; «Changement juridique et changement social à travers la condition des femmes au Maroc», in AZZIMAN O. (Dir.), *Portraits de femmes*, Casablanca, Le Fennec, 1986, p. 15.

traitement, vous les avez comme en dépôt de la part de Dieu et vous vous êtes permis de les aborder par une parole de Dieu. Craignez donc Dieu en ce qui concerne les épouses, et je vous ordonne de bien les traiter»<sup>429</sup>. Ces termes traduisent la reconnaissance d'une inégalité. L'insistance du Prophète en faveur des femmes paraît toutefois montrer que, s'il n'a pu abolir l'inégalité existante, il souhaitait un progrès dans le sens de l'égalité.

En Algérie, le débat reste ouvert<sup>430</sup>. La montée des forces musulmanes traditionalistes ne paraît guère favoriser une tendance à l'égalité. En 1947, sous le titre *Féminisme en Islam*, Paul Decroux concluait une étude sur «La femme dans l'Islam moderne» en ces termes: «C'est peut-être le drame de demain du féminisme islamique, lancé très en pointe dans la masse qui ne suit pas encore, vers un modernisme occidental, et qui se heurtera un jour au vieil Islam, traditionnel ou réformé»<sup>431</sup>.

142. Plusieurs auteurs du Maghreb ont proposé un statut personnel «à la carte»<sup>432</sup>, ou même la possibilité pour les époux d'opter sous forme contractuelle entre un droit familial laïcisé ou religieux<sup>433</sup>. Cette idée permet de «sortir de l'impasse» entre les tenants d'un statut civil égalitaire et laïc et ceux qui revendiquent la totale application de la *Shari'a* (loi religieuse) et de «bannir l'hégémonisme législatif d'un camp sur l'autre»<sup>434</sup>.

En Europe, les musulmans tentent d'allier le prescrit coranique et les principes de la Déclaration universelle des droits de l'homme comme en témoigne la «Déclaration islamique universelle des droits de l'homme», rédigée à l'initiative du Conseil Islamique pour l'Europe et proclamée le 19 septembre

<sup>429</sup> BURLLOT J., p. 248 et TOUNANI M., *El Moudjahid*, Alger, 9 janvier 1982 dans le cadre du débat sur le Code de la famille.

<sup>430</sup> Notamment au regard des articles 28 et 31 de la Constitution de 1989 condamnant les discriminations. Voy. *Réflexions sur le nouveau Code de la famille algérienne*, Journées d'études organisées par l'Institut de Droit de l'Université d'Oran, 29-30 avril 1985; *Présence de femmes*, ouvrage collectif, Alger, O.P.U., 1984, 157 p.; DEKHLI F., *Le principe d'égalité dans le mariage au regard du droit algérien*, R.A.S.J.E.P., 1986, p. 713; SAADI N., *La femme et la loi en Algérie*, Casablanca, UNU-Le Fennec, 1991.

<sup>431</sup> *Gazette des Tribunaux du Maroc*, 1947, pp. 17-24.

<sup>432</sup> Au Maroc: MOULAY RCHID A., références *supra*, note 385.

<sup>433</sup> En Algérie, Maître ZAHOUANE H., «Pour un mariage démocratique», in *Algérie Actualités*, du 17 au 27 mai 1990, cité par SAADI N., p. 75.

<sup>434</sup> SAADI N., p. 74.

1981 à l'UNESCO <sup>435</sup>. L'article III (a) stipule que «Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à des possibilités égales et à une protection égale de la loi». Fouad Riad a proposé un Code de statut personnel spécifique pour les musulmans en Europe <sup>436</sup>.

143. Outre le principe d'égalité, la volonté est un élément moteur de l'évolution du droit matériel de la famille. Il alimente le débat sur la qualification contractuelle ou institutionnelle du mariage.

144. En droit musulman, le caractère contractuel du mariage est certain. Les définitions des Codes marocains (article 1) (*supra*, n° 138) et algériens (article 4) (*supra*, n° 139) le mentionnent clairement. Dans le droit musulman classique, le mariage est bien un «contrat à prestations réciproques» ou contrat synallagmatique <sup>437</sup>. Plus que par la dot, qui n'est pas le «prix d'achat», ce contrat synallagmatique se distingue, outre l'échange des consentements et les obligations réciproques, par la «faculté reconnue aux contractants d'y introduire un certain nombre de modalités qui, sans porter atteinte au but du mariage, permettent cependant d'aménager la situation selon la volonté des parties» <sup>438</sup>. Ces clauses (*shurût*) peuvent porter non

<sup>435</sup> Texte in *Documentation sur le statut juridique des musulmans en Belgique*, U.C.L., Louvain-la-Neuve, 1990, p. 49 et dans *Islam et droits de l'homme*, Paris, Librairie des libertés, 1984, p. 218. *Addé*: SI NACEUR A., «La Déclaration islamique universelle des droits de l'homme», in *Droits de l'homme, Droit des peuples*, Paris, PUF, 1982, et les contributions dans l'ouvrage *Islam et Droits de l'homme, op. cit.* Pour une interprétation moderne de l'Islam: AN-NA'IM A.A., «L'éthique des grandes religions et les droits de l'homme», *Rev. Int. de Théologie*, 1990, n° 228.

<sup>436</sup> RIAD F., «Pour un Code européen de droit musulman», in *Actes du colloque Musulmans en Belgique*, Louvain-la-Neuve, 1990, à paraître.

<sup>437</sup> PRUVOST L., «Le contrat de mariage», p. 5.; WALI F., *Islamic Law on Marriage*, Le Caire, University Press, 1990, p. 2, «Islamic marriage is purely contractual, it is a civil contract, though solemnized generally with recitation of verses from the Quran»; MOULAY RCHID A., «Statut personnel», polycop., p. 1.

<sup>438</sup> PRUVOST L., p. 7; LAPANNE-JOINVILLE J., «Les conventions annexes au contrat de mariage en droit malékite», *Rev. Alg. Tun. Mar. de légis. et jur.*, 1954, pp. 112-125.

seulement sur les aspects pécuniaires du mariage mais aussi sur les relations personnelles <sup>439</sup>.

Le Code de droit musulman le plus occidentalisé, le Code tunisien, qui ne comporte pas de définition soulignant la nature contractuelle du mariage, prévoit explicitement en son article 11:

«Peut-être insérée dans l'acte de mariage toute clause ou condition relative aux personnes ou aux biens. En cas de non réalisation de la condition ou d'inexécution de la clause, le mariage peut être dissous par divorce» <sup>440</sup>.

Les Codes algérien <sup>441</sup> et marocain <sup>442</sup> stipulent de même. Cette clause peut précisément être utilisée pour réduire un aspect inégalitaire du mariage en prévoyant que le mari renonce

---

<sup>439</sup> Voici le libellé d'une clause contenue dans «un contrat de mariage algérois du début du XVIII<sup>e</sup> siècle», reproduit en arabe et traduit en français in *Annales de l'Institut d'Etudes Orientales d'Alger*, 1955, vol. XIII, pp. 98-117: la clause a peut-être d'autant plus d'intérêt que les deux époux musulmans d'Alger sont mentionnés comme enfants de juristes:

«Après la conclusion de ce que dit entre les personnes susdites, l'époux susdit a accepté de son plein gré et trouvé bon de ne point prendre de seconde épouse ni de joindre une concubine à son épouse, si ce n'est avec l'autorisation et le consentement de celle-ci. S'il le fait ou s'il l'y contraint, il lui rendra sa liberté et elle aura droit de disposer de sa personne, si elle le désire.

De même l'époux s'est engagé vis-à-vis de son épouse à ne point lui faire quitter la ville d'Alger. S'il la lui fait quitter ou s'il l'y contraint, il lui rendra également sa liberté.

<sup>440</sup> CHARFI M. insiste sur le caractère contractuel du mariage musulman, relève que l'usage des stipulations est «oublié dans la pratique» mais ajoute, sans explication, que «l'assimilation du mariage à un contrat, n'est plus admissible surtout depuis la promulgation du Code de statut personnel» (p. 391). Ecrite pour contester la compétence internationale exorbitante que les tribunaux tunisiens s'étaient attribués pour connaître de toute dissolution d'un mariage contracté en Tunisie, cette phrase paraît dépasser la pensée de l'auteur en rejetant le caractère contractuel du mariage en droit musulman contemporain. Elle va en tout cas à l'encontre des textes, de la jurisprudence et de la doctrine citée.

<sup>441</sup> Art. 19: «Les deux conjoints peuvent stipuler dans le contrat de mariage toute clause qu'ils jugent utile à moins qu'elle ne soit contraire aux dispositions de la présente loi».

<sup>442</sup> Art. 38: «Dans le cas où l'acte de mariage contiendrait une condition contraire à l'essence ou aux buts de ce dernier, cette condition serait nulle et le mariage demeurerait valable. Le fait pour la femme de stipuler, par exemple, la possibilité de s'occuper des affaires publiques ou du pays n'est pas contraire aux buts du mariage».

Quoique moins claire, cette disposition entraîne, *a contrario* du premier alinéa, *a pari* du second, la possibilité de clauses personnelles. Voy. SAREHANE F., «Les contrats entre époux en droit international privé marocain», *R.M.D.*, 1985, pp. 235-246, spéc. 239 pour le droit interne. *Adde: infra*, n° 150 et 378.

à la polygamie. Le Code marocain l'envisage explicitement 443.

145. La nature contractuelle du mariage est également affirmée avec netteté dans les systèmes rattachés à la common law. Aux Etats-Unis, le mariage est, généralement, considéré comme un contrat, fût-il de type particulier. Il n'est pas rare de trouver dans le contrat des clauses qui, comme en droit musulman, touchent aux relations personnelles entre époux 444. En droit anglais, le mariage est défini comme un contrat «in the sense that there can be no valid marriage unless each party consents to marry the other» 445. C'est toutefois un contrat particulier. D'une part, il ne peut être conclu que par un acte formel, public; d'autre part, il crée un statut qui intéresse la société. En cela, il est «the very foundation of civil society» 446. Historiquement, l'aspect contractuel paraît dominant. Une brève incursion dans le droit international privé est éclairante: jusqu'au milieu du XIXe siècle, les tribunaux anglais ne font aucune distinction entre des conditions de forme et de fond («*capacity of parties*»). La validité du mariage est soumise, dans son ensemble, à la *lex loci celebrationis*, comme tout contrat 447. Dès lors, le mariage valable dans le pays où il a été contracté le sera partout ailleurs, notamment en Angleterre. L'ordre public sera la seule exception introduite, essentiellement à l'encontre des mariages polygamiques, qui, autre aspect du caractère contractuel, sont qualifiés comme tels en considération de la cérémonie, de la *lex loci celebrationis*, non eu égard au statut personnel des époux ou à la situation de fait 448. Aux Etats-Unis, c'est toujours la *lex loci celebrationis* qui régit intégralement la validité du mariage considéré comme un contrat 449.

146. La nature contractuelle ou institutionnelle du mariage est davantage débattue dans le système de droit civil. Initialement, le mariage revêt un certain caractère patrimonial, partant contractuel, par le biais de la dot: prix du rapt payé par le

443 Art. 31: «La femme a le droit de demander que son mari s'engage dans l'acte de mariage à ne pas lui adjoindre une co-épouse et à lui reconnaître le droit de demander la dissolution (ou «résolution» ou «annulation», selon les traductions) du mariage au cas où cet engagement serait violé».

444 NORTH P.M., p. 21.

445 MORRIS J.H.C., p. 97.

446 *Shaw v. Gould*, 1868, L.R. 3 H.L. 55, 82; *idem*, p. 97.

447 DICEY and MORRIS, Rule 33.

448 *Idem*, p. 275, voy. *supra*, note 383, *Hyde v. Hyde*.

449 PALSSON L., *Int'l Encycl.*, p. 7.

futur au père de la fille avant de l'être à cette dernière par le futur et ensuite par le père lui-même. Plus tard, le mariage se forme «*solo consensu*», non sans que la res — la consommation — importe comme élément constitutif. Après avoir mis en avant le seul échange des consentements, l'Eglise va, au Concile de Trente (1563), formaliser le mariage par la présence du prêtre et de deux témoins. Les règles proscrivant le divorce, le concubinage, l'endogamie, l'adoption permettront à l'Eglise d'asseoir son pouvoir spirituel mais aussi temporel en favorisant la mobilité des terres et leur dévolution à l'Eglise<sup>450</sup>. Quelque soit le formalisme imposé au sacrement, la doctrine de l'Eglise demeure fondamentalement consensuelle<sup>451</sup>. Kant définit nettement le mariage comme «contrat nécessaire selon la loi de l'humanité»<sup>452</sup>. En France, le législateur révolutionnaire voudra affirmer explicitement le caractère consensuel du mariage. Le projet de Jacqueminot, article 2, se lit: «Le mariage est un contrat formé entre deux individus de sexe différent, dont la durée est, dans leur intention, celle de la vie de l'un d'eux...»<sup>453</sup>. Le texte définitif ne comportera pas de définition du mariage. L'idée contractuelle est rappelée toutefois par Portalis, même si elle est modalisée par la perpétuité<sup>454</sup>. Si le divorce pour incompatibilité d'humeur est écarté, c'est parce qu'il n'y a pas de contrat qui se dissout par la volonté d'un seul. On pourra retrouver, en filigrane, dans divers articles du Code civil les éléments constitutifs du mariage comme contrat (article 146), en principe indissoluble (article 227), tendant à établir une communauté de vie entre époux (articles 212 et 213)<sup>455</sup>. Une part importante de la doctrine va contester la vision contractuelle du mariage jugeant cette

<sup>450</sup> Voy. GOODY J., sur la dot, Appendice II, p. 244; de la GRASSERIE R., 1911, p. 609; VIOLLET P., p. 424.

<sup>451</sup> Sur l'ensemble des développements historiques, RIGAUX F., «Les personnes», pp. 156 ss.; «Les notions de famille et de mariage en droit civil contemporain», *J.T.*, 1972, p. 669. Sur le parallélisme des mariages civils et religieux, JEEGERS Ch., *L'engagement matrimonial des époux*, Cabay, Bruylant, 1985, 488 p.

<sup>452</sup> KANT E., *Doctrine du droit*, § 24, «Dans la supposition même où le plaisir par l'usage réciproque des facultés sexuelles en serait l'unique fin».

<sup>453</sup> FENET P.A., t. I, p. 333.

<sup>454</sup> PORTALIS, «Discours préliminaire prononcé le 24 thermidor an 8», in FENET P.A., t. I, p. 485; «le mariage nous offre l'idée fondamentale d'un contrat proprement dit et d'un contrat perpétuel par sa destination».

<sup>455</sup> RIGAUX F., «Les personnes», p. 192, n° 667.

conception «antisociale, antihistorique, antinaturelle» 456.

Les qualificatifs «antihistorique» et «antinaturelle» sont démentis par les études anthropologiques récentes 457. Le caractère antisocial repose sur l'examen du critère central d'équilibre dégagé entre la libre volonté et l'édifice social: la prudence. L'interrogation n'est pas vaine. En quoi un des aspects les plus privés de la vie des individus devrait-il être soustrait à la notion qui entend par excellence en garantir le respect: l'autonomie de la volonté. Peut-on encore accepter l'usage de la cellule familiale comme pilier de l'ordre social qu'une autorité entend établir 458? La perpétuation de la vie humaine au sein de la famille justifierait-elle un refus de permettre à ses membres de s'auto-organiser? Une législation contraignante n'est-elle pas le meilleur incitant à écarter les individus du mariage? S'agira-t-il alors de créer une famille institutionnelle répondant à des fins collectives de procréation et d'organisation sociale et une union libre répondant à des fins égoïstes de cohabitation physique et intellectuelle? A quoi correspond cette dichotomie des aspirations humaines?

147. De façon plus objective, la doctrine contemporaine voit dans le mariage un «contrat d'une nature particulière», le contrat n'étant qu'un «acte condition» donnant naissance à une institution réglée impérativement par la loi, les époux ne disposant que de la liberté d'y adhérer ou non 459. N'existe-t-il pas précisément une catégorie importante de contrats d'adhésion?

Certes, il est tentant de voir dans le mariage une notion mixte: contractuelle par sa source, institutionnelle par ses effets. C'est négliger que les effets touchent eux aussi prioritairement les

456 GOUNOT E., p. 259. Dans le même sens CHAMPCOMMUNAL J., «Le ménage à nationalités différentes», *R.C.D.I.P.*, 1929, p. 16; contre l'idée d'un contrat mais expliquant la détermination du domicile par le mari selon une soumission volontaire qui s'exprime négativement par absence de contradiction dans le chef de l'épouse, SAVIGNY F.C., t. VIII, p. 321.

457 GOODY J., note 106.

458 Pour BALDE (XIV<sup>e</sup>), Glossateur de l'école italienne des statuts, l'exclusion des femmes de la succession «a pour but le maintien de la splendeur des familles, laquelle importe à l'Etat», cité par LAINE A., t. I, p. 172. Ce raisonnement s'est perpétué plusieurs siècles.

459 WATTE N., *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, p. 92.

intéressés qui peuvent, à des degrés divers selon les époques et les systèmes, les régir.

La tendance qui se dégage des législations contemporaines paraît mieux adaptée aux aspirations des hommes, des femmes et des enfants. La cellule familiale y est un espace privé, largement autonome, respecté comme tel et pour chacun. L'Etat intervient dans la gestion, non de cette cellule, sauf demande ou danger grave, mais des rapports entre cette cellule et la société organisée. Il s'agit alors moins de droit de la famille que de droit social, du travail, économique, administratif...

#### § 4. Divorce

148. Les remarques relatives au principe d'égalité des sexes et à la place faite à la volonté dans le mariage peuvent se reporter *mutatis mutandis* au divorce. Ici aussi, l'introduction du principe d'égalité dans l'accès à ce mode de dissolution du lien conjugal est récent et loin d'être universel.

149. Dans les pays de droit musulman, si l'épouse a pu accéder à un mode de dissolution judiciaire pour cause déterminée (*tatliq*), seul l'homme dispose du pouvoir de dissoudre le lien conjugal par volonté unilatérale. C'est la répudiation (*talaq*)<sup>460</sup>. Au Maghreb, le Maroc et l'Algérie ont maintenu ce mode de dissolution du lien conjugal<sup>461</sup>. Les débats sur l'égalité des sexes, déjà mentionnés à propos du mariage, se poursuivent à propos du divorce. Au sein de la doctrine, minoritaire, prônant l'introduction du principe d'égalité des sexes dans la dissolution du lien conjugal, trois tendances se distinguent.

<sup>460</sup> Voy. CARLIER J.Y., «Répudiations» et références y citées; REMY V., «Rupture du lien conjugal: la répudiation», in CARLIER J.Y. et VERWILGHEN M. (Dir.), *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?*, p. 67.

<sup>461</sup> Respectivement *Mudawanna*, Livre deuxième, Chap. Ier, art. 44 ss.; Code algérien de la famille (C.A.F.), Titre II, Chap. Ier, art. 48 ss. Le Code algérien précise que le divorce, en ce compris la répudiation, ne peut être établi que «par jugement précédé d'une tentative de conciliation du juge» (art. 49) alors que le Code marocain n'impose que la présence de deux adouls (notaires) (art. 48). Le Code de procédure civile prévoit l'homologation de la répudiation par le tribunal sans en faire une condition de validité de l'acte de répudiation (art. 179, al. 3).

150. La première tendance qui pourrait être qualifiée de réaliste, entend utiliser les textes actuels pour, dans une interprétation jugée conforme au Coran, attribuer plus de droits à l'épouse <sup>462</sup>. Il s'agirait, par exemple, d'interpréter largement le pouvoir de l'épouse dans la répudiation dite consentie (*Khol*). Traditionnellement, le *Khol* est présenté comme une répudiation par consentement mutuel moyennant compensation: la femme offre quelque chose au mari en compensation du fait qu'il la répudiera à sa demande. La compensation peut être tout ou partie de la dot. En quelque sorte, elle achète sa liberté. Dans cette optique, le mari détient un double pouvoir: celui de refuser la répudiation et celui d'exiger une compensation plus élevée, faisant monter les enchères <sup>463</sup>. Dans une nouvelle optique, égalitaire, ces pouvoirs seraient refusés au mari. Non seulement il ne pourrait imposer son prix qui, en cas de désaccord, serait fixé par le tribunal, ce qui est assez généralement accepté dans certains pays <sup>464</sup>, mais surtout il serait obligé d'accéder à la demande de l'épouse sans pouvoir la refuser <sup>465</sup>. Seule l'obligation faite à la femme d'offrir en tout état de cause une compensation pour la répudiation prononcée par le mari maintient un facteur inégalitaire. Mais le mari ne doit-il pas lui aussi payer le «don de consolation» (*mouta*) quand il répudie?

Dans le même ordre d'idées, le droit musulman connaît également la dissolution du mariage par droit d'option. Cette technique allie l'aspect contractuel des relations conjugales et la possibilité, de ce fait, d'y introduire davantage d'égalité entre les époux. Par le droit d'option, le mari donne à son épouse le pouvoir

<sup>462</sup> Sur une théorisation de cette tendance: THAMINY O., «Le concept méthodologique de "Mashala" et ses incidences sur le fiqh de la famille», in *Vingt-cinq ans de droit au Maroc, R.M.D.*, 10, 1981, pp. 101-106 (Mashala signifie «ce qui est utile, avantageux, moralement bon» et peu servir à interpréter le fiqh en cas d'avis divergents à partir d'un hadith du prophète: «tout préjudice, toute nuisance doivent être écartés»).

<sup>463</sup> MOULAY RCHID A., «La condition de la femme», p. 365; «Statut personnel», polycop., ch. 2, p. 2. *Mudawanna*, articles 61 ss., l'article 65 précise que «dans le cas où la femme est pauvre, toute contrepartie sur laquelle les enfants ont un droit est interdite»; *Code algérien de la famille (C.A.F.)*, art. 54.

<sup>464</sup> C.A.F., art. 5: «... En cas de désaccord, le juge ordonne le versement d'une somme dont le montant ne saurait dépasser la valeur de la dot de parité à l'époque du jugement».

<sup>465</sup> Cette option a été défendue avec fermeté par Mme ASLAOUI, Juge à la Cour Suprême d'Alger, lors d'un entretien que nous avons eu à Alger le 19 janvier 1990. Un arrêt de la Cour Suprême devait être prononcé en ce sens. Il n'a pas encore été publié. Dans le même sens, un arrêt de la Cour Suprême du Pakistan, en 1967, cité par DE WAEL H., p. 68, note 27, sans référence.

de prononcer la répudiation (Tamlik) <sup>466</sup>. Ce droit d'option peut, avec des différences selon les écoles et le mode d'option retenu, être inséré dans le contrat de mariage ou dans un contrat postérieur. Ce droit d'option peut également résulter d'un engagement verbal unilatéral du mari même en l'absence de l'épouse. La Cour Suprême du Maroc a jugé que «si le mari prend sur lui et en l'absence de son épouse qu'elle a sa propre répudiation entre ses mains quand elle le veut, ceci l'engage» <sup>467</sup>. Si ce droit d'option permet à l'épouse de répudier son mari, la doctrine n'en précise pas les conséquences exactes sur le pouvoir répudiaire du mari: celui-ci le conserve-t-il? A défaut, la répudiation deviendrait le pouvoir unilatéral de l'épouse, renversant l'inégalité.

Le contrat de mariage pourrait-il également prévoir que le mari s'engage à ne pas utiliser la répudiation unilatérale comme mode de dissolution du lien conjugal? Une telle clause pourrait-elle être jugée contraire «à l'essence et aux buts du mariage» (*Mudawanna*, article 38) et être considérée comme nulle? La réponse sera négative si l'on raisonne par analogie avec l'article 31 du même Code, qui permet d'écarter la polygamie. Elle sera positive si l'on raisonne *a contrario* estimant que si le Code a expressément prévu la possibilité d'écarter la polygamie, c'est qu'il le refuse pour la répudiation. Fallait-il en ce cas ajouter l'article 38 qui prévoit la validité de toute clause non contraire

<sup>466</sup> L'article 44, al. 3, de la *Mudawanna* vise la répudiation prononcée par «l'épouse, lorsque la faculté lui en a été donnée en vertu du droit d'option» sans autre précision. Conformément à l'article 82, doctrine et jurisprudence s'en réfèrent alors au droit musulman classique, en principe de rite malékite, mais ici en tenant compte de nettes influences des rites hanéfite et chaféite (tous trois Sunnites). Trois modes d'option sont dégagées:

1) Le mandat donné par le mari à son épouse pour prononcer la répudiation. Il peut revenir sur ce mandat (Tawfid).

2) La propriété du droit de répudiation donnée par le mari à son épouse à durée indéterminée ou déterminée sous condition (ex. «Si je bois tu me répudies»). Cette clause qui porte le même nom que le droit d'option en général (Tamlik) ne pourrait figurer dans un acte qu'après le consentement à mariage de façon à ne pas conditionner celui-ci. (*Contra*, acceptant la clause dans le contrat de mariage, KHAMLIHI, p. 327).

3) Le choix ponctuel donné par le mari à l'épouse de rester mariée ou d'être répudiée (Takhyir).

MOULAY RCHID A., «Statut personnel», polycop., p. 15; KHAMLIHI, «Commentaire du Code de statut personnel», t. I, «Le mariage et sa dissolution», Rabat, Libr. Al Maarif, 2e éd., 1987, pp. 321-328 (en arabe, aimablement communiqué et traduit par MOULAY RCHID A.); DE WAEL H., p. 58 sur les droits iraniens et indonésiens.

<sup>467</sup> Cour Suprême (Rabat), n° 296, 19 mai 1981, *Charaik*, 85507, *Revue de jurisprudence de la C.S.*, n° 30, octobre 1982, p. 60 (en arabe), cité par MOULAY RCHID A., «Statut personnel», polycop., p. 16.

aux buts du mariage en ne citant la participation aux affaires publiques qu'à titre d'exemple? Plus précisément, la limitation des possibilités de dissolution du lien conjugal pourrait-elle être jugée contraire à l'essence et aux buts du mariage, tels que définis à l'article 1er?

151. La deuxième tendance, qui pourrait être qualifiée de réformiste, propose des modifications législatives qui seraient le prolongement d'une interprétation progressive du Coran. A partir d'un *hadith* (parole) du Prophète précisant que «*parmi les choses licites, la chose la plus réprouvée par Allah est la répudiation*», les tenants de cette option prônent la suppression de la répudiation. Le maintien de l'union conjugale doit être la règle, sa dissolution l'exception. Seul le divorce sanction, apprécié par un tribunal, devrait être maintenu. Dans une première phase, pour éviter une réforme brutale sociologiquement inadéquate, la répudiation demeurerait un privilège du mari soumis à l'appréciation d'un juge qui devrait tenter la conciliation (Code de la famille algérien, article 49) et pourrait refuser la répudiation si elle ne repose pas sur de justes motifs. Le législateur du Yemen du Sud avait soumis la répudiation au juge en lui donnant un large pouvoir d'appréciation sur les causes qui rendraient la vie commune impossible (sorte de divorce-faillite sous contrôle) <sup>468</sup>.

152. Une troisième tendance, radicale ou moderniste, instaure l'égalité en permettant à l'épouse d'accéder à la répudiation. Celle-ci est alors de préférence appelée divorce et soumise à une procédure judiciaire pour la conciliation et les effets. Elle demeure toutefois une forme de divorce-constat qui ne doit exciper d'aucune cause et auquel le magistrat ne peut s'opposer. C'est l'objet de l'article 31, 3° du Code de statut personnel tunisien prévoyant que «*Le tribunal prononce le divorce: 3° à la demande du mari ou de la femme*».

153. Ces trois tendances sont bien sûr conditionnées par leur cadre socio-politique et les rapports de force en présence. Elles le sont aussi par l'autre principe de droit matériel déjà décelé: la place donnée à la volonté individuelle. Celle-ci est inversement proportionnelle à la permanence attachée au lien conjugal et, partant, à la causalité invoquée pour sa dissolution. Du divorce-

<sup>468</sup> CHEHATA Ch., «*La famille en Islam: problèmes d'actualité*», *Rev. jur. et pol. Indépendance et Coopération*, 1974, p. 668 et MOULAY RCHID A., p. 379. Ce dernier appartient à cette tendance.

sanction au divorce-constat, en passant par le divorce-faillite contrôlé, les membres du couple accroissent leur autonomie individuelle leur permettant de mettre fin à la relation par leur seule volonté. Le mariage est alors bien un contrat qui se poursuit aussi longtemps que les volontés communes initiales concordent. Il ne peut être maintenu contre une volonté récalcitrante. Sa rupture unilatérale entraîne, le cas échéant, dédommagement. Le pouvoir judiciaire interviendra sur ce point, pour s'assurer d'une volonté ferme de mettre un terme à l'union, et, plus encore, pour sauvegarder les intérêts des enfants s'il en est <sup>469</sup>. Cette tendance est assez largement inscrite dans les législations modernes sur le divorce <sup>470</sup>. On peut apprécier par quel raccourci de l'histoire du droit, les législateurs tunisiens et suédois ont édicté des dispositions similaires relativement au divorce. Les législateurs marocain et algérien font une part certaine à la volonté individuelle mais la concentrent dans le chef du mari, ne rencontrant pas l'autre principe dégagé: l'égalité des sexes.

## § 5. La filiation

154. Ces dernières années, la place de la volonté individuelle a été largement débattue relativement au stade premier de la

<sup>469</sup> Sur le rôle prépondérant de la volonté unilatérale dans la dissolution du lien conjugal et le rôle du tribunal sur les effets pour la répudiation: ISSAD M., «Le rôle du juge et la volonté des parties dans la rupture du lien conjugal», *Rev. Alg. Tun. Mar. de législ. et jur.*, 1968, pp. 1066-1090.

<sup>470</sup> VAN HOUTTE J., *Dictionnaire Arnaud*, V° Famille, p. 156; MEULDERS-KLEIN M.-T., «La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale», *Rev. int. de dr. comp.*, 1989, p. 7, s'interrogeant sur l'évolution du degré d'autonomie des époux dans la rupture de leur union et «Le divorce en Belgique: Bilan, réformes et perspectives», *J.T.*, 1990, p. 717. Il ressort de cet article qu'en limitant les causes de divorce, on tend à permettre aux époux «de se délier réciproquement des devoirs du mariage, jusqu'ici d'ordre public, dans une perspective de plus en plus contractuelle» (n° 12) mais que, à l'inverse, en restant attaché au «dogme de l'autonomie de la volonté» (n° 44) en ne permettant ni la révisabilité des conventions préalables à divorce par consentement mutuel, ni le contrôle de leur contenu, particulièrement dans l'intérêt des enfants, on institutionnalise, comme nous l'avons vu en matière contractuelle, les disfonctionnements du principe par abus; ANCEL M., «Le divorce à l'étranger», *Documentation française*, Paris, 1975, 198 p.; KOJIRO MJYAZAKI (Ed.), *A comparison of laws relating to marriage and divorce*, Tokyo, Keiro-Shabo, 1973; POUSSON-PETIT J., *Le démariage en droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 1984; EEKELAAR J.M. et SANFORD N.K. (Ed.), *The resolution of family conflict. Comparative legal perspectives*, Toronto, Butterworths, 1984, 610 p. *Adde*: GLENN H.P., p. 360; ROCHAT Ch., p. 249, «En Suisse, l'immense majorité des divorces est prononcée aujourd'hui (1986) en vertu de l'article 142 C.C.S. qui dispose que "Chacun des époux peut demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable"».

filiation: la conception. Des techniques permettant d'accroître les possibilités de procréation (insémination artificielle, mères porteuses...) à celles permettant de les réduire (contraception, interruption volontaire de grossesse...), l'objectif commun paraît être de permettre au couple, particulièrement à la femme, de maîtriser sa procréation. Le constat n'est que partiellement correct. La société et l'Etat ne sont pas indifférents à ces techniques. Pour celles qui permettent d'accroître ou de sélectionner la procréation selon certains critères, l'intervention de l'Etat peut se motiver en ce que, soit il voudrait assurer la perpétuation d'une race ou d'un niveau qualitatif, soit il voudrait précisément empêcher que la volonté privée ne puisse disposer d'un tel objectif<sup>471</sup>. Pour les techniques touchant au niveau quantitatif des naissances, l'intervention de l'Etat a été motivée par la nécessité de faire face à une natalité galopante ou par la défense de valeurs morales en présence d'intérêts opposés (avortement). Ces enjeux, considérables pour l'avenir de l'humanité, ne permettront probablement pas aux juristes de demeurer à l'écart. Le rapprochement du constat de couples sans enfant, désireux d'en avoir, généralement dans les pays développés, avec celui de la surpopulation dans les pays en développement a permis l'entrée en scène, plus largement qu'antérieurement, de la filiation sociologique par adoption internationale.

Dans l'ensemble, qu'il s'agisse de la filiation biologique<sup>472</sup> ou

<sup>471</sup> Sur ces questions, notamment, LABRUSSE-RIOU C. et BAUDOUIN, *Produire l'homme, de quel droit? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, P.U.F., Rapport du Conseil d'Etat de France, *Les Sciences de la vie: de l'éthique au droit*, Paris, La Documentation française, Coll. Notes et Etudes Documentaires, 1988; FRYDMAN R. et GOBERT M., «Incidence des progrès biologiques et médicaux sur le droit des personnes», *Aspects scientifiques et juridiques*, in Commission nationale consultative des droits de l'homme, pp. 313-332. Sur la jurisprudence française à propos des mères porteuses, *infra*, n° 299.

<sup>472</sup> La loi belge du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation (*Mon. b.*, 27 mai 1987, p. 8250) favorise l'établissement de la vérité biologique (*mater semper certa est*, contestation de paternité...), le cas échéant à l'encontre de la volonté du père (recherche de paternité) ou même, selon un arrêt de la Cour d'arbitrage, à l'encontre de la volonté de la mère (C.A., 21 décembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 110, note PIRE D.; ERNST-HENRION M., «Notre droit de la filiation face à l'impossible égalité», *J.P.*, 11 janvier 1991, pp. 10-12. L'arrêt dit pour droit que «en ce qu'il subordonne au consentement préalable de la mère la recevabilité de la reconnaissance d'un enfant mineur non émancipé par l'homme dont la paternité n'est pas contestée, l'article 319, paragraphe 3, du Code civil viole les articles 6 et 6 bis de la Constitution» (principe d'égalité).

de l'adoption <sup>473</sup>, les législations des pays occidentaux ont tendance à en accroître les possibilités sans l'imposer. La volonté individuelle est ainsi favorisée. Elle ne va toutefois pas à l'encontre d'intérêts étatiques et demeure contrôlée. La question est plus controversée lorsque l'intérêt individuel, du couple ou de la mère, paraît s'opposer à un autre intérêt, celui du fœtus. La tendance dominante des législations occidentales est de ne pas sanctionner pénalement l'avortement qui intervient dans certaines conditions qui sont, selon les pays, plus ou moins strictes <sup>474</sup>.

Le principe d'égalité s'est imposé entre les enfants, supprimant les notions d'enfants naturels ou légitimes, ou réduisant les inégalités. En Europe, la formalisation d'un droit commun, issu des droits comparés, en normes supranationales a joué un rôle important <sup>475</sup>.

155. Ces évolutions sont récentes et, comme en matière d'égalité de l'homme et de la femme, ne sont pas universelles. Le droit musulman classique (*fiqh*) ne reconnaît ni la filiation naturelle à l'égard du père, ni l'adoption.

Seule la filiation légitime peut établir des liens à l'égard du

---

<sup>473</sup> Lois belges du 27 avril 1987 relative à l'adoption (*Mon.*, 27 mai 1987, p. 8270) et 20 mai 1987 relative à l'abandon des enfants mineurs (*Mon.*, 27 mai 1987, p. 8274) favorisant l'adoption. Sur la prédominance de l'aspect institutionnel sur l'aspect contractuel, voy. MAINGAIN B., «La nature contractuelle de l'adoption et ses incertitudes», in *Documents sur la réforme de l'adoption*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., Centre de Droit de la Famille, 1987, et le tableau comparatif par LAMMERANT I., *idem*. Sur la législation, voy. CASMAN H., «Nouvelles dispositions légales en matière d'adoption et d'adoption plénière», *R.T.D.F.*, 1987, pp. 109 ss.; LAMMERANT I., «La réforme de l'adoption en droit interne», *J.T.*, 1987, pp. 509 ss.; PANIER Ch., «Le nouveau droit de la filiation et de l'adoption», *J.L.M.B.*, 1987, p. 1549; VAN GYSEL A.CH., «Les nouvelles lois concernant la filiation et l'adoption», *Rev. not. belge*, 1987, pp. 506 ss.

<sup>474</sup> Art. 348 ss. du Code pénal belge. Pour une analyse des principes: DAYEZ B., «A propos de la loi sur l'avortement: d'une hypocrisie l'autre», *J.P.*, n° 174, 1er juin 1990, p. 4.

<sup>475</sup> Arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme, 13 juin 1979, *J.T.*, 1979, pp. 513 ss.; RIGAUX F., «La loi condamnée, la jurisprudence belge après l'arrêt *Marckx*», *R.C.J.B.*, 1984, p. 613; *R.T.D.F.*, 1979, p. 227.

père. Ce principe est repris dans les codifications marocaine<sup>476</sup> et algérienne<sup>477</sup>. La codification tunisienne est moins claire sur la filiation naturelle<sup>478</sup>. Après une période d'hésitation, la jurisprudence a considéré, en s'appuyant sur les principes généraux, que seul le mariage peut recouvrir la «cohabitation» visée à l'article 68 du Code et entraîner l'établissement d'une filiation<sup>479</sup>.

Dans les trois pays, la reconnaissance de paternité qui est prévue ne pourra faire apparaître qu'une paternité vraisemblable à l'égard d'un enfant dont la filiation est inconnue (*Mudawanna*, article 92; C.A.F., article 44; *Magalla*, article 70). La procréation artificielle n'est acceptée en droit musulman

<sup>476</sup> *Mudawanna*, art. 83:

«1° La filiation légitime est celle par laquelle l'enfant accède à la parenté de son père et suit la religion de ce dernier.

Elle sert de fondement aux droits successoraux et donne naissance aux empêchements à mariage ainsi qu'aux droits et obligations du père et de l'enfant.

2° La filiation non légitime ne crée aucun lien de parenté vis-à-vis du père et ne produit, d'une façon générale, aucun des effets énumérés ci-dessus.

Par contre, cette filiation entraîne vis-à-vis de la mère les mêmes effets que la filiation légitime, en raison du lien naturel unissant l'enfant à sa mère.

Pour une critique, MERNISSI S., «Quelques aspects de la codification du statut personnel marocain», Actes du Colloque *Musulmans en Belgique*, Louvain-la-Neuve, 1990, à paraître.

<sup>477</sup> Code de la famille algérien, art. 41:

«L'enfant est affilié à son père par le fait du mariage légal, de la possibilité des rapports conjugaux, sauf désaveu de paternité selon les procédures légales».

Pour une critique et une réforme fondée sur l'*Ijtihad*, voy. CHALABI El H. et MEKARBECH C., «L'enfant conçu et né hors mariage», *RASJEP*, 1987, pp. 295-312.

<sup>478</sup> *Magalla*, art. 68:

«La filiation est établie par la cohabitation, l'aveu du père ou le témoignage de deux ou plusieurs personnes honorables».

<sup>479</sup> PRUVOST L., *L'établissement de la filiation en droit tunisien*, Thèse, Paris I, 1977, Polycop. p. 40, n° 102 ss. D'après cette interprétation, l'art. 71 du C.S.P.T. selon lequel «Abstraction faite de la validité et de l'invalidité du contrat de mariage, l'enfant né d'une femme mariée, six mois ou plus après la conclusion du mariage, a pour père le mari», ne fait que préciser l'hypothèse de cohabitation visée à l'art. 68. Un arrêt de la Cour de cassation du 31 décembre 1963, *R.T.D.*, 1963-1965, p. 49, est clair: «Le terme cohabitation employé par l'art. 68 du Code de statut personnel ne saurait être interprété autrement que par une "cohabitation légale", fondée sur le mariage»; dans le même sens, Cass. Tun., 20 février 1973, *Bulletin des Arrêts de la Cour*, 1973, p. 147, n° 69, et Thèse précitée, Annexes, p. 496: «Le mot "cohabitation" s'entend du rapport légal... qui se rattache au contrat de mariage. Mais l'enfant né de relations de débauche ne peut être appelé "enfant légitime" du fornicateur, à l'égard duquel la filiation paternelle ne peut être établie». En l'espèce, la "relation de débauche" dont question est une relation entre les ex-époux, deux ans après le divorce, au cours de visite du père à leurs trois enfants. Cette jurisprudence est confirmée par différents arrêts dans les années 1980, «coupant les textes de la réalité sociale», MEZIOU K., «Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille», p. 21, à paraître in Actes du Colloque *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?*, Louvain-la-Neuve, 1990.

qu'au sein d'un couple marié à l'exclusion de toute tierce personne productrice ou porteuse. La coépouse est également exclue comme mère porteuse afin d'établir la filiation avec certitude à l'égard de la mère ce qui, sur ce plan, manifeste un souci d'égalité entre les époux dans l'établissement du lien de filiation <sup>480</sup>.

L'inégalité se prolonge entre la parenté biologique et la parenté sociologique. L'adoption n'est pas tant ignorée qu'interdite <sup>481</sup>. L'interdit repose sur deux versets coraniques qui permirent au Prophète d'épouser Zaïna, l'ancienne femme de son fils adoptif Zaïd <sup>482</sup>. Des «mécanismes compensatoires» non négligeables sont mis en place qui «permettent aux musulmans d'élever comme leurs propres enfants des neveux par exemple» <sup>483</sup>. Ces formes d'adoption (*Jaza, Tansil*) ou de prise en charge (*Khefala* ou *Kafala*) <sup>484</sup>, peuvent avoir des effets

<sup>480</sup> Pour la reproduction intégrale de la position du Conseil de la jurisprudence islamique de la ligue du Monde Musulman pris en sa huitième session de janvier 1985, voy. MOULAY RCHID A., «Statut personnel», ch. 3, pp. 13-19; *adde* CHAFI M., «L'insémination artificielle comme moyen de procréation: Positions de l'Eglise et de l'Islam», *R.M.D.E.D.*, n° 4, 1987, pp. 131-140.

<sup>481</sup> *Mudawanna*, art. 83, 3°: «L'adoption n'a aucune valeur juridique et n'entraîne aucun des effets de la filiation».

Code de la famille algérien, art. 46: «L'adoption est interdite par la *Chari'a* et la loi».

<sup>482</sup> Coran, XXXIII,

4. «Dieu n'a pas placé deux cœurs dans la poitrine de l'homme; il n'a pas fait que vos épouses que vous pouvez répudier soient pour vous comme vos mères ni que vos enfants adoptifs soient comme vos propres enfants...»

5. Appelez ces enfants adoptifs du nom de leurs pères...».

Et XXXIII,

37. «... puis, quand Zaïd eut cessé tout commerce avec son épouse, nous te l'avons donnée pour femme afin qu'il n'y ait pas de faute à reprocher aux croyants au sujet des épouses de leurs fils adoptifs, quand ceux-ci ont cessé tout commerce avec elles».

Traduc. MASSON, Bib. La Pléiade, p. 519 et note.

<sup>483</sup> CHARLES R., p.58; *Mudawanna*, art. 83, 3°, al. 2; Code de la famille algérien, art. 92 ss. «De la tutelle testamentaire».

<sup>484</sup> Pour un usage à la fois proche et différent de la notion de «*Kafala*», voy. BEAUGE G., «La Kafala: un système de gestion transitoire de la main-d'œuvre et du capital dans les pays du Golfe», *R.E.M.I.*, 1986, vol. 2, n°1, pp. 109-121: «Pour s'installer et travailler, tout étranger dans le Golfe, qu'il soit entrepreneur ou simple ouvrier, a besoin d'un *kafil* (sponsor) qui est à la fois le garant juridique de sa présence dans le pays et un intermédiaire avec la société locale... Ce rapport social constitue, en quelque sorte, une délégation à la "société civile" de l'une des prérogatives des États: le contrôle et la régulation de la présence étrangère sur le territoire»; voy. dans le même sens BADUEL P.R., *De l'économie des corps aux stratégies d'identité*, in *Revue de l'Occident Musulman et de la Méditerranée* (ROMM), 1987, n° 43, pp. 5-14, p. 11 mettant les deux sens en corrélation: «Le "kafil" pour immigré en Orient serait-il un sponsor-tuteur, l'immigré étant d'une certaine manière au regard du droit comme un mineur?». Sur la

patrimoniaux et humains mais n'établissent aucun lien de filiation. Ce faisant, c'est aussi la place faite à la volonté individuelle de parents potentiels qui est refusée.

156. Une notion globale du concept de statut personnel ne peut se dégager des quelques droits internes évoqués. Toutefois, partout, la capacité et les relations familiales en constituent les éléments fondamentaux. Dans la deuxième moitié du XXe siècle, deux grands principes ont marqué ces matières: l'égalité et le respect de la volonté privée. Ces principes auront une incidence certaine sur les solutions de droit international privé en matière de statut personnel. Le droit comparé révèle l'inégale distribution de ces deux principes. Tous les systèmes ne les intègrent pas de la même manière. L'inventaire, limité à l'essentiel, montre que le système de droit musulman est loin d'adhérer pleinement au principe d'égalité. Par contre, le principe du respect des volontés individuelles est établi dans tous les systèmes à des degrés divers selon les matières et peut, dans le système de droit musulman, être un instrument au service du principe d'égalité. Cette diversité enrichit le droit international privé tout en suscitant des conflits aigus mettant en opposition des principes fondamentaux.

## Chapitre II. EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

### Section 1. Notion

157. A l'inverse du droit interne, le droit international privé utilise abondamment les termes «statut personnel». Ce n'est pas sans une certaine circularité avec le droit interne. Généralement, les définitions se réfèrent directement aux notions internes d'état et de capacité des personnes <sup>485</sup>, quant les unes ne sont pas

---

Kafala comme contrat entre les pères nourricier et géniteur: MOULAY RCHID A., «Statut personnel», ch. 3, p. 8.

<sup>485</sup> BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 324, n° 277: «Le domaine du statut personnel s'est trouvé légalement identifié par l'article 3, alinéa 3, à l'état et à la capacité des personnes»; t. II, p. 1: «Le statut personnel est l'ensemble des matières soumises à la loi qui suit la personne»; CORNU G., «Vocabulaire juridique», p. 759, § 3.

simplement substituées à l'autre <sup>486</sup>. Le libellé de l'article 3, alinéa 3 du Code Napoléon explique à suffisance ce phénomène: puisque l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi personnelle, que la loi personnelle régit le statut personnel, l'état et la capacité des personnes composent le statut personnel. Au départ d'une disposition utilisant des termes propres aux concepts de droit interne, la doctrine a construit une notion générique. Les termes utilisés pour définir ce qui sera une catégorie de rattachement ont été directement inspirés des termes désignant les lois régissant la personne. Or, il s'agissait là de statut au sens réglementaire (*statutum*), non au sens d'état d'une personne (*status*). On passait d'un sens objectif à un sens subjectif. Très correctement, Phocion Francescakis précise que la notion de statut personnel désigne «tantôt un ensemble de qualités juridiques de la personne (*status*) pour lequel il s'agit de déterminer la loi applicable; tantôt la loi (*statutum*) elle-même qui régit la personne quant à cet ensemble de qualités juridiques» <sup>487</sup>. Ce deuxième sens découle de l'école des statuts. Même si les deux sens s'en sont détachés chez les modernes, désignant tantôt la matière pour laquelle on cherche la loi applicable, tantôt la loi applicable elle-même, une incursion dans l'école des statuts (§ 1) permettra de mieux distinguer et de cerner la notion moderne de statut personnel (§ 2).

### § 1. Théorie des statuts

158. Le 26 juin 1183, vaincu par la Ligue lombarde regroupant vingt-quatre communes du Nord de l'Italie, soutenues par la Papauté, Frédéric Ier, Barberousse est amené à signer la Paix de Constance. Celle-ci accorde une autonomie non négligeable aux communes, permettant outre la possession de troupes et de fortifications, de légiférer dans certains domaines et d'avoir des tribunaux indépendants jugeant des petites causes. Cet événement est à l'origine de l'école des statuts. Les différentes communes vont avoir des lois - statuts - propres. Les foires favorisant les échanges commerciaux et la circulation des personnes, les tribunaux auront à connaître de cas de droit

<sup>486</sup> RIGAUX F., t. II, p. 237: Le chapitre XXI titré «L'état et la capacité des personnes» porte une section I titrée «Observations générales sur la loi applicable au statut personnel».

<sup>487</sup> FRANCESCAKIS P., *Répertoire de droit international*, 1969, V° «Statut personnel».

«intercommunes». La doctrine de l'école dite des statuts va réfléchir à ces questions. Du XIII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'école italienne dégagera progressivement trois types de problèmes:

1. Quand faut-il appliquer les statuts ou le droit commun (droit romain et droit canon)?;
2. Lorsque des personnes de communes différentes sont en procès, quel statut faut-il leur appliquer?;
3. Un étranger peut-il obtenir l'application du statut de sa commune de domicile ou d'origine?

A dessein, ces questions ne sont pas formalisées de façon plus théorique. Elles ne le furent pas à l'époque. On l'oublie trop souvent, les statutistes partent de la pratique. Ils commentent des cas d'espèces. Ils font, selon une terminologie moderne, de la recherche appliquée. Dès lors, les éléments de catégorisation qu'ils dégagent, même s'ils s'affinent avec le temps, ne peuvent - le doivent-ils? - prétendre à l'universalité théorique. Parmi ces éléments de catégorisation, en réponse aux deuxième et troisième questions, les statutistes distingueront, après la procédure et le fond, les délits et les contrats, la catégorie des statuts réels de celle des statuts personnels <sup>488</sup>.

159. Il serait erroné de tirer du questionnement des statutistes sur l'application du statut de telle commune ou de telle autre, une conception purement «unilatéraliste» des conflits tendant à déterminer le champ d'application des statuts édictés par des communes. A deux égards, la démarche est différente de par son aspect concret. D'une part, c'est une doctrine qui répond aux besoins des tribunaux d'un «ordre juridique», non du législateur d'un Etat (unilatéralisme) ni d'une théorie générale *a priori* (droit naturel) <sup>489</sup>. D'autre part, partant du cas auquel tel statut peut s'appliquer, on classe ce statut tantôt dans la catégorie des statuts réels tantôt dans celle des statuts personnels, ce qui déterminera l'application de la loi du lieu ou du domicile. Une autre interprétation, plus répandue <sup>490</sup> considère que l'école statutiste pose une démarche à partir des lois. Dans cette optique, le statut n'est pas classé, dans la catégorie des statuts «réels» ou

<sup>488</sup> BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 258, n° 214 ss.; sur l'ensemble, voy.: LAINE A., pp. 47 ss.; ROCHAT Ch., p. 40 ss.; VITTA E., pp. 26 ss.; MEIJERS E.M., pp. 597 ss.; GUTZWILLER M., pp. 296 ss. sur les «points de départ».

<sup>489</sup> Sur cette dernière distinction, RIGAUX F., t. I, p. 58, n° 83.

<sup>490</sup> VITTA E., pp. 23-26.

dans celle des statuts «personnels», *in abstracto* de par sa fonction, mais c'est son législateur qui doit en avoir déterminé le caractère et, partant, l'étendue.

En réalité, la démarche, parce que pragmatique, paraît bien se situer à mi-chemin, dans un mouvement de va-et-vient, guère étranger au raisonnement du praticien contemporain. Le commentateur part du cas concret, y cherche le statut applicable et, selon qu'il est réel ou personnel, l'y applique <sup>491</sup>.

160. Prenons, par exemple la glose d'Arccursus (± 1245), qui a joué un rôle de précédent dans l'ordonnancement des commentaires relatifs aux conflits de lois. Elle s'inscrit sous les premiers mots du titre Ier (*De Summa Trinitate et fide catholica*) de la première constitution du Code de Justinien imposant la religion catholique aux peuples sous sa domination en ces termes: «*Cunctos populos quos clementiae nostrae regit imperium in tali volumus religione versari quam divum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio usque ad huc ab ipso insinuata declarat*». Le glossateur se demande quels peuples sont sous la domination de l'empereur et d'en tirer un cas «*quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet judicari secundum statuta Mutinae quibus non sub est*». Le Bolognais, convenu en justice à Modène ne doit pas être jugé selon le statut de Modène, auquel il n'est pas soumis. La généralité du principe n'offre pas encore de catégorisation entre statut réel ou personnel, sauf à considérer que seul le statut personnel est visé. Plus que l'étendue, non précisée, du champ d'application des lois de Modène ou de Bologne, c'est la soumission du Bolognais à ses lois personnelles qui est soulignée <sup>492</sup>.

<sup>491</sup> BLAGOJEVIC B.T., «Théorie des statuts à la lumière de l'histoire générale de l'évolution de la société», in *De conflictu legum*, Mélanges Kollwijn et Offerhaus, NTIR, 1962, pp. 67-81, p. 73. Sur ce raisonnement en général chez le magistrat, MEEUS A., «L'art de juger», in *Mélanges Legros*, Bruxelles, U.L.B., 1985, pp. 437-447.

<sup>492</sup> Voy. BATIFFOL H., «Principes», p. 499; BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 262, note 9; incertain chez GUTZWILLER M., qui à la fois souligne le point de vue de base constant «des limites d'application de la loi» (p. 303) et «d'inspiration que les limites de ce pouvoir ne doivent pas être fixées d'une manière générale et abstraite, mais qu'il convient de faire des distinctions suivant les rapports de droit en question» (p. 304); JUENGER F.K., p. 142. *Contra*: VITTA E., p. 25. ROCHAT Ch. juge plausible la thèse de CHECCHINI expliquant cette soumission «en vertu d'une adhésion apparentée aux professions de droit, mais reposant sur l'appartenance à un territoire et non à une race», p. 54 et références.

L'exemple permet de constater incidemment que, si une des difficultés rencontrées par le droit international privé contemporain est l'harmonisation de systèmes juridiques laïcisés et confessionnels, il peut être de bon augure de relever que le droit international privé s'est développé à partir de la glose d'une disposition imposant une religion d'Etat.

161. L'ambiguïté des interprétations se poursuit avec les commentaires de Bartole (1314-1357) sur la «cause anglaise». Un Anglais décède laissant des biens en Angleterre et en Italie. Faut-il appliquer la coutume anglaise qui attribue la succession à l'aîné, ou la coutume italienne qui partage entre les frères? Selon Bartole, il faut examiner les termes de la coutume anglaise: si elle dit «*bona veniant in primogenitum*», elle est réelle, disposant «*circa rem*», il faut appliquer la coutume du lieu de situation des biens. Si elle dit «*primogenitus succedat*», elle est personnelle, disposant *circa personam* et il faut appliquer la coutume personnelle du défunt. Dans une interprétation unilatéraliste, on peut dire que Bartole s'inquiète bien là du champ d'application de la loi anglaise. Dans une interprétation multilatéraliste, on pourrait soutenir que Bartole fait application de la loi anglaise à titre de loi personnelle et opère implicitement un renvoi, laissant cette coutume désigner la coutume applicable. Sinon pourquoi ne pas soumettre la coutume italienne à la même question du champ d'application au vu de son libellé? Si Bartole retient la loi anglaise comme loi personnelle, ce peut être soit à titre de loi du défunt, soit, selon ses termes, à titre de loi de l'héritier puisqu'il écarte l'héritier non anglais au motif que les statuts personnels ne peuvent régir un étranger <sup>493</sup>.

Il reste que la catégorisation est celle de la norme en statut réel ou personnel, non du rapport de droit comme chez Savigny <sup>494</sup>. Sur ce point porte la distinction fondamentale avec la notion moderne de statut personnel.

<sup>493</sup> Sur le texte, non les interprétations personnelles, BARTOLUS, «On the conflict of laws», trad. BEALE J.H., Cambridge, Harvard University Press, 1914, § 42, p. 44; LAINE A., t. I, p. 154 ss.; GUTZWILLER M., 319-320; BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 262, note 8; JUENGER F.K., p. 143.

<sup>494</sup> La même démarche va se poursuivre dans les écoles allemande (XVe siècle), française (XVIe-XVIIIe siècles) et hollandaise (XVIIe siècle). La territorialité y domine. A partir de la notion internationale de souveraineté, Huber introduit toutefois la réciprocité (*comitas gentium*) et le choix du droit applicable par la *lex fori*; *supra*, note 156. Voy. RIGAUX F., t. I, p. 59; ROCHAT Ch., p. 79 ss., notamment la doctrine et la jurisprudence statutaire en France, pp. 96-98.

## § 2. Statut personnel

### A. Les mots

162. Les mots utilisés pour désigner le statut personnel recouvrent des sens différents selon les vocabulaires et systèmes juridiques.

En français, les termes désignent tantôt un ensemble de qualités juridiques de la personne, tantôt la loi appliquée à ces matières <sup>495</sup>. Sauf à rejeter ces appellations, la tendance majoritaire favorise l'usage des mots «loi personnelle» dans ce dernier sens. Les mots «statut personnel» sont alors réservés à la matière régie par cette loi <sup>496</sup>. L'article 3, alinéa 3 des Codes civils français et belge, visant comme telle la matière de l'état et de la capacité des personnes, ces derniers termes seront fréquemment utilisés. Le praticien semble préférer le contenu au contenant <sup>497</sup>. Dans la jurisprudence belge, un seul arrêt donne une définition: «les lois régissant l'état et la capacité des personnes entendent par état des personnes, ce que les Romains appelaient *status hominum*» <sup>498</sup>. Cette définition ne satisfait pas à deux égards: elle

<sup>495</sup> *Supra*, n° 157; FRANCESCAKIS P., «Statut personnel»; JITTA J., p. 419.

<sup>496</sup> ROCHAT Ch., p. 15.

<sup>497</sup> Quoique l'usage des mots soit assez varié, la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique paraît attester cette tendance. Sauf erreur, sur huit arrêts relatifs à la matière, trois utilisent les mots «état et capacité des personnes» (aff. *Servais-Rossi*, 16 février 1955; *Bigwood II*, 14 décembre 1978; *Eicker*, 10 avril 1980), deux utilisent à la fois «état et capacité et statut personnel» (aff. *de Bauffremont*, 19 janvier 1882; *Bigwood I*, 9 mars 1928), un parle de «capacité ou statut personnel» (aff. *Flesher*, 3 août 1848), un de «la personne et ses biens mobiliers» (aff. *de Terwagne*, 6 août 1882), un de «loi personnelle» (aff. *La Kaye*, 20 mars 1941). Aucune décision n'utilise uniquement les termes «statut personnel». Voy. ces arrêts à leur date in RIGAUX et ZORBAS, *Les grands arrêts*.

<sup>498</sup> Cass., 1ère Ch., 8 février 1849, *Assurances générales de Paris c. Ruelens, Pas.*, 1849, I, 239-241; RIGAUX et ZORBAS, p. 97. La Cour entend par là limiter le prescrit aux personnes physiques à l'exclusion des personnes morales. Elle reviendra sur cette jurisprudence considérant que «le mot *personne* désigne, dans son acception juridique tous les êtres qui sont sujets de droit, ce qui comprend les personnes civiles ou morales, aussi bien que les personnes physiques, d'où il suit que les personnes morales ont un état et une capacité dans la mesure réglée par les lois qui les instituent» (Cass., 1ère Ch., 12 avril 1888, aff. *Tunt, Pas.*, 1888, I, 186; RIGAUX et ZORBAS, p. 135). Le statut personnel des personnes morales n'est pas abordé dans cette étude. Voy. DEBY-GERARD F., p. 272, qui y classe la constitution, le fonctionnement interne, la représentation et la capacité de la personne morale. Le vocabulaire du droit des sociétés ne se prive pas de similitudes avec le droit familial. Sur la comparaison des facteurs de rattachement du statut personnel des sociétés et des personnes physiques connaissant une scission entre le continent

ne vise qu'une partie du statut personnel étant l'état des personnes dont elle ne précise qu'un élément, le terme personne, qu'elle veut limiter aux personnes physiques, non le terme état. La définition dégagée de la doctrine de droit interne est, sur ce point, plus satisfaisante (*supra*, n°130).

Dans le droit allemand, le terme «*Personalstatut*» indique le système légal, l'ordre juridique auquel on se réfère via un facteur de rattachement et est donc plus proche du concept de loi personnelle. Tandis que la situation de la personne dans ses relations, son état, est désignée par les termes «*Persönlicherstatus*» ou «*Personenstand*» pour les relations familiales<sup>499</sup>.

Dans la common law, le terme générique le plus utilisé est «*Personal law*» ou «*the law of persons*», la loi personnelle, désignant l'ordre juridique qui régit certaines matières étant les «*questions concerning the personal and proprietary relationship between members of a family*»<sup>500</sup>. Le terme «*status*» est moins usité<sup>501</sup>. Son sens est controversé entre l'état d'une personne ou sa «*capacity under the laws of his country for the acquisition and exercise of legal rights and for the performance of legal acts*»<sup>502</sup>.

Dans le système de droit musulman, les termes «*statut personnel*» sont moins utilisés en droit international privé qu'en droit interne (*supra*, n° 130)<sup>503</sup>. Peut-être précisément la notion,

européen et la common law, respectivement domicile et autonomie (incorporation) d'une part, nationalité et domicile, d'autre part, VAN HECKE G., «*Universalisme et particularisme*», p. 944.

<sup>499</sup> VON OVERBECK A.E., «*Persons*», n° 4; ROCHAT, p. 14.

<sup>500</sup> MORRIS J.H.C., p. 14.

<sup>501</sup> DICEY and MORRIS, p. 227, et références; *adde*: VON OVERBECK A.E., n° 4; GROFFIER E., «*Nationalité et statut personnel dans le droit de la nationalité canadienne*», in VERWILGHEN M., *Nationalité et statut personnel*, p.221; GLENN P.H., «*La capacité*», p. 21.

<sup>502</sup> L'index de l'ouvrage de MORRIS ne porte sous «*status*» que des renvois à d'autres mots: adoption, civil death, divorce, domicile...

<sup>503</sup> Eu égard au rattachement religieux de la personne au droit musulman, on parlera davantage, visant le résultat non la matière, de loi ou de droit personnel. Voy. le titre du cours de BENATTAR R., «*Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les pays de droit personnel*», *R.C.A.D.I.*, t. 121, 1967, III, p. 51; FADLALLAH I., pp. 68-69, note 13; FATHI WALI, *Introduction to Islamic Law*, Le Caire, 1989, parle de «*Personality of Islamic Law*», p. 41; ISSAD M., *Droit international privé*, t. I, Alger, O.P.U., 1986, dispose toutefois sous le titre III: «*Les catégories de rattachement*», un sous-titre Ier: «*Le statut personnel*»; lui-même subdivisé en «*Statut individuel*» et «*statut familial*», pp. 225 ss.

étant connue en droit interne, et y recouvrant les relations familiales, a-t-on préféré en droit international privé le découpage par matières (mariage, divorce...). Plus vraisemblablement, le droit international privé, n'étant pas régi par le Coran, si ce n'est pour les relations entre musulman et non-musulman, a subi davantage l'influence des législations occidentales. C'est ainsi que l'on retrouve les termes «état et capacité» dans la législation marocaine datant du protectorat<sup>504</sup> et dans la législation algérienne<sup>505</sup>. Seule la législation tunisienne utilise les termes «statut personnel» sans donner de définition mais en procédant à une énumération<sup>506</sup> (*infra*, n° 165). Le législateur tunisien résout par là la question de la définition du statut personnel. Car tel est bien le problème. S'attachant aux matières couvertes, non à la loi appliquée, le statut personnel pourrait se définir comme «une catégorie (de rattachement) incluant l'ensemble des matières qui seront régies par la loi personnelle». Le lecteur s'aperçoit que rien n'est défini: quelles sont ces matières (B)? Quelle est la loi personnelle (section 2)?

## B Contenu

163. Si le langage révèle une certaine diversité entre les systèmes juridiques, s'il est notoire qu'une scission entre la nationalité et le domicile marque la loi personnelle, il est moins souvent relevé que le contenu même du statut personnel varie entre les systèmes juridiques<sup>507</sup>.

164. Dans les pays de common law, le contenu de la notion de statut personnel est assez réduit. En Angleterre, si la notion de «status», qui recouvre l'état de la personne est assez large, la

<sup>504</sup> Dahir du 12 août 1913 sur la condition civile des Français et des étrangers dans le protectorat français au Maroc (D.C.C.); B.O., 12 septembre 1913, p. 77; «Documentation», p. 195, art. 3: «L'état et la capacité des Français et des étrangers sont régis par leur loi nationale».

<sup>505</sup> Code civil algérien, art. 10: «Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Algériens même résidant en pays étranger», «Documentation», p. 236.

<sup>506</sup> Décret du 12 juillet 1967 fixant le statut personnel des étrangers, J.O.R.T., 13 juillet 1966, p. 987; «Documentation», p. 281, art. 2.

<sup>507</sup> BATIFFOL H., «Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale», in *XXth Century Comparative and Conflict Law, Legal Essays in honour of E. Hessel Yntema*, A.W. Sijthoff, Leyden, 1961, pp. 295 ss. et in «Choix d'articles», p. 213.

notion de «capacity» en est toutefois distincte. La doctrine continentale affirme généralement que la «capacité» est, en Angleterre, rattachée non à la personne mais à l'acte juridique, partant à la loi qui s'y applique<sup>508</sup>. La jurisprudence, peu nombreuse et incertaine, invite à plus de prudence. Morris en conclut: «the law which an English court would apply to the question is obviously anybody's guess», suggérant comme solution la *favor validitalis* tantôt par la loi du domicile, tantôt par la proper law of the contract<sup>509</sup>. Tant aux Etats-Unis qu'en Angleterre, la notion se réduit surtout par l'importance de la *lex fori* dans l'ensemble du contentieux familial, abordé du point de vue de la compétence judiciaire plutôt que législative<sup>510</sup>. De ce fait, la notion perd son intérêt en qualité de catégorie de rattachement pour le règlement des conflits de lois.

165. Il n'en est rien dans les systèmes de droit musulman. Plus comme concept que dans les mots, la notion de statut personnel sert de catégorie de rattachement à la loi personnelle. Son contenu est large. Comme en droit interne, elle comprend la capacité et l'état des personnes. L'état des personnes couvre l'ensemble des relations familiales, en ce compris les successions, régimes matrimoniaux et donations<sup>511</sup>. L'énumération donnée par la législation tunisienne sur «le statut personnel des étrangers»<sup>512</sup> en son article 2 est claire:

«Le statut personnel comprend les contestations relatives à l'état et à la capacité des personnes, au mariage, aux régimes matrimoniaux, aux droits et devoirs réciproques des époux, au divorce, à la répudiation, à la séparation, à la filiation, à la reconnaissance et au désaveu de paternité, aux relations entre ascendants et descendants,

<sup>508</sup> BATIFFOL H., «Principes», p. 504; LOUSSOUARN Y., *Rapport I.D.I.*, p. 314, se référant à BATIFFOL (note 18); VON OVERBECK A.E., «Persons», n° 22.

<sup>509</sup> MORRIS J.H.C., p. 232; *adde*: GLENN P., «La capacité», p. 21.

<sup>510</sup> VAN HECKE G., «Principes et méthodes», p. 538; pour les U.S.A.: AUDIT B., «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit. Sur la crise des conflits de lois», p. 293.

Par exemple en Angleterre, depuis 1974, pour la procédure en divorce, la compétence est fondée sur le domicile en Angleterre, d'un seul des deux époux, demandeur ou défendeur, au moment de l'instance ou durant une année avant son introduction. Celle-ci déterminée, le tribunal appliquera exclusivement la loi anglaise. MORRIS J.H.C., pp. 137-139.

Aux Etats-Unis, la notion est encore restreinte par la soumission de l'ensemble des conditions de validité du mariage (forme et fond) à la *lex loci celebrationis*. LOUSSOUARN Y., p. 314.

<sup>511</sup> VAN HECKE G., p. 538; CHARFI M., p. 391.

<sup>512</sup> Cette formulation unilatérale s'adressant uniquement aux étrangers qui se trouvent en Tunisie, plutôt qu'aux Tunisiens à l'étranger, est totalement respectueuse de la territorialité des ordres juridiques. Références, *supra*, note 506.

à l'obligation alimentaire entre parents et autres alliés, à la légitimation, à l'adoption, à la tutelle, à la curatelle, à l'interdiction, aux donations, aux successions, au testament et autres dispositions à cause de mort, à l'absence et à la présomption de décès».

Cette conception très large du statut personnel se retrouve dans de nombreux pays d'Afrique <sup>513</sup>.

**166.** Dans les systèmes de droit civil d'Europe continentale, le statut personnel recouvre généralement une notion plus restreinte que l'on pourrait situer entre les notions retenues par la common law et le droit musulman. Au vu de l'article 3, alinéa 3 du Code Napoléon, il s'agit de l'état et de la capacité des personnes. La capacité vise la capacité de jouissance et d'exercice des personnes. L'état est l'état individuel, «l'ensemble des qualités juridiques des personnes» <sup>514</sup> (naissance, nom) mais aussi, et surtout dans la pratique, l'état relationnel familial (mariage, divorce, filiation) <sup>515</sup>. Plusieurs Etats, hormis la France, la Belgique, les Pays-Bas <sup>516</sup> intègrent les successions dans les relations familiales <sup>517</sup>. Savigny faisait de même <sup>518</sup>. Les

<sup>513</sup> BOULANGER Fr., p. 651.

<sup>514</sup> LAINE A., p. 115.

<sup>515</sup> BATIFFOL et LAGARDE, t. II, p. 19, n° 392.

<sup>516</sup> SAUVEPLANNE J.G., *Elementair Internationaal Privaatrecht*, p. 28.

<sup>517</sup> Liste in LOUSSOUARN Y., *Rapport I.D.I.*, p. 305. En Europe: R.F.A. (voy. à l'époque STURM F., in VERWILGHEN M., *Nationalité et Statut personnel*, p. 97), Italie (C. civ. 1942, art. 3), Espagne (D.L. 1974, art. 9, §8), Grèce (C. civ., art. 28), Tchécoslovaquie (L. 4 décembre 1963, art. 17), Pologne (L. 12 novembre 1965), Portugal (C. civ. 1966, art. 62), Autriche (L. 15 juin 1978, art. 28), Hongrie (L. 1979, art. 36). *Adde*: R.D.A. L. 5 décembre 1975, § 25.

<sup>518</sup> SAVIGNY F.C., t. VIII, p. 291 «car les successions ont pour objet la personne *principaliter* et elles ne s'occupent des biens qu'*accessoirement*», comp. cette formulation avec celle de BARTOLE (*supra*, n° 161). Les motifs sont identiques mais l'un raisonne sur la loi, l'autre sur le rapport de droit.

LAINE trouvait le classement des successions dans la catégorie des statuts personnels «juste en théorie», mais «chose à l'heure actuelle impossible, la loi s'y oppose absolument». En effet, pour Lainé, dans l'ancien droit les successions appartenaient au statut réel or le Code civil consacre le droit ancien. (LAINE A., «La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé», p. 445).

jurisprudences d'autres Etats, dont celles de Belgique <sup>519</sup> et des Pays-Bas <sup>520</sup> y incluent les régimes matrimoniaux.

Les textes européens reprennent la notion d'état et de capacité des personnes pour l'exclure du champ d'application matériel des conventions <sup>521</sup>.

Les donations conservent un statut ambigu. Elles ne sont pas exclues du champ d'application de la Convention de Rome, même si elles «sont effectuées dans le cadre familial... (à l'exclusion des)... donations contractuelles affectées par le droit de la famille,

<sup>519</sup> «Attendu que le régime matrimonial légal auquel sont soumis les époux mariés sans contrat est si étroitement lié au mariage et à ses effets, que notamment dans le cas où, comme en l'espèce, les époux ont acquis une nationalité commune par la conclusion du mariage, ce régime doit être considéré comme concernant l'état des personnes et est en principe soumis à la loi de l'Etat de cette nationalité commune». Cass. (1ère Ch.), 10 avril 1980, aff. *Eicker, J.T.*, 1980, p. 560; RIGAUX et ZORBAS, p. 490.

<sup>520</sup> La jurisprudence du Hoge Raad a rattaché les régimes matrimoniaux à l'article 6 de l'A.B.W. (*Allgemene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk*) qui stipule que la loi concernant les droits, l'état et la capacité des personnes lie les Hollandais même en pays étranger (H.R., 17 mai 1929, *N.J.*, 1929, p. 1279). Si la jurisprudence a évolué quant à la solution vers l'autonomie, elle ne dit pas que la matière ne relève plus du statut personnel. Voy. VAN ROOIJ et POLAK, p. 194.

<sup>521</sup> En matière de règlement de conflit de juridictions, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, art. 1: «Sont exclus de son application, 1° L'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions». De l'énumération, il ressort que les régimes matrimoniaux et les successions sont indépendants de l'état des personnes. Ces matières auraient-elles pu rentrer sous le générique statut personnel? Les arrêts *De Cavel* excluant du champ d'application de la Convention les mesures provisoires prises durant l'instance en divorce relativement aux biens des époux (C.J.C.E., 27 mars 1979, aff. 143/78) et incluant des mesures similaires relativement aux pensions alimentaires (C.J.C.E., 6 mars 1980, 120/79), ne nous éclairent pas sur ce point.

En matière de règlement de conflit de lois, les travaux de la C.E.E. préalables à la Convention de Rome du 19 juin 1980, portant initialement sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, avaient dès l'abord éliminé les matières d'état et de capacité des personnes «ne relevant pas de l'objet du Traité de Rome». En conséquence, l'art. 1 exclut a) l'état et la capacité des personnes physiques, b) les obligations contractuelles concernant les testaments et successions; les régimes matrimoniaux, les droits et devoirs découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers les enfants non légitimes». L'art. 11 de la Convention dispose toutefois sur l'apparence de capacité en matière contractuelle, confirmant la jurisprudence Lizardi. Voy. FOYER J., «L'avant-projet C.E.E.», p. 571; LAGARDE P., «Le nouveau droit international privé des contrats», pp. 294 et 327.

des régimes matrimoniaux ou des successions» 522.

Le silence des législations et codifications récentes est encore plus frappant. *Aucune* n'utilise le concept de statut personnel pour désigner la catégorie de rattachement. Les États préfèrent soit légiférer sur des matières particulières au sein du statut personnel <sup>523</sup>, soit dans les codifications, tantôt limitées au droit familial <sup>524</sup>, tantôt générales, édicter des dispositions propres à chaque matière précise. Dans les codifications plus larges, alors que le texte hongrois (1979) utilise encore les termes «état et capacité des personnes» tout en les complétant par les successions

---

<sup>522</sup> Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles par GIULIANO M. et LAGARDE P., p. 17; *adde*: GAUDEMET-TALLON H., p. 236, soulignant que «la limite sera difficile à tracer» compte tenu notamment de «l'extension que chaque droit national donne à la réglementation des donations consenties dans le cadre familial»; LAGARDE P., «Le nouveau droit international privé des contrats», p. 295.

<sup>523</sup> - *Belgique*:

- Loi du 27 juin 1960 sur l'admissibilité du divorce lorsque l'un des époux au moins est étranger (*M.B.*, 9 juillet 1960).

- Loi du 27 avril 1987 modifiant notamment les articles 340 ss. du Code civil relativement à l'adoption internationale (*M.B.*, 27 mai 1987, p. 8270).

- *France*:

- Loi du 3 janvier 1972 ajoutant au Code civil les articles 311-14 à 311-18 sur le conflit des lois relatives à l'établissement de la filiation.

- Loi du 11 juillet 1975 modifiant l'article 310 du Code civil relativement au divorce international.

- *Pays-Bas*:

- Loi du 25 mars 1981 portant règlement des conflits de lois en matière de dissolution du mariage et de séparation de corps et de la reconnaissance de celles-ci (*Staatsblad*, 1981, n° 166; texte français, *R.C.D.I.P.*, 1981, p. 809).

- *Espagne*:

- Loi du 7 juillet 1981 sur le divorce comportant un article 107 sous le chapitre XI «Règles de droit international privé», traduc. franç. in VON OVERBECK, «Questions générales», p. 219, note 106.

<sup>524</sup> - *Portugal*:

- Décret-loi n° 496-77 du 25 novembre 1977 modifiant le Code civil (*Diario da Republica*, 25 novembre 1977; traduc. franç., *R.C.D.I.P.*, 1978, p. 598), adaptant précisément le droit interne et le droit international privé à la Constitution du 25 avril 1976 ayant introduit le principe d'égalité des sexes et des enfants (art. 36.4). Voy. MOURA RAMOS R., *R.C.D.I.P.*, 1978, p. 60, note 4. Sont visés les «rapports entre époux» (art. 52), les «conventions matrimoniales» (art. 53), l'établissement de la filiation» (art. 56, et abrogation des art. 58 et 59), les «rapports entre parents et enfants» (art. 57), la «filiation adoptive» (art. 60 et 61).

- *Bulgarie*:

- Code bulgare de la famille, *J.O.* du 28 mai 1985 (traduc. franç., *R.C.D.I.P.*, 1989, p. 822), visant à l'art. 133 les règles de conflits de lois relatives aux «rapports personnels et biens communs entre époux».

et le droit familial <sup>525</sup>, les deux codifications plus récentes, celle d'Allemagne fédérale en 1986 et celle de Suisse en 1987, s'en abstiennent. Toutes deux procèdent à une énumération de matières dont l'individualisation est plus poussée en droit suisse, la loi allemande maintenant une catégorie générique «Droit familial» <sup>526</sup>.

Cette méthode se trouvait déjà dans la codification de la

**525 - Hongrie:**

- Décret-loi n° 13/1979 sur le droit international privé (*Magyar Közlöny*, 31 mai 1979; trad. franç., *R.C.D.I.P.*, 1981, p. 158). Le Chapitre II intitulé «Personnes» vise successivement la personne humaine (§§ 10 à 16), l'Etat (§ 17) et les personnes morales (§ 18) comme sujets de droit. Le § 10 est ainsi libellé: «La capacité de jouissance et d'exercice d'une personne, de même qu'en général l'état et les droits s'attachant à la personne, sont soumis à sa loi personnelle». On pourrait croire qu'ainsi le statut personnel est implicitement défini. Toutefois, un Chapitre VI est intitulé «Droit successoral» et un Chapitre VII «Droit de la famille», comportant comme sous-titres couvrant les §§ 37 à 50: «Le mariage et sa validité; les rapports juridiques personnels et patrimoniaux des époux; la dissolution du mariage, filiation, adoption, rapports juridiques entre parents et enfants, application de la loi la plus favorable à l'enfant, obligations alimentaires découlant d'autres liens de parenté, tutelle, curatelle».

**- Mexique:**

- Le concept «état et capacité» des personnes est également utilisé en dehors d'Europe à l'article 13.2 du Code civil mexicain modifié par le Décret du 11 décembre 1987 (*Diario Oficial*, 7 janvier 1988, p. 2, trad. franç., *R.C.D.I.P.*, 1989, p. 583). La notion est bien ici celle d'une catégorie de rattachement sans énumération plus détaillée.

**526 - R.F.A.:**

- Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé (*Bundesgesetzblatt*, 30 juillet 1986, n° 37, p. 1142; trad. franç., *R.C.D.I.P.*, 1987, p. 170). (*L.A.D.I.P.*).

**- Suisse:**

- Loi fédérale sur le droit international privé (*L.S.D.I.P.*) du 18 décembre 1987 (*Feuille Fédérale*, 12 janvier 1988 et *R.C.D.I.P.*, 1988, p. 409).

Bien que sous une présentation quelque peu différente, les deux lois comportent les mêmes matières relativement au «statut personnel». La loi suisse vise, dans des chapitres différents:

- les personnes physiques (2);
- le mariage (3), subdivisé en: célébration, effets généraux, régimes matrimoniaux et divorce et séparation de corps;
- la filiation (4), subdivisée en: par naissance, reconnaissance, adoption, effet;
- la tutelle et autres mesures protectrices (5);
- les successions (6).

La loi allemande porte comme grandes divisions des sections titrées:

- Droit des personnes physiques et actes juridiques (2), comportant notamment la capacité et le nom;
- Droit de la famille (3), comportant des subdivisions similaires à celles incluses sous les chapitres mariage, filiation et tutelle en droit suisse;
- Successions (4).

R.D.A. (1975)<sup>527</sup>. Seule la codification autrichienne (1978), utilise le concept de statut personnel (*Personalstatut*) mais dans le sens allemand (*supra*, n° 162) pour définir le résultat, qu'est la loi personnelle, non l'objet qui est le domaine couvert par cette loi<sup>528</sup>.

Depuis plusieurs années, les Conventions de La Haye tentent, ici comme en d'autres matières, de cerner avec plus de précision l'objet des traités<sup>529</sup>.

---

**527 - R.D.A.:**

- Loi sur l'application du droit aux rapports internationaux de droit civil, familial, de travail, ainsi qu'aux contrats économiques internationaux du 5 décembre 1975 (*Gesetzblatt der D.D.R.*, 8 décembre 1975, I, p. 748; traduc. franç., *R.C.D.I.P.*, 1977, p. 200). (Une loi du 19 juin 1975 vise la procédure: *G.D.D.R.*, 11 juillet 1975, I, p. 537, traduc. franç. *R.C.D.I.P.*, 1977, p. 195).

Si la loi de l'ancienne R.D.A. n'utilise pas la catégorie du «droit familial», l'énumération des matières est quasi identique à celle de la loi de R.F.A. L'identité du contenu des catégories facilitera peut-être le rapprochement des deux législations pour l'Allemagne unifiée à défaut d'identité de solutions. En effet, la législation de R.D.A. favorise nettement la loi nationale et, en cas de conflit de nationalités, la *lex fori*.

**528 - Autriche:**

- Loi fédérale du 15 juin 1978 sur le droit international privé (*Ö-IPR)G*) (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 7 juillet 1978, n° 304, p. 1729, traduc. franç. *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 176). Le § 9 titré «Statut personnel d'une personne physique» porte «Le statut personnel d'une personne physique est le droit de l'Etat dont la personne est le ressortissant...». La traduction «Loi personnelle» est préférable. Pour le surplus, on retrouve une énumération dont les divisions ont vraisemblablement inspiré le codificateur allemand (Droit des personnes, Droit de la famille -mariage, filiation, tutelle -, Droit successoral).

**529 - Conventions de La Haye:**

Depuis la Convention du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, non entrée en vigueur par insuffisance de ratification (Belgique et Pays-Bas, plus les signatures de l'Espagne, de la France et du Luxembourg) on notera les conventions des:

- 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux *obligations alimentaires* envers les enfants (en vigueur dans 13 pays au 1er mars 1991);
- 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'*obligations alimentaires* envers les enfants (e.v. 18 pays);
- 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en la matière de *protection des mineurs* (e.v. 9 pays, non signée par la Belgique);
- 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des *dispositions testamentaires* (e.v. 31 pays);
- 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'*adoption* (e.v. 3 pays, non signée par la Belgique) (de nouveaux travaux sont en cours);
- 1er juin 1970 sur la reconnaissance des *divorces* et des *séparations de corps* (e.v. 14 pays, non signée par la Belgique);
- 2 octobre 1973:
  - . sur la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux *obligations alimentaires* (e.v. 15 pays);
  - . sur la loi applicable aux *obligations alimentaires* (e.v. 10 pays) (toutes deux non ratifiées par la Belgique);

### C. Constantes

167. Cet aperçu suffit à montrer qu'une détermination uniforme du contenu de la notion de statut personnel est vouée à l'échec. Au terme de son analyse, constatant l'«élasticité» de la notion, l'Institut de droit international a, lors de sa session du Caire, renoncé à définir le statut personnel pour adopter une résolution qui, comme dans les codifications, repose sur une analyse catégorielle plus fine et propose des solutions adaptées à chaque matière<sup>530</sup>. Face à la diversité des matières, la plupart des auteurs vont retenir comme seule constante la nécessaire permanence dans le temps et l'espace<sup>531</sup>. Rien n'établit toutefois de soi la permanence en ces matières. Plus que de prouver la nécessité d'une permanence, et partant l'application d'une loi personnelle, on pose cette nécessité comme postulat que l'on confirme *a posteriori* en constatant qu'une loi personnelle y est appliquée. Le critère est fonctionnel<sup>532</sup>, mais opère un glissement de l'objet au résultat; des matières à la loi qui les régit; du statut personnel à la loi personnelle. C'est, en dernière analyse, celle-ci qui définit le statut personnel, non l'inverse<sup>533</sup>.

- 
- 14 mars 1978 sur la loi applicable aux *régimes matrimoniaux* (non en vigueur);
  - 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des *mariages* (non en vigueur);
  - 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'*enlèvement international d'enfants* (e.v. 16 pays, non ratifiée par la Belgique);
  - 1er août 1989 sur la loi applicable aux *successions* à cause de mort (non en vigueur).

<sup>530</sup> *Annuaire I.D.I.*, Session du Caire, vol. 62-I, 1987 pour le Rapport de LOUSSOUARN Y.. Voy. p. 312 contre une définition BATIFFOL et GANNAGE, ce dernier soulignant que la notion est «très élastique». A la «voie large» incluant régimes matrimoniaux et successions, les mêmes auteurs préfèrent la recherche de règles pour le statut personnel *stricto sensu* (p. 315).

La résolution, vol. 62, II, p. 291, sur «la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé», distingue les régimes matrimoniaux, les successions et les effets personnels du mariage (avec le divorce et la séparation de corps). Sur les solutions, voy. *infra*, n° 197 ss.

<sup>531</sup> LOUSSOUARN Y., *Rapport I.D.I.*, p. 315, avec la référence à BATIFFOL et LAGARDE, t. II, p. 372, n° 642 (lire 624); *add: idem*, t. I, p. 325, n° 279; VON OVERBECK A.E., n° 6; VAN HECKE G., p. 538; RABEL E., p. 101 et 105, considère que la notion de statut se réfère à des situations rattachées à la loi personnelle et concède qu'un sens précis est difficile; BATIFFOL H., «Principes», p. 502.

<sup>532</sup> AUDIT B., p. 281.

<sup>533</sup> BATIFFOL et LAGARDE, t. II, p. 3, n° 376: «Le statut personnel est l'ensemble des matières soumises à la loi qui suit la personne». L'ordre du Titre II «Statut personnel» est, sous le chapitre premier d'abord, la détermination de la loi personnelle étant la loi nationale (Section 1), ensuite la détermination du domaine de la loi personnelle (Section 2).

## Section 2. Loi y appliquée : la loi personnelle

168. La recherche de la loi personnelle dans le droit international privé ressemble bien au mythe de Sisyphe. En 1969, l'inconciliabilité de la nationalité et du domicile était encore considérée comme l'*iron curtain* du droit international privé<sup>534</sup>. L'histoire récente pourrait enlever à la comparaison ses fondements tant formels que substantiels. La recherche du facteur rattachant la personne à une loi tourne autour d'une idée centrale: l'appartenance à une communauté<sup>535</sup>. Chaque époque et système aura son appréciation du lien unissant la «collectivité des présents»<sup>536</sup>: la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle. Il faut se pencher sur ces notions (§ 1) avant d'examiner leur utilisation comme facteurs désignant la loi personnelle et l'évolution de celle-ci (§ 2).

### § 1. Les notions de nationalité, domicile, résidence habituelle

#### A. Nationalité

169. Les évocations lyriques de la nationalité comme attribut fondamental reliant la personne à un Etat paraissent obsolètes. Puisés chez Montesquieu<sup>537</sup>, les éléments de peuple, géographie, tempérament, génie, ont trouvé leur écho comme fondements du principe de nationalité auprès de nombreux auteurs de la fin du

<sup>534</sup> DE WINTER L.I., «Nationality or Domicile», pp. 349-503, p. 357.

<sup>535</sup> Ce qui peut se rapprocher de l'idée de FRANKENSTEIN, selon laquelle «le droit ne serait que l'expression de la conviction qu'a la majorité des individus composant une communauté déterminée de ce qui est juste», in AGO R., p. 262.

<sup>536</sup> BATIFFOL H., «Aspects philosophiques», p. 199.

<sup>537</sup> *De l'Esprit des Lois*, L. I, Chap. III, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1951, t. 2, p. 238. «Elles (les lois civiles) doivent être relatives au physique du pays... au genre de vie des peuples; ... au degré de liberté que la constitution peut souffrir; à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières»; et les livres qui suivent comme L XIV «Des lois dans le rapport qu'elles ont avec la nature du climat».

XIXe siècle<sup>538</sup>. Le concept de la nation existait déjà antérieurement. On le fixe au XVe siècle pour la France<sup>539</sup>. Ce qui est nouveau au XIXe siècle, à la suite de la Révolution française, c'est la conversion de l'idée de nation en concept de droit. La nation souveraine est source légitime de pouvoir sur ses membres. Il serait trop hâtif de juger ces conceptions surannées parce que sentimentales. L'histoire qui les a vu naître à une période où des hommes luttèrent pour la création d'un Etat-Nation souverain n'est pas sans continuité. Deux exemples l'attestent. Le premier se trouve dans le phénomène migratoire. L'homme éloigné de son pays n'a de cesse de s'y sentir rattaché par les liens du cœur et cultive l'espoir du retour. L'Ulysse d'Homère n'est guère différent sur ce point du travailleur émigré de Maridakis en 1954: «le Grec, où qu'il se trouve, n'a qu'un seul rêve, celui de revenir et d'entendre la cloche de l'humble église de son hameau»<sup>540</sup>. Certes l'actualité de cette affirmation devra être interrogée au regard des migrations contemporaines (*infra*, n° 215). Une autre actualité donne le deuxième exemple: en U.R.S.S., les nationalités institutionnellement affaiblies au profit de l'union socialiste refont surface avec une ardeur dont tout lyrisme n'est pas absent. Mikhaïl Gorbatchev en reconnaît

<sup>538</sup> WEISS A., t. III, p. 69; LAURENT F., t. I, p. 110; *Idem*, «Le droit civil international», t. II, p. 144; MANCINI P.S., *Rapport à l'I.D.I.*, *Clunet*, 1874, p. 292, qui relève aussi qu'on est plus vite adulte dans les pays chauds que dans les pays froids.

Sous le lyrisme et la vacuité des termes, le débat autour de l'annexion de l'Alsace Lorraine met à jour une différence fondamentale entre l'école française (RENAN, FUSTEL DE COULANGE) et l'école allemande (MOMMSEN, VON TREITSCHKE). La conception française se caractérise par la volonté des individus, le rationalisme et le contrat; la conception allemande par le génie collectif qui s'impose aux individus par l'intermédiaire du sol et du sang. Sans exagérer le prolongement de cette opposition, on ne peut nier ses incidences sur les notions contemporaines (*infra*, n° 171 ss et 173 ss). RENAN E., *Qu'est-ce qu'une nation?*, Paris, 1882. L'école française est l'héritière des idées révolutionnaires proclamées cent ans plus tôt: inspiré par ROUSSEAU, l'art. 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, telle que présentée à l'Assemblée Nationale par de Servan M., le 30 juillet 1789 portait: «Toute société civile est le produit d'une convention entre tous ses membres et jamais celui de la force» (*Archiv. Parl.*, 1ère série, t. VIII, p. 306, cité par GOUNOT E., p. 48, note 2). A la même époque que RENAN, en littérature, VERHAEREN E. traduit partiellement cette nuance par l'usage des termes «patrie» et «nation». Dans la pièce «Les Aubes» - publiée en 1898 par Deman, mise en scène à Moscou en 1921 par Meyerhold - qui exalte la paix et la fraternité des peuples, le héros, Hordain, affirme: «...Si les patries sont belles, douces au cœur, vivantes à la mémoire, les nations armées de frontières sont tragiques et funestes; et le monde entier reste encore hérisssé de nations», Paris, *Mercur de France*, 8e éd., avec «Hélène de Sparte», 1920, p. 241.

<sup>539</sup> TIMBAL P.C., «L'idée de Nation», *Encycl. Universalis*, 1990, Corpus 16, p. 7.

<sup>540</sup> MARIDAKIS G., «Codification hellénique», p. 159; MALRAUX écrit: «L'esprit donne l'idée d'une nation; mais ce qui fait sa force sentimentale, c'est la communauté de rêve», in *La tentation de l'Occident*, 1926.

l'effectivité, fût-ce sous forme d'un fédéralisme accru: «Chaque république aura une position unique dans une fédération renouée compte tenu des *caractères* propres à chaque région, peuple, culture et traditions nationales»<sup>541</sup>.

170. Dès lors, si l'analyse contemporaine permet plus de rationalité, c'est en négatif et force est d'en conclure que la nationalité est «une idée, une représentation que les individus se font de l'être collectif que tous ensemble ils constituent, c'est-à-dire, en définitive, un mythe» dont il n'est pas sûr que l'univers politique puisse faire l'économie pour «survivre par la seule vertu de sa rationalité»<sup>542</sup>. Affranchie du sentiment - mais cela se peut-il? -, la nationalité est définie comme «un lien politique entre l'Etat souverain et l'individu qui fait de celui-ci le membre d'une communauté qui constitue la dimension personnelle de l'Etat»<sup>543</sup>. Il reste que la part des volontés réciproques de l'Etat ou du citoyen au sein de ce mariage n'est pas fixée. Elle varie, selon les fondements du mythe, de l'allégeance au contrat. Le droit de la nationalité dans la plupart des Etats musulmans est marqué par le principe d'allégeance perpétuelle au souverain comme il l'était au sultan, chef politique et religieux<sup>544</sup>. Dans ce contexte, c'est

<sup>541</sup> Le 25 décembre 1989, devant le Comité central du parti: in LOMME R., «U.R.S.S.: la réforme politique et institutionnelle», *Encycl. Universalis*, Universalis, 1990, pp. 111-116; *adde*: UJSEWICS S., «La crise des nationalités en U.R.S.S.», in *Problèmes politiques et sociaux*, n° 616, Documentation française, 29 septembre 1988.

<sup>542</sup> BURDEAU G., «Nation», *Encycl. Universalis*, 1990, Corpus 16, p. 5: «La nation n'est pas une réalité concrète mais une idée. Elle n'est pas du même ordre que les formations sociales primaires, telles que les classes, les tribus, les villages et les cités. Aucun des facteurs qui expliquent la formation de ces groupements, l'ethnie, le territoire, la religion, la langue, ne suffit à rendre compte de la réalité nationale. En admettant, ce qui est douteux, que l'on puisse identifier les caractères raciaux, on constate qu'ils ne se retrouvent pas dans les nations modernes. Et pas davantage celles-ci ne procèdent de l'identité de langue ou de religion. Il y a des nations plurilingues et il en est où plusieurs religions sont professées. Enfin, l'histoire nous fait connaître des nations qui furent ou sont encore sans territoire propre». Voy. p.ex.: «During the 2 1/2 years of their uprising, the Palestinians have been building a nation without a state», *Time*, July 23, 1990, p. 15.

<sup>543</sup> REZEK J.F., p. 341; sur l'incidence de la (non) reconnaissance de l'Etat: VERHOEVEN J., p. 158.

<sup>544</sup> BELKEZIZ A., *La nationalité dans les Etats arabes*, La Porte, Rabat, 1963, relève l'évolution lente d'un Islam où la notion de nationalité est inexistante vers une notion laïque de nationalité en passant par l'allégeance personnelle, pp. 3 à 30; ISSAD M., t. II, pp. 112 ss.; CARLIER J.Y., «La nationalité marocaine», in *Juriclasser Nationalité*, réf. citées et les autres Etats musulmans dans le même ouvrage; TARAZI S.E.D., pp. 361 ss.; *adde*: l'ouvrage publié à l'occasion des 60 ans de S.M. HASSAN II, *Le Maroc des potentialités. Génie d'un Roi et d'un peuple*, Rabat, Ministère de l'Information, 1989, 307 p.; notamment AYACHE G., «La nation marocaine: unité et diversité», p. 46 et le discours de S.M. le Roi, le 16 octobre 1976, après la sentence de la C.I.J. sur la question du Sahara

l'Etat qui impose sa volonté aux citoyens <sup>545</sup>. Pour celui-ci, renoncer à sa nationalité équivaut à apostasier. L'acquisition volontaire d'une autre nationalité revêt le même caractère, l'allégeance à deux souverains n'étant pas imaginable <sup>546</sup>. Nous voici proche de l'église villageoise de Maridakis. Les solutions proposées à l'objet de cette étude ne peuvent ignorer cette réalité (*infra*, n° 223). A l'extrême opposé, dans la lignée du contrat social, plusieurs juristes français ont vu dans la nationalité un contrat par lequel le citoyen se lie volontairement à un Etat pour en être national <sup>547</sup>. Critiquée comme «purement fictive» <sup>548</sup>, tant

---

Occidental. Se disant satisfait par l'usage du terme «allégeance» plutôt que «souveraineté» pour préciser le lien entre le Maroc et le Sahara, le Roi ajoute: «L'allégeance, dans le droit musulman même si elle a revêtu différentes formes, n'a pas été une allégeance qui lie uniquement au Roi, l'individu à "Amir El Mouminin", mais ce que représentait cet individu dans les groupements, les tribus et les régions auxquelles il s'apparentait». *Adde*: «Hassan II» par HASSAN Ben Mohammed (lui-même), p. 305: «Le citoyen ayant besoin de cette identité, qu'il veuille ou non, a, par voie de conséquence, besoin que la patrie soit personnifiée par quelqu'un». Du point de vue politique en Afrique, voy. ZATZEPINE A., «Quelques réflexions sur la nationalité des personnes dans les républiques francophones d'Afrique et de Madagascar, vingt ans après l'indépendance», *Rec. Penant*, 1986, pp. 482-496; DECOTTIGNIES R. et DE BIEVILLE M., *Les nationalités africaines*, Paris, Pedone, 1963.

<sup>545</sup> S'étant en de nombreuses circonstances revendiqué du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes pour justifier ses conquêtes, Napoléon III n'hésitait pas à imposer le point de vue d'un Etat pour nier une autre nation. A propos de la Belgique, il écrit à E. Rouher: «Il faudra se placer hardiment sur le terrain des nationalités. Il importe d'établir dès à présent qu'il n'existe pas de nationalité belge et de fixer ce point essentiel avec la Prusse», in THEPOT A., «Principes des nationalités», *Encycl. Universalis*, 1990, Corpus 16, p. 24. Dans le débat contemporain, voy. DUMONT H., FRANCK Ch., OST Fr., DE BROUWER J.L. (dir.), *Belgitude et crise de l'Etat belge*, Bruxelles, Publ. Faculté St Louis, 1989, 306 p., C.R. MOLITOR M., *Revue Nouvelle*, octobre 1990, n° 10, p. 27, et FOX R., «Combien de temps une société peut-elle durer avec une identité négative?», *idem*, p. 103.

<sup>546</sup> Pour rencontrer ce problème, les Etats-Unis ont signé entre 1867 et 1914 une série de traités bilatéraux dits traités «Bancroft», du nom du ministre américain accrédité à Berlin en 1867-1868. Au terme de ces traités, le ressortissant d'une des deux parties, devenu sujet de l'autre par naturalisation, qui revient plus tard dans son pays d'origine pour y résider, est censé avoir renoncé à sa naturalisation et, perdant la nationalité acquise, regagne l'allégeance primitive. Voy. REZEK J.F., p. 378. L'art. 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme affirme: «... Nul ne peut être arbitrairement privé... du droit de changer de nationalité»; ni la portée juridique de la déclaration, ni l'adverbe «arbitrairement» ne donnent grand poids juridique à cette affirmation. Sur «Nationalité et statut personnel dans les instruments internationaux des Nations Unies», voy. MARESCAUX M.H., in VERWILGHEN M., *Nationalité et statut personnel*, p. 17.

<sup>547</sup> WEISS A., t. I, p. 8; t. III, p. 79; *addé*: référé. in BATIFFOL et LAGARDE, p. 66, n° 68, note 1.

<sup>548</sup> CHEMILLIER-GENDREAU M., «Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et réfugiés», *Mélanges Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 161-178, p. 165; HERAUD G., «Analyse critique du concept subjectif de nation», in *Mélanges Pierre Montagne de la Roque*, Toulouse, Presse de l'Institut d'Etudes Politiques, 1986, t. I, pp. 149-164; voy. aussi implicitement SAVIGNY F.C., t. VIII, p. 347.

dans le chef de l'Etat que de l'individu, la volonté cédera la place à des facteurs socio-économiques. Entre l'histoire et un projet de société future, confrontée à des Etats pluri-ethniques, la nationalité se cherche <sup>549</sup>. Les réflexions contemporaines, dans lesquelles s'inscrivent les travaux, en 1988, de la Commission de la nationalité française, permettent de dégager quatre axes de réflexions: la citoyenneté, la volonté, la supranationalité et la plurinationalité.

### 1) La citoyenneté

171. Un renouvellement de la tendance à dissocier le concept de citoyenneté du concept de nationalité se fait jour. La citoyenneté vise la participation à la vie politique de l'Etat, insistant davantage sur les relations internes de l'Etat que sur sa souveraineté internationale comme le fait le concept de nationalité <sup>550</sup>. Traditionnellement, la citoyenneté présuppose la

---

<sup>549</sup> Les formes d'Etat pluri-ethniques sont diversifiées, soit qu'ils se créent par migration comme en Europe occidentale, soit qu'ils aient été créés comme en Europe centrale ou en Afrique, soit qu'ils se recréent comme en U.R.S.S., soit qu'ayant toujours été tels l'équilibre des majorités quantitatives ou qualitatives (de pouvoir) se modifie comme aux U.S.A. Sur ce dernier cas, voy. *Time*, april 9, 1990, p. 34 ss.: «Beyond the melting pot. In the XXIst Century racial and ethnic group in the U.S. will outnumber whites for the first time. The "browning of America" will alter everything in society, from politics and education to industry, values and culture»; et *Time*, July 8, 1991, pp. 20 ss.: «Whose America? A growing emphasis on the U.S.'s 'multicultural' heritage exalts racial and ethnic pride at the expense of social cohesion»; à propos du rapport de Thomas SOBOL, Commissaire d'Etat à l'éducation sur l'image de la nation américaine qui doit être donnée dans l'enseignement. Le rapport SOBOL souligne «with efforts to respect and honor the diverse and pluralistic elements in our nation, special attention will need to be given to those values, characteristics and traditions which we share in common»; BOUVIER L., «Immigration, changement démographique et la mosaïque américaine», *R.E.M.I.*, 1990, p. 45; FICHOU J.P., *L'assimilation des Hispaniques*, Universalia, 1990, pp. 224-227. Sur les conflits nationaux comme menace en Fédération de Russie, voy. l'interview du président du Conseil des Ministres, Ivan SILAIEV, in *Nouvelles de Moscou*, n° 29, 22 juillet 1990, p. 8.

<sup>550</sup> WEISS P., *Nationality and statelessness in International Law*, London, Stevens, 1955, p. 5. Sur la catégorisation des rapports entre l'individu et l'Etat, selon JELLINEK en «*Status positivus*» (action positive de l'Etat: Etat-Providence), «*status activus*» (droit de participer à l'élaboration des objectifs de l'Etat: liberté d'association, droit de vote), et le «*status negativus*» (défense de ses droits contre le pouvoir souverain), voy. FIJALKOWSKI S., «Les obstacles à la citoyenneté immigration et naturalisation en R.F.A.», *R.E.M.I.*, 1989, vol. 5, n° 1, p. 35; MAKAROV A., spéc. n° 5, 6 et 10. Sur la distinction de la notion de citoyenneté, voy. VERWILGHEN M., «Notions et principes du droit de la nationalité», *Juriscasseur Nationalité*, fasc. 1, Théorie générale, n° 24 ss. (à paraître) et référ.; DE BURLET J., p. 15.

nationalité<sup>551</sup>. Tout national n'est pas citoyen pour autant, compte tenu des exclusions. Au Royaume-Uni, en conséquence du Commonwealth et de son évolution, la citoyenneté est distinguée de la nationalité. Le «British Nationality Act» de 1981 distingue trois catégories principales de citoyens: les «British Dependent Territories Citizens», les «British Overseas Citizens» et les «British Citizens». Seuls ces derniers ne sont pas soumis au contrôle de l'immigration et jouissent pleinement du droit d'élire domicile dans le Royaume-Uni<sup>552</sup>. En R.F.A., le concept d'appartenance à la nation recouvre davantage l'appartenance au peuple fondée sur le Volksgeist alors que la citoyenneté est l'appartenance politique. Celle-ci est toutefois facilitée par l'origine commune, un Allemand étant non seulement l'individu qui possède la nationalité allemande mais aussi, au terme de l'article 116 de la Loi fondamentale, «les membres du peuple allemand, leurs conjoints et descendants, qui en tant que réfugiés ou expulsés, ont trouvé accueil au sein des territoires du Reich, tels qu'ils étaient définis au 31 décembre 1937». Ce sont les «Allemands sans nationalité allemande»<sup>553</sup>. Pour une grande part, la fusion des notions de peuple, nation, citoyenneté, s'explique et se concrétise avec la réunion des deux Allemagnes.

172. L'idée politique de «nouvelle citoyenneté» traduit la volonté d'accroître la participation des citoyens à la «chose

<sup>551</sup> REZEK J.F., p. 346. En Belgique, une même nationalité comportait avant le suffrage universel pur et simple des stades de citoyenneté distincts sur lesquels l'émigration pouvait avoir une incidence. L'écrivain Charles VAN LERBERGHE, regrettant le «trop beau soleil d'Italie», le constate en ces termes: «... je me dis que cette Belgique, pot de chambre de l'Europe, est vraiment un sale pays pour des poètes et que je voudrais de nouveau en être à mille lieues. Pensez donc qu'on m'y a même supprimé mon beau triple vote dont j'étais si fier et dont je m'apprêtais à faire un si bel usage en faveur des pauvres diables vaincus l'autre jour! On ne me considère déjà plus comme belge parce que j'ai résidé trop longtemps aux bords de l'Isar et du Tibre. J'ai bien envie, l'hiver prochain, de lâcher la Belgique pour de bon...». VAN LERBERGHE Ch., *Lettres à Fernand Severin*, Bruxelles, La renaissance du livre, 1924, p. 285, lettre du 23 mai 1902.

Voy. également une possibilité de bénéficier de la citoyenneté sans nationalité dans le traité luso-brésilien du 7 septembre 1971 qui permet aux ressortissants de l'un des deux pays domiciliés sur le territoire de l'autre de bénéficier des droits inhérents à la qualité de citoyen, en ce compris les droits politiques, sans modification de sa nationalité. Ce statut doit être demandé par l'intéressé et lui est personnel (REZEK J.F., p. 382, note 120).

<sup>552</sup> STARNBROOK I., in *Jurisclasseur Nationalité*, V° «Royaume-Uni», n° 15 ss.; SCHNAPPER D., «La nation, les droits de la nationalité et l'Europe», *R.E.M.I.*, 1989, pp. 21-32, p. 25; MAKAROV A., p. 285, pour l'historique. Sur les questions de citoyenneté dans les colonies, MAKAROV A., n° 12; pour la France, BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 65, n° 66; MERLIN J., in *Jurisclasseur Nationalité*, V° «France», n° 65 et référé.

<sup>553</sup> STURM F., in *Jurisclasseur Nationalité*, V° «Allemagne», n° 3 et FIJALKOWSKI S., p. 41; VERHOEVEN J., pp. 91, 141.

publique», à la gestion du bien commun. L'accroissement peut être qualitatif: rapprochement du citoyen et de l'administration, autonomie locale, referendum. Il peut aussi être quantitatif: participation des non-nationaux. Ce dernier point a ouvert en Europe occidentale le débat juridique du droit de vote des ressortissants étrangers<sup>554</sup>. Acquis, au niveau local moyennant des conditions de résidence, dans certains Etats<sup>555</sup>, son extension aux ressortissants des Etats membres de la Communauté Economique Européenne pour les élections locales au sein de ces Etats paraît certaine<sup>556</sup>. Ce concept de citoyenneté demeure «flou»<sup>557</sup>. Il ne s'apparente pas totalement à une sorte d'infra-nationalité<sup>558</sup>, puisqu'il veut, en même temps, développer qualitativement le lien politique entre l'individu et l'Etat. Le concept de citoyenneté réintroduit l'idée d'une participation active de l'ensemble des membres d'une communauté à sa gestion publique comme mode de gouvernement démocratique.

## 2) La volonté

173. En 1982, Paul Lagarde souligne qu'«il y a longtemps que l'on a oublié la théorie de la nationalité-contrat, qui avait eu son heure de gloire au XIXe siècle à l'époque où les juristes sacrifiaient au dogme de l'autonomie de la volonté» tout en considérant que cette volonté reste «une des composantes de

<sup>554</sup> Voy. «La participation des étrangers aux élections municipales dans les pays de la C.E.E.», Actes du Colloque de Louvain-la-Neuve, 28 février 1978, *Studi Emigrazione*, 1978, n° 49; MIGNON E., «La participation politique des étrangers en Belgique», *R.D.E.*, 1988, p. 102; BUCH E. et THOMAS M., «Pourquoi le droit de vote et d'éligibilité pour les immigrés en Europe occidentale», *J.P.*, n° 59, 22 mars 1985, p. 26; LUCHESE A., «Le droit de vote aux étrangers pour les élections locales en Europe», *Revue Marché Commun*, 1987, pp. 473-475; JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., «Kiesrecht voor niet-nationalen», *N.J.*, 1983, pp. 598-603.

<sup>555</sup> Suède, 1976; Danemark, 1982; Pays-Bas, 1986.

<sup>556</sup> Proposition de Directive du 16 janvier 1990 soumise par la Commission au Conseil des Ministres, basée sur l'art. 135 du Traité de Rome, *J.O.C.E.*, n° C 246 du 20 septembre 1988, p. 3, et *J.O.C.E.*, n° C 290 du 18 novembre 1989, p. 4; et Résolution du Parlement européen proposant aux Etats l'extension de ce droit de vote aux ressortissants des pays tiers, 15 décembre 1987, *J.O.C.E.*, n° C 13 du 18 janvier 1988, p. 33; *adde* Q. et R. parlementaires, Ch. Représ. de Belgique, n° 61 du 29 mai 1989, *R.D.E.*, 1989, p. 216.

<sup>557</sup> LOCHAK D., «La citoyenneté», *Encycl. Universalis*, Universalis, 1990, pp. 243-246.

<sup>558</sup> Les termes «citoyenneté à deux vitesses» ont été utilisés. Dans les travaux de la Commission de la nationalité française, *Rapport Long*, t. I, p. 449, Mr. KALTENBACH et Me JOUFFA.

l'effectivité...»<sup>559</sup>. Il précisera cette opinion, cinq ans plus tard lors de son audition devant la Commission de la nationalité française: «la volonté individuelle n'apparaît que comme un élément d'appoint» lorsque l'intensité du lien qui unit «un individu à la population d'un Etat» n'est pas assez forte<sup>560</sup>. Sur ce point, Alain Touraine, membre de la commission, posera à Paul Lagarde, une question centrale: «Est-ce que l'évolution du monde moderne ne nous éloigne pas à la fois du droit du sang et du droit du sol pour nous rapprocher, dans une tradition qui est d'ailleurs assez profondément française, vers une conception nouvelle de la nationalité qui repose sur un choix qui, naturellement, est lié au fonctionnement d'institutions et à la formation de la personne? Mais est-ce que, aujourd'hui, ce n'est pas sur le thème du libre choix, de l'affirmation dans un monde multipolaire et changeant qu'il faut insister?»<sup>561</sup>. Ce «retour» de la volonté a manifestement été retenu par la Commission qui note dans ses conclusions avoir «situé ses travaux dans le cadre de la conception électorale et à certains égards contractuelle de la nation»<sup>562</sup> et effectuée des propositions dans ce sens<sup>563</sup>.

<sup>559</sup> LAGARDE P., «Nationalité et filiation: leur interaction dans le droit comparé de la nationalité», in VERWILGHEN M. (dir.), *Nationalité et statut personnel*, Actes du Colloque de 1982, p. 481; *adde*: BATIFFOL H., «Aspects philosophiques», p. 211; BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 66, n° 68; MERLIN J., n° 52.

<sup>560</sup> Rapport Long, t. I, p. 113.

<sup>561</sup> Rapport Long, t. I, p. 122. Le débat dévia sur la question du choix pour les multipatrides plutôt que sur la place de la volonté dans le concept. Le thème reviendra à plusieurs reprises: p. 188, Mme SCHNAPPER, membre de la Commission: «Quelle est la part de l'autonomie de la personne par rapport à sa nationalité?»; p. 447, Mme LOCHAK D., dans son audition voit dans l'adhésion volontaire une «fausse idée juste» compte tenu de son impraticabilité pour tous, des automatismes en cas d'absence de choix, des pressions, des déchéances, des problèmes de séjour; dans le même sens: DELORME R.P., p. 406; KALTENBACH M., membre de la Commission, p. 707. Dans le sens de TOURAINE A., voy. JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., «Principe de nationalité et droit de nationalité. Notes de lecture au sujet du droit civil international de François Laurent», in *Liber Memorialis Fr. Laurent*, p. 835. Pour une étude des formes d'acquisition de la nationalité française (60 % par automaticité) et des réserves sur le «strict volontariat», voy. MASSOT J., «Français par le sang, Français par la loi, Français par le choix», *R.E.M.I.*, 1985, vol. 1, n° 2, pp. 9-20.

<sup>562</sup> Rapport Long, t. II, p. 90.

<sup>563</sup> *Idem*, t. II, p. 215, notamment Propositions 7, 8, 9 et 10 pour favoriser et faciliter l'option de nationalité tout en la distayant des questions de séjour (11). *Adde*: LAGARDE P., *La nationalité française*, 2e éd., p. 2. Voy. aussi l'entretien d'un membre de la Commission, Dominique SCHNAPPER, avec Jacqueline COSTA-LASCOUX, «La Commission de la nationalité, une instance singulière», *R.E.M.I.*, vol. 4, n° 1 et 2, 1988, pp. 9-21, p. 17: «les membres de la Commission ont été unanimes à penser que l'expression et le respect de la volonté individuelle étaient conformes aux droits de l'homme». L'entretien comporte, en outre, une analyse intéressante du fonctionnement même de la Commission comme organe de démocratie.

174. Cette conception fidèle à une certaine perspective française n'est peut-être pas aussi en rupture qu'il n'y paraît avec les conceptions traditionnelles de la nationalité. D'une part, il ne faut pas exagérer la part de la volonté individuelle qui ne fait que compléter la filiation et le droit du sol<sup>564</sup> tout en permettant que ce complément se superpose à une nationalité déjà attribuée et soit constitutif de cas de pluripatridie (*infra*, n° 178). D'autre part, on a peut-être négligé le rôle de la volonté dans l'interprétation des précédents. Ainsi, les naturalisations ne sont-elles pas, à l'origine, la rencontre des volontés privées? Pouvoir du prince, la naturalisation, accordée à la demande de la personne, a existé dès le XIV<sup>e</sup> siècle sous forme de «lettre de naturalité», faveur achetée pour permettre de tester et d'hériter afin que les biens ne soient pas, en qualité de bien d'un étranger, attribués au Seigneur ou au Roi (Droit d'aubaine). Les lettres de naturalité sont à l'origine de la catégorie de personnes dites «Bourgeois du Roi», hommes libres qui, bien qu'habitant sur les domaines d'un seigneur sont soustraits à la juridiction de ce seigneur en toute matière personnelle pour ne relever que du Roi.<sup>565</sup> Lors de la constitution d'un nouvel Etat-Nation, le recours notamment à la conception élective de la nationalité pour déterminer ses ressortissants est fréquent. Ainsi, l'article 133 de la Constitution belge prévoyait que «les étrangers établis en Belgique avant le 1<sup>er</sup> janvier 1814 et qui ont continué d'y être domiciliés, sont considérés comme Belges de naissance, à la condition de déclarer que leur intention est de jouir du bénéfice de la présente disposition».

175. Un deuxième exemple se déduit d'une lecture de l'arrêt *Nottebohm* prononcé le 6 avril 1955 par la Cour Internationale de Justice<sup>566</sup>. L'interprétation proposée n'est pas objective. C'est

<sup>564</sup> Même dans le Code de la Nationalité israélienne par lequel un acte de volonté, le retour, attribue de plein droit la nationalité israélienne («Tout immigrant en vertu de la loi du retour aura la nationalité israélienne»), la condition première demeure la filiation, de mère juive, pour l'obtention du visa de plein droit. La volonté est plus autonome dans la possibilité de refuser l'accès à la nationalité israélienne de plein droit par le retour, sous forme d'une déclaration dite d'«opting-out». Voy. KLEIN C., «Nationalité et statut personnel dans le droit de la nationalité israélienne», in VERWILGHEN M., *Nationalité et Statut personnel*, pp. 308-326.

<sup>565</sup> Voy. VIOLLET P., pp. 365 à 370. A Rome, les citoyens étaient les seuls «*testamenti facio*».

<sup>566</sup> C.I.J., *Recueil*, 1955, p. 4; RIGAUX F., t. I, p. 80; HAMBRO O., p. 21; BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 72; BASTID S., «L'affaire Nottebohm devant la C.I.J.», *R.C.D.I.P.*, 1956, pp. 607-633 et référ.; MAURY, «L'arrêt Nottebohm et la condition de nationalité effective», *Mélanges Makarov*, 1958, p. 515; LAGARDE P., «Nationalité française», p. 14, n° 13 et 14.

une interprétation subjective qui, à la lumière de notions contemporaines, tend à prouver que non seulement le rôle de la volonté est certain en matière de naturalisation, ce qui est une évidence, mais aussi que l'effectivité recherchée dans le lien de nationalité est précisément en ce cas l'effectivité d'une volonté non frauduleuse. La décision est connue: la Cour refuse au Liechtenstein de pouvoir assurer la protection diplomatique d'un de ses sujets, Nottebohm, de nationalité d'origine allemande, à l'encontre du Guatemala, lieu de son établissement, qui a traité Nottebohm en sujet ennemi. Le refus est fondé sur l'absence d'effectivité du lien entre Nottebohm et l'Etat du Liechtenstein. Après une définition générale (*infra*, n° 180), la Cour ajoute que la nationalité est «l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement, soit par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement attaché à la population de l'Etat qui la lui confère qu'à celle de tout autre Etat». Cette effectivité n'est autre que le principe de proximité. Or, la Cour constate qu'il n'est pas respecté. Par qui? Non pas tant par l'Etat que par l'individu. Certes, en sa qualité de partie, c'est l'Etat qui est jugé irrecevable en sa demande mais la Cour ne peut nier le pouvoir souverain que possède l'Etat de déterminer ses nationaux. Elle n'en rejette qu'un effet, la possibilité pour l'Etat de représenter et de défendre diplomatiquement son national. Dans ses termes mêmes, c'est bien la fraude de Nottebohm que l'arrêt stigmatise:

«Plutôt que demandée pour obtenir la consécration en droit de l'appartenance en fait de Nottebohm à la population du Liechtenstein, cette naturalisation a été recherchée par *lui* pour *lui* permettre de substituer à sa qualité de sujet d'un Etat belligérant la qualité de sujet d'un Etat neutre, dans le but unique de passer ainsi sous la protection du Liechtenstein et non d'en épouser les traditions, les intérêts, le genre de vie, d'assumer les obligations - autres que fiscales - et d'exercer les droits attachés à la qualité ainsi acquise» 567.

567 *Rec.*, p. 26 (*italiques ajoutées*). Dans son opinion dissidente, le juge KLAESTAD estime qu'en recherchant les éléments matériels d'une relation substantielle rattachant l'individu à l'Etat, «on indique implicitement par là que la seule volonté commune et effective, non viciée de fraude ne suffit pas à créer le rapport de nationalité» (p. 30). Le juge KLAESTAD a, en conséquence, voté pour l'ajournement de l'affaire estimant qu'une décision sur la recevabilité «dépend de la question de savoir si M. Nottebohm a commis une fraude lorsqu'il a demandé et obtenu la nationalité du Liechtenstein», et qu'il convient d'être mieux informé sur ce point. En réalité, le juge KLAESTAD minimise par là l'importance que la Cour accorde à la fraude. L'opinion dissidente du juge READ J.E. porte un éclairage plus contrasté. Lorsqu'il écrit: «Je ne me crois pas fondé à examiner les motifs qui ont inspiré M. Nottebohm - en l'absence de fraude ou de préjudice à l'égard

Ce faisant, la Cour ne rejette pas l'élément de volonté propre à l'individu lui permettant de demander, et d'acquérir, si telle est la volonté de l'Etat sollicité, une nationalité. Elle condamne l'usage frauduleux de cette volonté. La fraude est ici l'exception générale à toute expression de l'autonomie de la volonté, correctement entendue comme concrétisation du principe de proximité (*supra*, n° 96). Nottebohm eût-il entretenu des attaches suffisantes avec le Liechtenstein que sa volonté de «changer» de nationalité, accréditée par l'Etat, eût été acceptée. A défaut, la Cour devait - et pouvait - rejeter toute acquisition de nationalité autre que l'attribution à la naissance *iure sanguinis* ou *iure soli*, ce qu'elle ne fit pas. En condamnant le défaut d'effectivité pour cause de fraude, la Cour juge l'effectivité de la volonté qui établit le lien de nationalité; non seulement volonté de l'Etat d'accorder sa nationalité, mais volonté du particulier de l'acquérir sans fraude.

176. Le caractère volontaire apparaît nettement dans diverses réformes de Codes de la nationalité. Ainsi, le nouveau Code de la nationalité belge de 1984<sup>568</sup> distingue l'acquisition de la nationalité belge de son attribution «suivant qu'elle est ou non subordonnée à un acte volontaire de l'intéressé à cette obtention»

---

du Guatemala -» (Rec., p. 49), il affirme *a contrario* que la Cour a tenu compte de tels motifs dépendant de la volonté de Nottebohm. L'opinion dissidente du juge *ad hoc* GUGGENHEIM dénonce plus ouvertement l'accusation de volonté frauduleuse: «il a été affirmé, aussi bien au cours de la procédure écrite qu'au cours de la procédure orale, qu'il y avait lieu... [de]... retenir à l'égard du Liechtenstein d'une part et de F. Nottebohm d'autre part, le reproche plus général, celui de l'absence de volonté réelle et dépourvue de vice, qui est une condition de validité des actes juridiques en droit international». GUGGENHEIM ajoute qu'en l'espèce: «il ne s'agit pas d'un mariage fictif entre le Liechtenstein et Nottebohm» (Rec., p. 57, n° 8; sur la fraude, p. 58, n° 9).

*Contra*: BASTID S., p. 627: «Le comportement des autorités de la principauté, les motifs de Nottebohm de rechercher la naturalisation sont mentionnés par la Cour. Il ne semble pas que la Cour cherche à en tirer autre chose qu'une explication de ce qui s'est passé...».

Sur «le changement frauduleux de nationalité», avant l'arrêt *Nottebohm*, MAKAROV A., n° 55. Actuellement, en sens inverse, la Commission européenne des droits de l'homme, suivie par la Cour, s'est prononcée contre l'expulsion par la Belgique d'un jeune marocain, immigré de seconde génération, notamment parce que «le lien de nationalité avec le Maroc, s'il correspond à une donnée juridique, ne correspond toutefois à aucune réalité humaine concrète», Com. Eur., 12 octobre 1989, *Moustaquim*, J.L.M.B., 1990, p. 758, obs. MARTENS P., R.D.E., 1990, p. 135; Cour Eur., 18 février 1990, *Moustaquim*, R.D.E., 1991, p. 3, obs. MIGNON E.; dans le même sens, s'agissant de jeunes algériens en France, Com. Eur., 15 mars 1990, *Djéroud*, R.D.E., 1990, p. 145 et 10 mai 1989, R.D.E., 1989, p. 248.

<sup>568</sup> Loi du 28 juin 1984 relative à certains aspects de la condition des étrangers et instituant le Code de la nationalité belge, M.B., 12 juillet 1984, e.v. pour le Code de la nationalité le 1er janvier 1985. Voy. déjà le «rôle de l'autonomie de la volonté» dans les textes antérieurs in VERWILGHEN M., «Nationalité belge», p. 50, spéc. n° 60, note 22.

(art. 1). Les modes d'acquisition (option, mariage, possession d'état, naturalisation) sont étendus et facilités. Le but affirmé est de «faciliter l'intégration dans notre communauté nationale des étrangers qui le *veulent* par l'acquisition de la nationalité belge...»<sup>569</sup>.

Un projet de loi modifiant le Code de la nationalité belge<sup>570</sup> s'oriente vers une plus grande automaticité de l'attribution de la nationalité belge pour les «enfants d'immigrés de la deuxième et la troisième générations afin d'augmenter leurs chances d'intégration dans la vie sociale belge» (exposé des motifs, p. 1), dans le respect de «l'idée que la nationalité ne peut pas être une fiction mais doit répondre à un lien moral, social et économique effectif entre l'individu et l'Etat concerné» (p. 2). Ce lien est présumé d'office pour les enfants nés en Belgique de parents nés eux-mêmes en Belgique (art. 1) et pour cette raison «il ne peut être tenu compte de la volonté des intéressés au moment de la naissance». Ce lien doit être confirmé par un acte de volonté pour les enfants nés en Belgique d'auteurs y ayant leur résidence principale depuis dix ans (art. 2). Dans ce cas, la déclaration des parents, avant l'âge de douze ans de l'enfant, ou la déclaration de l'intéressé, entre dix-huit et trente ans, «témoignera de leur volonté d'intégration» (p. 4). Il serait erroné de croire qu'en permettant une plus grande automaticité d'attribution de la nationalité belge aux enfants de troisième génération, le projet accuse, dans son ensemble, un recul de la volonté. Que du contraire: par les déclarations de nationalité permises aux

<sup>569</sup> Communication du gouvernement le 16 mars 1983, *Annales Parl.*, Ch., 1983, p. 1754; voy. TAVERNE M., «Le droit de la nationalité», in *L'étranger et le droit belge*, La Chartre, Bruges, p. 2.

Parmi les conditions d'option, le déclarant doit faire preuve d'une «volonté d'intégration suffisante» (art. 15, § 2), dont les travaux préparatoires et la jurisprudence laissent apparaître que l'appréciation porte sur une intégration déjà effective. La doctrine soulignera le risque de circularité du raisonnement. Voy. VERWILGHEN M., «Nationalité belge», p. 161 ss., spéc. n° 279; CLOSSET C.L., in *Jurisclasseur Nationalité*, V° Belgique, n° 33, 98 ss; MIGNON E., «L'acquisition de la nationalité belge: quelques remarques sur l'application du Code de la nationalité belge quatre années après son entrée en vigueur», *R.D.E.*, 1989, p. 67; CARLIER J.Y., «La nationalité belge, un cadeau empoisonné?», *J.P.*, n° 133, 9 septembre 1989, p. 33; DE MOFFARTS G., «La signification du concept de "volonté d'intégration" dans le Code de la nationalité belge», *R.D.E.*, 1987, p. 86. Lors de migrations plus anciennes, la volonté était déjà déterminante comme facteur non pas d'acquisition, mais du maintien de la nationalité ensuite des traités de cession de territoire, voy. ROBINET DE CLERY, «De l'émigration appréciée comme condition du maintien des nationalités», *Clunet*, 1874, p. 167, citant Appel Aix, 19 février 1873: «Le fait caractéristique de la volonté de conserver la nationalité est l'émigration du pays cédé et il importe peu que ce fait résulte d'un déplacement actuel ou antérieur».

<sup>570</sup> 1314/1 - 90/91, Ch. Représ., 26 octobre 1991.

auteurs d'enfants dits de deuxième génération, la volonté permet une attribution de nationalité qui était, antérieurement, réservée aux enfants dits de troisième génération. L'exposé des motifs précise explicitement que «à la lumière de l'article 1er du Code de la nationalité belge, cette obtention doit être considérée comme une forme d'attribution de la nationalité belge» (p. 5). Certes, la volonté exprimée est celle des auteurs non celle des intéressés qui, elle, ouvre l'acquisition de nationalité.

### 3) *La supranationalité*

177. Des ensembles déjà créés (U.S.A., U.R.S.S.) ou en création (Europe, Pacte Andin <sup>571</sup>, U.M.A. <sup>572</sup>) permettent d'envisager l'appartenance des individus à des structures juridico-politiques dépassant l'Etat-Nation. Cette tendance n'est pas sans contrepoids d'infra-nationalité: la citoyenneté évoquée, et surtout le développement des particularismes régionaux se traduisant en structures fédérales dont la Belgique est un exemple. La réflexion sur le concept de nationalité ne peut s'abstraire de l'avancée européenne. La Commission de la nationalité française en a pris conscience <sup>573</sup>. Il serait erroné d'en déduire l'existence d'une supranationalité. Dans la mesure toutefois où il y a abandon, par les Etats membres, de parcelles de souveraineté, tant au niveau législatif que judiciaire, voire exécutif, il y a, en même temps, au sein de l'Europe, la création d'une personnalité juridique, qualifiée par des auteurs de plus «déliée» et plus «élective», «moins soumise aux origines ethniques ou aux parentelles, soucieuse d'affirmer ses opinions et

<sup>571</sup> STERN D., «The judicial tribunal of the Cartagena Accord and Legal unification in South America», in *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 1073-1098.

<sup>572</sup> Union du Maghreb Arabe, constituée à Marrakech le 17 février 1988, par le Maroc, l'Algérie, la Tunisie, la Lybie, la Mauritanie. Voy. BALTA P., *Le grand Maghreb. Des indépendances à l'an 2000*, spéc. pp. 236 ss. et p. 297, le texte du traité portant création de l'U.M.A.; BURGAT Fr., «La longue marche du Maghreb», *Encycl. Universalis*, Paris, 1990, Universalia, p. 302.

L'art. 2, à l'image du Traité de Rome (art. 3 c), stipule que: «L'Union se propose de... travailler progressivement à réaliser entre eux la libre circulation des personnes et le libre transit des marchandises et des capitaux». L'art. 13 prévoit que l'Union disposera «d'un organe juridique... chargé d'étudier les litiges avec l'interprétation et l'application de ce traité et des accords conclus dans le cadre de l'Union ainsi que les litiges qui lui seront présentés par le Conseil de présidence, ou l'un des Etats partie prenante dans le litige ou conformément aux cas définis par son statut organique».

<sup>573</sup> Rapport Long, t. I, p. 237 ss.; t. II, p. 55 ss.; *adde*: LAGARDE P., *Nationalité française*, p. 5; pour les distinctions antérieures, MAKAROV A., p. 283.

ses choix, sa capacité à agir et sa responsabilité»<sup>574</sup>. Le Traité de Rome<sup>575</sup> ne crée pas une nationalité européenne. Il ne touche pas au principe de base suivant lequel «il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux»<sup>576</sup>.

L'évolution à long terme n'est pas prévisible<sup>577</sup>. Dans la résolution du 23 juin 1981 établissant le passeport européen, les représentants des gouvernements des Etats membres se sont dits: «soucieux de favoriser tout ce qui peut renforcer le sentiment des ressortissants des Etats membres d'appartenir à une même Communauté»<sup>578</sup>. A plus court terme, le principe de non discrimination entre les nationalités (art. 7, al. 1), et son pendant, le principe de libre circulation et établissement (art. 52 ss.), renforcé par la création progressive pour 1993 d'un espace sans frontières intérieures (art. 8 A ajouté par l'art. 13 de l'Acte Unique) déclenchent un effet indirect sur la nationalité: facilitant la circulation, il multiplie les cas de multipatridie.

#### 4) La plurinationalité

178. La prise en compte par le droit de deux phénomènes sociaux, l'égalité des sexes et des enfants, d'une part (*supra*, n° 134), les migrations de travail, d'autre part, a multiplié les cas de plurinationalité. La femme ne suit plus d'office la nationalité de son mari<sup>579</sup>, elle transmet sa nationalité, comme l'homme, tant à son enfant «naturel» que «légitime»<sup>580</sup>. Les migrations accroissent les cas de binationalité pour les premières générations par acquisition volontaire de la nationalité du pays d'accueil, pour les suivantes par attribution *iure soli* ou par filiation issue de couples dits «mixtes». Cette situation de droit correspond, surtout pour les jeunes issus de l'immigration, à une situation de fait

<sup>574</sup> COSTA-LASCOUX J., in SCHNAPPER D., *R.E.M.I.*, vol. 5, n° 1, 1989, p. 28.

<sup>575</sup> Traité instituant la Communauté Economique Européenne, signé à Rome le 25 mars 1957 (loi belge, 2 décembre 1957, *M.B.*, 25 décembre 1957) et Acte Unique des 17 et 28 février 1986.

<sup>576</sup> Convention de La Haye du 12 avril 1930 pour la codification du droit international en matière de nationalité, art. 1.

<sup>577</sup> Voy. REZEK J.F., p. 387 ss.; BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 63, n° 61.

<sup>578</sup> Rapport Long, t. II, p. 56.

<sup>579</sup> Code de la Nationalité Belge (C.N.B.), art. 16, § 1er: «Le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité»; DUTOIT B. et SATTIVA SPRING Ch., *La nationalité de la femme mariée*, vol. 1: Europe, supplément 1973-1989, Genève, Droz, 1990, 252 p.

<sup>580</sup> C.N.B., art. 8, § 1er: «Sont Belges: 1° L'enfant né en Belgique d'un auteur belge».

d'appartenance à deux communautés, doublée souvent d'une impossibilité morale de renier l'une au profit de l'autre. «Est-ce qu'on choisit entre son père et sa mère?»<sup>581</sup>.

Confronté à ce fait nouveau, la doctrine en a pris acte et atténué, voire rejeté, la conception ancienne de l'unicité de nationalité: «Pourquoi les obliger à choisir, pourquoi la volonté individuelle ici viendrait se substituer à un facteur de rattachement qui est double par nature et qui rattache cet enfant à deux pays?»<sup>582</sup> Il est vrai que fréquemment cette double appartenance est revendiquée par les jeunes eux-mêmes. Un corrélat est moins souvent perçu: cette double appartenance correspond aussi à l'émergence d'une mobilité des personnes physiques dans l'espace, accompagnée d'une forme de transnationalité. Voici les conclusions d'une enquête sociologique dont l'intérêt justifie la citation:

«La revendication de la double nationalité tend à donner le même poids au *jus sanguinis* et au *jus soli*. Les jeunes souhaitent que les deux États reconnaissent juridiquement, en cessant d'invoquer le «conflit de nationalités», ce qui est la pratique quotidienne, familiale mais jusqu'ici occultée de la double référence. De ce point de vue, la revendication de la double nationalité est signe d'un tout autre débat idéologique. Les représentants de la "puissance publique" ne peuvent plus concevoir l'allégeance comme un donné immuable et contraignant pour les sujets. Il s'agit de décisions d'appartenance, expressions de choix qui réactivent à tout moment des références multiples et disponibles. Ces décisions sont issues de la double intériorisation de deux sociétés, non de deux nations. Sociétés auxquelles on est lié tant par le sang que par la socialisation. Les jeunes, en demandant aux États une reconnaissance positive de cette double réalité, subordonnent à leur devenir les représentations habituellement exclusives attachées à la convergence du *jus soli* et du *jus sanguinis*. En ce sens, la revendication de la double nationalité renvoie à la difficile mais réelle formation d'une conscience transnationale. Elle montre que les effets de la création

<sup>581</sup> LAGARDE P. devant la Commission de la nationalité française, Rapport Long, t. I, p. 123.

<sup>582</sup> *Idem*, p. 124; VERWILGHEN M., *Nationalité belge*, p. 155, n° 244. Sur la conception d'unicité, le préambule de la Convention de La Haye du 12 avril 1930: «Il est de l'intérêt général de la communauté internationale de faire admettre par tous ses membres que tout individu devrait avoir une nationalité et n'en posséder qu'une». Pour des considérations positives sur la pluri-nationalité relevée au sein même de la famille royale des Pays-Bas: JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., «Nationaliteit en koninklijk huis: het symbool van een meervoudig samenleving», *N.J.*, 1988, pp. 553-558, et FARRAN, «The Dutch Royal Family is British!», *N.I.L.R.*, 1956, pp. 52-56. Pour allier la plurinationalité et le principe d'unicité de nationalité effective, le «Rapport BRAUN» préconise «un système de nationalité en sommeil dont on ne peut bénéficier qu'en résidant dans le pays de choix», p. 31.

d'un espace économique relativement unifié débordent idéologiquement cet aspect des choses pour devenir l'exigence et peut-être demain la préfiguration d'une "libre circulation" complète, uniquement liée au devenir individuel» 583

179. Il reste que s'ils échappent aux mécanismes préventifs ou curatifs, si n'est pas imposé le choix d'une nationalité entraînant déchéance de l'autre, il faudra, à certains égards, gérer les «effets dialectiques» du conflit de nationalités 584. Le conflit de lois concentré au sein d'une même personne devra, devant l'impossibilité de lui appliquer deux lois, trouver solution 585. La Convention de La Haye de 1930 donne la directive générale, reprise dans la jurisprudence *Nottebohm*, d'application de la nationalité de l'Etat auquel «d'après les circonstances, [l'individu] apparaît comme se rattachant le plus en fait» (art. 5), concrétisée par l'application de la nationalité de l'Etat du for s'il y a lieu (art. 3). Au regard des considérations sociologiques évoquées, de l'évolution des Codes de la nationalité et de l'interprétation de l'arrêt *Nottebohm*, cette application du principe de proximité devra trouver éclairage à la lumière du principe d'autonomie de la volonté. C'est essentiellement dans la matière qui a suscité son accroissement, le statut personnel, que le conflit de nationalité révèle son acuité. C'est là qu'il sera examiné (*infra*, n° 295).

180. Hans Kelsen a souligné, du point de vue du droit international, que le concept de nationalité était, pour les Etats,

583 CATANI M. et PALIDDA S., «Devenir Français: pourquoi certains jeunes étrangers y renoncent?», *R.E.M.I.*, 1989, vol. 5, n° 2, pp. 89-106. L'enquête réalisée en 1983-1984 porte sur «les motivations des jeunes nés en France de parents italiens, espagnols, portugais et marocains qui déclinent la nationalité française par le jeu de l'article 45». Cette étude est intéressante à plus d'un titre. Extraits, p. 98: «Il est clair que les enfants d'immigrés parfont ce que les parents ont entrepris par leur départ et par leur long séjour: l'individualisation»; p. 99: «... les "salles de prière" (ou mosquées)... sont d'abord fréquentées par les hommes, les filles en demandant une instruction religieuse (à l'école) mettent en danger l'espace idéologique masculin. Cette demande est, en effet, aussi une marque importante de la rationalité et de la mixité qui caractérisent leur nouvelle culture». Sur la «double allégeance culturelle [qui] fragmente souvent l'identité au lieu d'en constituer un creuset original», *C.R.I.*, 2ème rapport, vol. III, p. 530, chap. 5: «Femmes».

584 RIGAUX F., t. I, p. 83, n° 118. Pour les mécanismes curatifs, une loi belge du 22 mai 1991 (*Mon. b.*, 1991, p. 15109) a ratifié la Convention de Strasbourg du 6 mai 1963, et les deux Protocoles du 24 novembre 1977 sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités.

585 L'art. 5 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930, précitée, est impératif en sa première phrase: «Dans un Etat tiers, l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en avait qu'une».

une nécessité non pas absolue mais seulement conditionnée par l'existence dans un ordre juridique interne de normes qui ne peuvent s'appliquer aussi aux ressortissants étrangers<sup>586</sup>. Les principes de libre circulation, de non-discrimination, de droits de l'homme portent actuellement atteinte à la légitimité du concept comme l'ébranle l'appartenance simultanée à plusieurs Etats ou à un Etat membre d'un ensemble juridico-politique plus vaste. Le lien entre l'individu et l'Etat, questionné dans sa monogamie, l'est aussi dans son unilatéralité: si filiation et droit du sol en demeurent les attributs fondamentaux, la volonté de l'individu n'en est pas absente. Eclairée par ces éléments, la définition de la Cour Internationale de Justice, limitée à une phrase et soustraite au contexte international, conserve son actualité: la nationalité est «un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs»<sup>587</sup>.

### B. Domicile

181. D'apparence plus simple, la notion de domicile n'est pas sans complexité. Jacques Vanderlinden a dégagé vingt-sept possibilités d'interprétation, dont dix considérées réalistes, à partir de combinaisons des deux éléments déterminants: l'élément objectif, le fait d'une part; l'élément subjectif, la volonté d'autre part<sup>588</sup>. Les deux possibilités les plus fréquentes sont le domicile déterminé soit par le simple fait d'une localisation permanente de la personne, soit par la localisation accompagnée d'une volonté, «*l'animus manendi*». Ces possibilités sont dominantes en Europe occidentale. Ce n'est pas dire que la notion de domicile est sans nuance. Contrairement au concept de nationalité, c'est dans la doctrine de common law que le concept de domicile est le plus développé alors qu'il est quasi ignoré en droit musulman<sup>589</sup>.

<sup>586</sup> KELSEN H., «Théorie générale du droit international public», *R.C.A.D.I.*, t. 42, 1932, IV, p. 244 ss.; *contra*: REZEK J.F., p. 354: «le droit de la nationalité fait partie du droit international nécessaire, visant notamment les nationaux à l'étranger». BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 61, n° 59, note 2.

<sup>587</sup> *Rec.*, p. 23.

<sup>588</sup> VANDERLINDEN J., «Ubi domicilium, ibi ius universalis», *R.I.D.C.*, 1985, pp. 303-329. Le fait peut être simple ou qualifié tantôt par stabilité (déterminée ou indéterminée), tantôt par les activités (familiales, professionnelles ou indéterminées). La volonté peut être simple, déclarée ou présumée.

<sup>589</sup> *Idem*, p. 326.

L'usage par chaque système de l'un ou l'autre comme facteur de rattachement en est une explication. La structure fédérale des Etats appartenant au système de common law (Grande Bretagne, Etats-Unis, Canada, Australie) en est une autre: les conflits interrégionaux utilisent généralement le domicile comme facteur de rattachement <sup>590</sup>.

182. La distinction anglaise entre le «domicil of origin» et le «domicil of choice» est relativement connue. Il n'est pas inutile d'en préciser le fonctionnement. Le «domicil of origin» «is the domicil assigned by law to a child when he is born», tandis que le «domicil of choice» «is the domicil which any independent person can acquire for himself by a combination of residence and intention» <sup>591</sup>. Le domicile d'origine est totalement indépendant d'un acte de volonté. Il est transmis par filiation du père à l'enfant légitime, de la mère à l'enfant naturel ou dont le père est décédé <sup>592</sup>. Il en résulte que toute personne a un et un seul domicile <sup>593</sup>. A ce stade, la ressemblance, qui n'est pas similitude, avec le concept de nationalité est certaine <sup>594</sup>. Ce domicile est présumé se maintenir jusqu'à acquisition d'un nouveau domicile qui est le «domicil of choice». Cette acquisition n'est pas facile, elle doit impérativement combiner deux facteurs: l'un de fait, l'existence d'une nouvelle résidence; l'autre volontaire, l'intention d'en faire une résidence permanente ou à durée indéterminée <sup>595</sup>. L'examen de l'intention est strict: «It must be a residence fixed not for a limited period or particular purpose, but general and

<sup>590</sup> RIGAUX F., t. I, p. 245, n° 357 démentant par là MORRIS J.H.C., p. 34, qui souligne que «This is something which continental lawyers seems unable to comprehend». Le constat n'est toutefois pas général: voy. l'U.R.S.S.

<sup>591</sup> MORRIS J.H.C., p. 14; DICEY and MORRIS, Rule 10, art. 7; CHESHIRE and NORTH, p. 167; ; NORTH P.M., «General Course», p. 26. De la précision «independent person» découle une troisième catégorie de domicile le «domicile of dependency» qui dépend de celui d'une autre personne. Depuis 1974, cette catégorie ne touche plus que les mineurs de moins de 16 ans et les personnes atteintes de troubles mentaux, le domicile des femmes n'étant plus dépendant de celui du mari (Domicil and Matrimonial Proceedings Act 1973, section 1(1) et 3(1); MORRIS J.H.C., p. 28).

<sup>592</sup> DICEY and MORRIS, Rule 9; CHESHIRE and NORTH, p. 167.

<sup>593</sup> L'enfant trouvé se voyant attribuer le domicile du lieu où il a été trouvé (DICEY and MORRIS, Rule 6); *Udny v. Udny* (1869) L.R. 1 Sx & Div., p. 457.

<sup>594</sup> RABEL E., vol. I, p. 110. La notion est également proche de celle de domicile chez d'Argentré, non pas dans sa transmission par filiation mais dans sa permanence. «La personne une fois affectée d'un état quelconque par la loi ou par le droit de son domicile, y demeure perpétuellement soumise, ne peut plus s'en dégager par de simples changements de résidence», LAINE A., p. 321.

<sup>595</sup> DICEY and MORRIS, Rule 10; MORRIS J.H.C., p. 19; CHESHIRE and NORTH, p. 167.

indefinite in its future contemplation»<sup>596</sup>. L'examen de la jurisprudence laisse apparaître que l'établissement de la preuve d'un «domicil of choice», dont la charge repose sur l'intéressé ou les successeurs qui s'en prévalent, n'est pas aisée: sur les douze cas soumis à la House of Lords de 1860 à 1980, un seul a fait l'objet d'une reconnaissance de «domicil of choice»<sup>597</sup>. L'examen de l'intention ne porte pas tant sur la déclaration de volonté de l'intéressé que sur un faisceau d'éléments objectifs. Voici une liste de questions donnée par MORRIS à partir de la jurisprudence:

- Where did he live and for how long?
- Was it in a fixed place or several different place?
- Did he build or buy a house, or live in furnished lodgings or hotels?
- Was he accompanied by his wife and children?
- Did he vote in elections there?
- Was he naturalised there?
- Did he arrange to be buried there?
- What churches did he attend?
- What clubs did he belong to?»

A quoi l'on peut ajouter les «tastes, habits, conduct, actions, ambitions, health, hopes and projects» comme «keys to his intention»<sup>598</sup>.

Le parallélisme avec la localisation objective du contrat s'impose à l'esprit. C'est la recherche de la «proper law of the person». L'articulation entre le «domicil of origin» et le «domicil of choice» comporte une particularité. Le premier, s'il a été supplanté par un domicile de choix, reste en sommeil et resurgit dès que le «domicil of choice» est perdu suite au défaut des deux éléments, la résidence et l'intention jusqu'à ce qu'il soit dûment prouvé que les deux éléments sont à nouveau réunis en un autre «domicil of choice». Cette résurgence du «domicil of origin» qui ne

<sup>596</sup> *Udny v. Udny*, *op. cit.*, note 593; MORRIS J.H.C., p. 20.

<sup>597</sup> MORRIS J.H.C., pp. 20-21. Deux leading cases ont été particulièrement critiqués par la doctrine, *Winans v. Att. Gen.* (1904) A.C. 287; *Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary* (1930) A.C. 588. Cette jurisprudence restrictive s'est prolongée in Court of Appeal, *I.R.C. v. Bullock* (1976) 1 W.L.R., 1178: un Canadien ayant son domicile d'origine en Nouvelle Ecosse, ayant vécu en Angleterre pendant plus de 40 ans a été considéré comme n'ayant pas acquis de domicile of choice en Angleterre parce qu'il avait l'intention de retourner au Canada après le décès de son épouse anglaise, qui au demeurant, à l'époque des faits (1971-1973), par la notion de domicile of dependency était également considéré comme domiciliée en Nouvelle Ecosse.

<sup>598</sup> MORRIS J.H.C., p. 23 et *Castagli v. Castagli* (seul cas admis sur les 12), (1919), A.C., 145, 178 par Lord ATKINSON, commentaires sous *Winans v. Att. Gen.* (1904) A.C., 287.

correspond pas nécessairement à la réalité est un des aspects les plus critiqués par la doctrine anglaise <sup>599</sup>.

En Nouvelle-Zélande en 1976 et en Australie en 1981, les *Domicil Acts* ont aboli ce système de «revival of domicile of origin» et allégé la charge des preuves pour l'établissement d'un «domicil of choice» <sup>600</sup>. Est ainsi écarté, l'effet «parochial» du «domicil of origin» renforcé par le fait que la loi qui détermine le domicile sera, en Angleterre, toujours la loi anglaise. Un tribunal anglais pourra considérer qu'une personne a, en Belgique, un «domicil of choice» qui ne répond nullement à la définition belge du domicile <sup>601</sup>. Ce règlement de conflit de lois appliquant, pour déterminer le domicile, la *lex fori*, est assez éloigné de la jurisprudence et de la doctrine française prônant l'application de «la loi de l'institution pour laquelle [le domicile] joue» <sup>602</sup>.

183. Aucune des deux approches n'est satisfaisante en cela que, quelle que soit la loi applicable, elle entend, sauf renvoi, transposer la notion interne de domicile à la situation de droit international privé. Il paraît préférable de dégager un concept de domicile autonome propre au droit international privé, déterminé par le droit international privé du pays auquel appartient la disposition mise en œuvre <sup>603</sup>. C'est l'option prise par la loi suisse de droit international privé. Selon l'article 20.1: «Au sens de la présente loi, une personne physique... a son domicile dans l'Etat dans lequel elle réside avec l'intention de s'y

<sup>599</sup> MORRIS J.H.C., p. 32; NORTH P.M., «General Course», p. 28.

<sup>600</sup> Législation fédérale «of the Commonwealth (of Australia) and the State parliament». L'allègement de la charge de la preuve du «domicil of choice» réside en ce qu'elle se fait au regard du «domicile of origin» comme s'il était lui-même un «domicile of choice». Voy. PRYLES M.C. «Internationalism in Australian P.I.L.», in *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 963-998, p. 987. Pour un projet similaire en Angleterre, NORTH P.M., p. 178 et «General Course», p. 41.

<sup>601</sup> Code judiciaire belge, art. 36: «Le lieu où la personne est inscrite à titre principal sur les registres de la population».

<sup>602</sup> BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 24, n° 400; LEVASSEUR, *La détermination du domicile en droit international privé français*, Paris, 1931; Cass. Fr., 21 juin 1948, aff. *Patino*, R.C.D.I.P., 1949, p. 557, note FRANCESKAKIS Ph., et Cass. Fr., 30 octobre 1962, aff. *Scheffel*, R.C.D.I.P., 1963, p. 387, note FRANCESKAKIS Ph.; ANCEL et LEQUETTE, «Les grands arrêts», p. 266.

<sup>603</sup> RIGAUX F., t. I, p. 247, n° 361; *adde*: VAN GYSEL A.Ch., «Le concept de "notion autonome" dans la Convention du 27 septembre 1968 et le droit international conventionnel en général», *Mélanges Vander Elst*, pp. 801-810.

établir»<sup>604</sup>. En réalité, la théorie anglaise du concept interne de domicile est appliquée essentiellement au conflit de juridictions, par exemple en matière de divorce, ce qui atténue l'aspect nationaliste. Le caractère unilatéral du conflit de juridictions permet l'usage de la notion interne de domicile en l'absence d'autres concepts ou en présence d'un traité se référant au droit interne de la *lex fori*<sup>605</sup>.

Il n'est pas indifférent que ce soit à l'occasion de contestations relatives à la compétence que la jurisprudence française ait fixé sa position. Au demeurant, la thèse française d'application de la notion de domicile propre à la loi régissant l'institution en cause n'est pas inconciliable avec la thèse de l'autonomie des concepts de droit international privé si l'on transfère cette autonomie du concept de domicile à celui de l'institution visée. C'est user d'une autre thèse dont on ne s'étonnera pas qu'elle a été développée par le même auteur relativement à la théorie des qualifications<sup>606</sup>.

184. Si, dans le système anglais, le domicile laisse une place à la volonté, ce n'est pas sans un contrôle sévère qui ne l'éloigne guère de la notion de nationalité. Le concept est plus large en Europe continentale. C'est sans pertinence, s'il ne remplit aucun rôle de rattachement. C'est plus important déjà dans la doctrine

<sup>604</sup> Même si en ses termes, cette définition coïncide avec celle du droit interne (C.C.S., art. 23, al. 1), elle ne la recouvre pas. Voy. KNOEPFLER F. et SCHWEIZER Ph., p. 210; KARRER et AERNOLD, p. 46.

Le nouveau Code civil mexicain (11 décembre 1987, *Diario Oficial*, 7 janvier 1988, p. 2; traduc. franç. *R.C.D.I.P.*, 1989, p. 583) adopte une position intermédiaire. Selon l'art. 13, al. 2, «L'état et la capacité des personnes physiques sont régis par le droit du lieu de leur domicile». Les art. 29 à 32 donnent, sur la notion de domicile des précisions qui sont valables pour tout le Code civil. Elles distinguent le domicile «de fait» étant la résidence habituelle (art. 29), du domicile légal étant le lieu de résidence fixé par la loi et, d'autre part, ajoutent des présomptions visant certaines catégories d'étrangers (diplomates, résidents temporaires en mission, art. 31, 7 et 8).

<sup>605</sup> RIGAUX F., t. I, p. 248, n° 362. Pour la deuxième hypothèse, voy. la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, art. 52, al. 1, application de la *lex fori* interne. Toutefois, l'al. 2 prescrivant: «lorsqu'une partie n'a pas de domicile dans l'Etat dont les tribunaux sont saisis, le juge, pour déterminer si elle a un domicile dans un autre Etat contractant, applique la loi de cet Etat», devrait modifier la jurisprudence anglaise.

<sup>606</sup> RIGAUX F., t. I, p. 313, n° 454 ss., partic. n° 472, 480 à 487; «La théorie des qualifications en droit international privé», Bruxelles, Larcier, 1956. Ces thèses prolongent les recherches comparatistes de Rabel pour la création de concepts autonomes de droit international privé.

de Savigny<sup>607</sup> et dans les codifications récentes. Ce l'est aussi aux Etats-Unis. La notion de «home» est définie au § 14 du Restatement Second Conflict of Laws comme «the place where a person dwells and which is the centre of his domestic, social and civil life». L'accent est mis sur la permanence de l'habitation et l'examen des éléments de fait. La notion est proche d'une des premières définitions données dans la jurisprudence anglaise: «By domicile we mean home, the permanent home»<sup>608</sup>. Si la notion s'est affinée pour devenir un concept légal, sa définition est difficile: «Domicil is an idea of law»<sup>609</sup>. Voici le même constat que celui dressé à propos de la nationalité (*supra*, n° 170). La pratique montre que volonté et points de rattachement sont examinés pour peser le lien de proximité entre l'individu et son domicile, face à la pluralité possible de ceux-ci. C'est ainsi la même approche qui fait sens dans la détermination de la nationalité et du domicile. Soucieux à la fois d'assouplir la démarche et de rapprocher les deux notions dans une «notion autonome» de droit international privé, des auteurs et les négociateurs des conventions de La Haye ont développé la notion de résidence habituelle.

### C. *Résidence habituelle*

185. De Winter relève le premier usage des termes «résidence habituelle» dans les traités bilatéraux d'aide judiciaire: les certificats d'indigence sont délivrés par les autorités de la résidence habituelle<sup>610</sup>. Dans cette matière, les mêmes termes sont encore utilisés actuellement dans l'Accord européen sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire fait à Strasbourg le 27 janvier 1977<sup>611</sup>. Les termes sont utilisés dans la

<sup>607</sup> SAVIGNY F.C., §§ 352-353, distinguant l'*origo* et le *domicilium*, ce dernier étant «le lieu où il réside constamment et qu'il a librement choisi comme centre de ses affaires et de ses rapports de droit». WEISS A., t. III, p. 324 suit Savigny mais limite la volonté dans le choix du domicile dans la mesure où «la législation dont [la personne] relève et qui l'accompagne en tous lieux le lui permet». Dans ce raisonnement, la volonté se réfère partiellement à elle-même, puisque chez WEISS, elle intervient dans la détermination de la nationalité (*supra*, note 547).

<sup>608</sup> Lord CRANWORTH in *Whicker v. Hume* (1858) 7 H.L.C. 124, 160; MORRIS J.H.C., p. 14.

<sup>609</sup> Lord WESTBURY in *Bell v. Kennedy* (1868) L.R. 1 Sc & Div. 307, 320; MORRIS J.H.C., p. 14.

<sup>610</sup> DE WINTER L.I., «Nationality or Domicile», p. 426.

<sup>611</sup> Art. 1: «Toute personne ayant sa résidence habituelle sur le territoire d'une des Parties contractantes...» (M.B., 8 novembre 1978).

Convention de La Haye du 14 novembre 1896 sur la procédure civile <sup>612</sup>. A la Conférence de La Haye de 1928, Neumeyer propose d'utiliser la notion pour insérer une disposition relative aux apatrides dans les Conventions de 1902 et 1905 sur le droit familial. Après opposition, l'expression est acceptée à l'unanimité <sup>613</sup>. La notion avait déjà été utilisée dans la Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs ayant leur «résidence habituelle» à l'étranger (art. 2 et 3). Plusieurs conventions de La Haye postérieures à 1956 se réfèrent à la résidence habituelle. <sup>614</sup>. Les législations nationales

<sup>612</sup> Article 15 (texte in KOSTERS et BELLEMANS, p. 906). S'agissant de la délivrance d'attestation par les autorités de la résidence habituelle de l'étranger au sein de l'Etat contractant, il y va davantage d'une notion de droit matériel interne. En 1948, à la Session de Bruxelles de l'I.D.I., la résolution sur les conflits de compétence juridictionnelle en matière de divorce et de séparation de corps propose la compétence du pays de la résidence habituelle (étant celle qui a duré trois ans avant la demande), *Annuaire I.D.I.*, 1948, p. 281.

La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, a préféré la notion de domicile tant comme critère d'applicabilité que de compétence (art. 2). La notion est maintenue au même art. 2 de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988.

<sup>613</sup> DE WINTER LI. *idem*. La notion de résidence, sans qualificatif, a été reprise mais «à défaut de domicile» pour les réfugiés (Convention de Genève du 28 juillet 1951, art. 12.1) et pour les apatrides (Convention de New York du 28 septembre 1954, art. 13.1).

<sup>614</sup> Dans les matières de statut personnel (*sensu lato*):

- 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants: art. 1;
- 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires: art. 1, d;
- 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption: art. 1 et 2;

plus récemment, notamment:

- 1er juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps: art. 2;
  - 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort: art. 3.
- Dans d'autres matières:
- 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels: art. 1, 2;
  - 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière: art. 4.

En 1966, l'Institut de Droit International avait déjà proposé l'application de la loi de la résidence habituelle aux effets du mariage entre époux, *Annuaire I.D.I.*, vol. 46, Session de Grenade, p. 176.

font de même <sup>615</sup>. Les textes ne la définissent pas ou peu <sup>616</sup>. Notion de fait plus que de droit, elle est «l'expression du milieu dans lequel vit une personne» <sup>617</sup>. La doctrine hollandaise, à la suite de De Winter, préfère l'expression de «maatschappelijke woonplaats» <sup>618</sup>, «domicile social», littéralement «lieu social d'habitation».

Deux facteurs paraissent constants: le fait du séjour réel et sa stabilité <sup>619</sup>. Pour le reste, notamment l'*animus manendi*, le concept est plus flou. RoCHAT le situe «entre le domicile strict et le séjour habituel» <sup>620</sup>.

L'imprécision limitée d'un concept peut faire sa richesse. N'est-ce pas la meilleure façon de l'adapter d'une part aux faits, d'autre part à des ordres juridiques différents? N'est-ce pas cette latitude qui donne au concept son efficacité? En Angleterre, Morris souhaite «that English Courts will resist the temptation to define habitual residence, so that the concept may be kept free of rigid technical rules and regarded purely as a question of fact» <sup>621</sup>.

<sup>615</sup> — Loi des Pays-Bas du 25 mars 1981 sur le divorce, *op. cit.*, note 523, art. 1, b, c.  
— Loi de R.F.A. du 25 juillet 1986 portant Code de droit international privé, *op. cit.*, note 526, art. 13, (2), 1° pour justifier l'application de la *lex fori* à la célébration du mariage, art. 14, (1), 2° pour les effets du mariage.

<sup>616</sup> Voy. WATTE N., «Droits et devoirs des époux», p. 76, n° 101 et la Résolution (72) du 18 janvier 1972 du Conseil de l'Europe, y citée en ses règles 8 et 9. Dans le projet de Code civil du Québec, les notions de domicile et de résidence habituelle seraient équivalentes (art. 60), in CASTEL J.G., «The unification of P.I.L. rules in Canada», in *Liber Memorialis François Laurent*, p. 733.

<sup>617</sup> VON OVERBECK F.A., «La professio iuris», p. 1094.

<sup>618</sup> DE WINTER L.I., «De maatschappelijke woonplaats als aanknopingsfactor in het internationaal privaatrecht», Discours inaugural prononcé à l'Université d'Amsterdam en 1962, repris in «Naar een sociaal I.P.R.», 1979, pp. 104-121 et, pour les idées, dans le cours professé à l'Académie en 1969, partic. p. 431; VAN ROOIJ R., p. 167; SAUVEPLANNE J.G., «Elementair I.P.R.», p. 28, relève l'évolution vers «gewone verblijfplaats».

<sup>619</sup> WATTE N., «Droits et devoirs des époux», p. 77.

<sup>620</sup> ROCHAT Ch., p. 269.

<sup>621</sup> p. 35 et regrette la définition déjà donnée en 1975 dans *Cruse v. Chittum* comme «a regular physical presence, enduring for some time» (1974) 2 All E.R. 940. Ceci ne reprend toutefois que les deux éléments de base sans lesquels le concept serait totalement indéfini. NORTH P.M. voit dans le projet de définition de la résidence habituelle par la Commission de réforme du droit irlandais un «not happy model» («General Course», p. 47); considérant que, comme dans la législation du Manitoba, l'élément intentionnel est simplement transposé du domicile à la résidence habituelle (*idem*, p. 48).

L'examen des trois concepts - nationalité, domicile, résidence habituelle - sous l'angle du statut personnel en droit international privé permet de comparer leurs prétentions à la qualité de facteur déterminant la loi personnelle.

## § 2. La loi personnelle

### A. *Présentation et plan*

186. Parler de l'application d'une loi personnelle au statut personnel est erroné. L'analyse de la notion de statut personnel a révélé sa pluralité. Plus que de loi personnelle, il conviendrait de parler de loi appliquée aux différentes matières incorporées dans la notion de statut personnel: la capacité, le mariage et ses effets, le divorce, la filiation; auxquelles s'ajoutent, au sens large de la notion, les régimes matrimoniaux et les successions. L'étude de la loi appliquée à chaque matière n'est pas menée ici. Les différentes matières seront abordées séparément, dans une perspective d'avenir, dans la troisième partie.

Ici, il s'agit uniquement de faire le point sur les actuelles solutions alternatives (E) pour la loi personnelle, à la lumière de l'historique (B), des débats (C) et des problèmes (D) suscités par les deux facteurs de rattachement dominant, la nationalité et le domicile. Ces éclaircissements enrichissent les précisions déjà apportées par l'analyse des facteurs de nationalité, de domicile et de résidence habituelle. Ils permettent de dégager certaines constantes (F) dans la problématique du statut personnel. Il faudra en tirer enseignement pour la troisième partie.

### B. *Historique: autour de l'article 3, alinéa 3 du Code Napoléon*

187. L'histoire de la loi appliquée au statut personnel répond davantage à l'évolution du droit public dans la constitution d'une entité nationale qu'au découpage entre la territorialité et la personnalité des lois (*supra*, n° 158). Depuis l'*origo* reliant la personne à la *civitas* chez les Romains jusqu'avant la citoyenneté

de la Révolution française, en passant par les écoles des statuts, le concept dominant pour rattacher un individu à une communauté de droit est celui du sol, fut-il matérialisé à la naissance ou dans le courant de la vie. Seule la personnalité des lois chez les barbares affaiblit ce principe en Europe occidentale. Dans le monde arabe, la personnalité du droit s'impose progressivement avec l'extension de l'Islam dès la fin du VII<sup>e</sup> siècle. Fondée sur la nature religieuse de l'Islam, le caractère personnel du droit se renforce par la volonté politique des conquérants. Ceux-ci préfèrent maintenir sur leur territoire des communautés non converties à l'Islam qui appliquent leur loi propre, chrétienne ou juive, mais sont, de ce fait, soumises à l'impôt<sup>622</sup>.

188. En Europe occidentale, c'est l'article 3, alinéa 3, du Code Napoléon qui va donner son essor au rattachement de l'individu à la Nation, une notion plus abstraite. La loi personnelle devient la loi nationale<sup>623</sup>. En réalité, c'est bien plus la doctrine que le Code civil lui-même qui a fixé la loi personnelle sous l'enseigne de la nationalité à l'encontre du domicile. Certes, un code uniformisé pour l'ensemble d'un Etat et la codification non seulement des matières de «statut personnel» mais aussi des modes d'acquisition et de perte de la nationalité mettent ce facteur en avant comme point de rattachement idéal. C'est toutefois plus encore l'élément politique d'un Etat nouvellement structuré ou en voie de structuration qui est déterminant<sup>624</sup>. La personnalité de deux hérauts de la loi nationale est éclairante. En Italie, Pasquale Stanislao Mancini se bat pour la constitution de l'Etat Italien; c'est un homme politique nationaliste dans l'âme, autant qu'un juriste<sup>625</sup>. François Laurent vit et participe à la naissance d'une nation. Né en 1810 à Luxembourg, il a vingt ans au moment de l'indépendance de la Belgique. Etudiant à Louvain en philosophie et lettres, il participe au mouvement nationaliste. Cours et examens étant perturbés à Louvain, il poursuit ses études de droit à Liège. En 1834, il est appelé au Ministère de la Justice par son

<sup>622</sup> ARMINJON P., p. 158; VERMEULEN A., «La notion d'ordre public dans les sociétés islamiques», in BASTENIER et DASSETTO (dir.), p. 120.

<sup>623</sup> Première grande codification, le Code prussien de 1794 stipulait encore: «Les droits et qualités d'un individu sont régis par les lois de son domicile» (§ 23); GUTZWILLER M., p. 336.

<sup>624</sup> MANSEL H.P., «L'adoption du principe de la nationalité par le EGBGB du 18 août 1896», *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 869-879.

<sup>625</sup> Pour un portrait de MANCINI P.S., voy. DE NOVA R., in *Livre du Centenaire 1873-1973*, Institut de droit international, Krager, Bâle, 1973, p. 3; MOSCONI F., p. 32.

ancien professeur de droit Antoine Ernst devenu ministre. En 1835, la Belgique indépendante ayant besoin de nouveaux professeurs, il est nommé à la Faculté de Droit de l'Université de Gand. Ces événements politiques ont eu une influence directe sur la pensée juridique de Laurent relativement au droit de la nationalité et des étrangers:

«Né sous le premier empire à Luxembourg, je suis Français de naissance; en 1814, je deviens Néerlandais de par la conquête; en 1830, la Révolution me fait Belge, tandis qu'à Luxembourg je suis toujours Néerlandais, j'ai deux patries jusqu'en 1839; les traités le détachent de la Belgique, je cesse d'être Belge, et je perds en même temps la nationalité néerlandaise, comme occupant des fonctions publiques en Belgique. Me voilà sans patrie, jusqu'à ce que j'eusse fait la déclaration moyennant laquelle les Limbourgeois et les Luxembourgeois conservaient leur nationalité; après avoir fait cette déclaration, je fus considéré comme ayant toujours été Belge. J'ai donc quatre fois changé de nationalité, *et toujours sans le vouloir* ou même sans le savoir. Quand cette diplomatie, qui dispose des populations comme une dépendance des terres, fera-t-elle place à la souveraineté des nations?» 626.

Il est frappant de relever l'élément de volonté dans ce texte. D'une part, Laurent a fait une déclaration volontaire pour être belge, d'autre part, il précise que les différents changements de territoire ont modifié sa nationalité «*toujours sans le vouloir*». C'est bien de cela dont Laurent se plaint: par les cessions de territoires, les hommes ne sont pas mieux traités que les terres. L'époque oriente la volonté politique de ces hommes vers la recherche de l'indépendance sur leur territoire. Dans la foulée, ils situent leur propre liberté dans la «souveraineté nationale». Le même phénomène dans ses causes et effets se produit lors des décolonisations. Les temps ne sont pas mûrs pour prolonger le raisonnement jusqu'à la liberté individuelle par une volonté autonome. Leur sentiment de liberté est concentré sur la nation nouvelle. Mais les causes, l'atteinte au «*vouloir*» des hommes; et les prémisses du raisonnement, le respect de ces hommes et

626 LAURENT F., «Droit civil international», t. III, p. 414. Italiques ajoutés au texte. Sur la vie de Laurent: BAERT G., «François Laurent, zijn leven, zijn tijd en zijn strijd (1810-1889)», *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 9-63.

partant de leur vouloir, sont déjà inscrites <sup>627</sup>.

189. On retrouve les mêmes éléments chez Mancini, «le noble organe de la race italienne» selon les termes de Laurent qui lui dédie son ouvrage sur le droit civil international <sup>628</sup>. Vingt-trois ans après sa fameuse leçon inaugurale sur le thème: «*Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*» <sup>629</sup>. Mancini va, en 1874, dans son rapport à la session de Genève de l'Institut de droit international <sup>630</sup> transposer son raisonnement sur la souveraineté des Etats, du droit international public au droit international privé. Il y fonde l'obligation du respect des lois étrangères et le moyen d'y parvenir par voie de traités. Dans ce cadre, il détermine les éléments qui constituent une nation et un ordre juridique en termes éclairants:

«L'ordre juridique consiste dans l'accord de la *liberté privée et individuelle avec l'exercice du pouvoir social*, c'est-à-dire des rapports entre la *loi de l'Etat* et les *prérogatives de l'individu*, entre l'ordre politique et l'ordre civil des rapports domestiques et privés. L'action du *pouvoir social* s'arrête là où elle rencontre la *liberté inoffensive* et dès lors *légitime* des particuliers. En conséquence, l'autorité sociale ne peut, sans commettre un injuste excès, envahir la sphère inaccessible et inviolable dans laquelle se répand et s'exerce cette *liberté inoffensive*» <sup>631</sup>.

De là, Mancini tire une conclusion dont le tort est sa prétention à l'universalité, alors qu'elle répond aux besoins d'une époque: «la liberté de l'individu est pour ainsi dire la racine de la nationalité d'un peuple» car la Nation est la liberté individuelle multipliée par la masse des libertés; c'est la conversion des

<sup>627</sup> Dans les «Etudes sur l'histoire de l'humanité», Laurent qui est profondément croyant et qui se réfère à plusieurs reprises au gouvernement providentiel de Dieu, écrit contre l'Eglise des pages qui trouvent leur source dans la même pensée pour la liberté des esprits contre l'obscurantisme des institutions. La difficulté réside vraisemblablement dans la quasi nécessité d'institutions pour la vie sociale. L'institution honnie (par exemple l'Eglise) est alors remplacée par une autre (par exemple ici, l'Etat). Voy. GOTHOT P., «François Laurent: entre la religion de l'avenir et le présent de la loi», *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 69-80.

<sup>628</sup> Droit civil International, p. 72.

<sup>629</sup> BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 274, n° 230, citant CASTELLANI, *Il diritto internazionale privato ed i suoi piu recenti progressi*, II, 2e éd., p. 128 ; GUTZWILLER, pp. 365 ss.

<sup>630</sup> «De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre différentes législations civiles et criminelles», *Clunet*, 1887, pp. 221 ss., 285 ss.

<sup>631</sup> *Idem*, p. 292, italiques de Mancini.

qualités, des mœurs, des tendances, des coutumes, en climat, température, situation géographique. Ces libertés appartenant à l'homme, elles doivent le suivre partout, ce qui fonde la compétence de la loi nationale pour les matières de statut personnel. Celles-ci sont régies par l'Etat et soustraites à la «liberté inoffensive» des individus car elles font partie du droit privé nécessaire que ni les individus, ni les Etats étrangers ne peuvent altérer par opposition au droit privé volontaire qui régit les obligations et les contrats et auquel les individus peuvent déroger<sup>632</sup>. Quel que soit le caractère des droits privés volontaires ou nécessaires, quel que soit le facteur de rattachement du statut personnel, le point central est l'articulation du public et du privé. Mancini souligne avoir substitué aux «formules traditionnelles et vides» de statuts réel ou personnel, «deux autres formules aisément intelligibles: droit privé et domestique, droit public et politique»<sup>633</sup>. Le fléau de la balance repose sur le caractère «inoffensif» de la liberté en cause pour ce qui est des droits privés.

190. C'est le succès remporté par les thèses de Mancini, soutenu notamment en Belgique par Laurent, en France par Weiss, qui va donner à la lecture de l'article 3, alinéa 3 du Code Napoléon une portée bien différente en consacrant la nationalité comme facteur de rattachement du statut personnel, à partir de la phrase: «Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger» (art. 3, al. 3)<sup>634</sup>.

En effet, les travaux préparatoires du Code civil ne permettent pas de donner une portée aussi certaine à l'article. Laine y relève comme philosophie centrale «la souveraineté et l'indépendance respective des Etats»<sup>635</sup>. Ceci est conforme aux idéaux révolutionnaires et motive la formulation unilatérale de l'alinéa. Cette souveraineté était confondue également, dans l'esprit des magistrats, avec une limitation erronée de leur compétence au statut personnel des Français à l'exclusion des

---

<sup>632</sup> Exactement les mêmes divisions chez BUSTAMANTE, «Projet de code», p. 17.

<sup>633</sup> MANCINI P.S., *idem*, p. 297.

<sup>634</sup> Sur les versions successives de l'article, voy. LAINE A., «La rédaction du code civil...», premier numéro de la *Revue de droit international privé et de droit pénal*, 1905, pp. 21 ss. et 443 ss.

<sup>635</sup> LAINE A., «La rédaction du code civil», p. 29.

étrangers<sup>636</sup>. Pour le surplus il ne paraît pas y avoir de rupture délibérée avec le droit antérieur. La substitution de la loi nationale à la loi du domicile est normale, ne représentant que la substitution d'une loi de l'Etat aux coutumes des provinces<sup>637</sup>. L'interprétation du silence quant à la loi applicable aux étrangers en France fut plus délicate. Laine déduit l'application de la loi nationale de l'évolution historique normale du domicile à la nationalité et d'une phrase de Portalis devant le corps législatif: «les lois personnelles suivent la personne partout»<sup>638</sup>. Par ailleurs, lors de la discussion de l'avant-dernier projet de la section de législation du Conseil d'Etat comportant un article 9, similaire à l'actuel article 3, alinéa 3, Tronchet, président du Tribunal de Cassation, avait affirmé «l'étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui règlent l'état des personnes»<sup>639</sup>. Ces éléments ne sont pas déterminants, le but manifeste du législateur ayant été simplement d'asseoir la souveraineté de ses lois. Sans même débattre de la portée du participe «résidant», qui pourrait exclure le Français «domicilié» à l'étranger<sup>640</sup>, de toute manière, le Français visé est celui qui se trouverait, de son chef ou non, devant les tribunaux français. Dans cette hypothèse, compte tenu des moyens de locomotion limités de l'époque, il est probable que ce Français n'aurait guère d'attaches avec l'étranger, n'y étant pas stabilisé. Parallèlement, la dispersion d'une situation dans l'espace entraînant la soumission aux tribunaux français de questions propres au statut personnel d'un étranger de passage ne paraît guère envisagée. Si l'étranger est établi en France, sa naturalisation concordera souvent avec son droit au séjour. Pour Savigny, «il résulte clairement des discussions préparatoires que la capacité personnelle des étrangers se règle d'après leur domicile, c'est-à-dire d'après le droit étranger». L'affirmation est

<sup>636</sup> VITTA E., «Cours général», p. 149; BATIFFOL et LAGARDE, t. I, n° 273, dernier §, p. 322, phrase incomplète, voir 6e éd., p. 348. Sur les remarques du Tribunal de Grenoble et leur incidence sur l'ajout du terme «police» pour désigner les lois auxquelles l'étranger sera soumis en France, voy. LAINE A., p. 35, 37 et 38.

<sup>637</sup> DE WINTER L.I., «Nationality or Domicile», pp. 367-369; GUTZWILLER M., p. 337.

<sup>638</sup> LAINE A., «La rédaction du Code civil», p. 55.

<sup>639</sup> L'art. 9 se lisait: «Le Français résidant en pays étranger continuera d'être soumis aux lois françaises pour ses biens situés en France et pour tout ce qui touche à son état et à la capacité de sa personne», LAINE, *idem*, p. 39.

<sup>640</sup> En considérant que l'étranger «domicilié» à l'étranger serait régi par la loi étrangère, le facteur étant le domicile. DEMANGEAT, cité par BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 324, n° 276; NIBOYET J.P., *Traité*, t. III, 199; LAURENT F., «Droit civil international», p. 185; WEISS A. rejette l'argument en se fondant, outre les travaux préparatoires, sur l'article 170 visant tout mariage à l'étranger sans condition de résidence ou d'établissement, p. 154.

également erronée. On eût pu croire que Savigny opérerait ainsi un simple glissement en fixant comme loi personnelle la loi du premier domicile, proche de la notion anglaise. Il n'en est rien. Il voit un système dual ajoutant: «il n'est pas douteux non plus que tant que la qualité de français subsiste, cette qualité est seule décisive lors même que la personne serait domiciliée hors de France, de sorte que la loi française n'a pas maintenu dans toute sa rigueur le principe que la capacité du droit et la capacité d'agir ont pour base le domicile <sup>641</sup>.

191. Ces interprétations contradictoires, possibles dans le silence des textes mais erronées en ce qu'elles se fondent sur la volonté du législateur ou sur la jurisprudence, n'ont pas facilité la tâche des tribunaux. Si la jurisprudence semble avoir fait rapidement preuve de constance en faveur de la nationalité en France <sup>642</sup>, elle fut plus hésitante en Belgique <sup>643</sup>. Le débat jurisprudentiel y porte sur deux points. D'une part, dans le silence du texte, le principe d'application de la loi nationale au statut personnel, doit-il être étendu aux étrangers? D'autre part, si la réponse à la première question est positive, quelle en est la justification, une simple courtoisie internationale ou un stricte raisonnement par analogie? La réponse positive à la première question étant assez rapidement acquise <sup>644</sup>, sa justification dans le raisonnement analogique qui en établira le multilatéralisme certain ne s'affirme qu'en 1882 <sup>645</sup>. Non sans écho dans les

<sup>641</sup> SAVIGNY F.C., p. 145.

<sup>642</sup> BATIFFOL et LAGARDE, t. I, p. 324, n° 276: «La solution n'a pas été contestée dans son principe et a été appliquée de manière constante».

<sup>643</sup> FALLON M., «L'application de l'article 3 alinéa 3 du Code civil par la jurisprudence belge du XIXe siècle», *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 765-782.

<sup>644</sup> Le caractère exceptionnel et la matière (faillite) de l'arrêt du 6 août 1852 (aff. *De Terwangne, Pas.*, 1853, I, p. 156) ne paraît pas permettre l'affirmation d'une réelle «orientation de la jurisprudence en faveur du domicile» (WATTE N., «Droits et devoirs des époux», p. 35; WATTE N. et VAN GYSEL A.Ch., p. 308). Cette orientation ne correspondrait pas à plusieurs arrêts antérieurs dont le premier avait consacré l'application de la loi nationale à une personne morale en soulignant déjà que le principe de l'article 3, alinéa 3, «doit nécessairement et par réciprocité s'étendre aux étrangers qui se trouvent en Belgique» (Cass., 22 juillet 1847, aff. *Soc. La France, Pas.*, 1847, I, p. 392).

<sup>645</sup> Cass., 1ère Ch., 19 janvier 1882, *de Bauffremont, Pas.*, 1882, I, p. 38: «Il est de principe que l'état et la capacité des personnes sont réglés par les lois de la nation à laquelle elles appartiennent... principe appliqué et implicitement consacré à l'art. 3, § 1er (lire al. 3) du Code civil, et Cass., 1re Ch., 12 avril 1888, *Tant, Pas.*, 1888, I, p. 186. En France, voy. DONNEDIEU DE VABRES H., p. 30, la jurisprudence française «parfois invoque expressément l'argument de réciprocité; plus souvent, elle se borne à déduire de l'alinéa 3 la compétence universelle de la loi nationale sans préciser le mode de cette déduction».

motivations évoquées ci-dessus chez Laurent et Mancini, Nadine Watté considère que «le passage du domicile à la nationalité paraît être le résultat d'une politique, d'un patriotisme plutôt que le fruit d'une réflexion sur les conflits de lois»<sup>646</sup>. C'est bien le principe de souveraineté qui s'impose. Il motive l'unilatéralité de l'expression du champ d'application de la loi nationale autant que son extension bilatérale, par petits pas, de la concession à la réciprocité de droit<sup>647</sup>.

192. Les premières décisions appliquant l'article 3, alinéa 3 du Code civil présentent un autre aspect moins souvent mis en lumière: l'examen fréquent, fut-ce à titre confirmatif, de la volonté de l'intéressé telle qu'elle apparaît des actes traduisant une «rupture» ou un «esprit de retour» envers la nation d'origine. Il n'y a rien d'étonnant à retrouver cet élément moral une fois établi que le passage du domicile à la nationalité reflète, pour une bonne part, l'acquis révolutionnaire d'un droit national unifié remplaçant les droits coutumiers. L'examen des notions de domicile et de nationalité a révélé la présence de ces deux facteurs de proximité: physique et moral (*supra*, n° 169 ss. et 181 ss.)<sup>648</sup>. Dans la jurisprudence française, l'affaire *Busqueta*, première décision de droit international privé postérieure au Code généralement citée, en est une bonne illustration<sup>649</sup>. Bertrand Busqueta, sujet espagnol, moine capucin défroqué, épouse en 1809, en France, Caroline Elisabeth Styles, de nationalité française. Celle-ci demandera l'annulation du mariage lorsqu'elle apprendra l'ancien état de son époux. Fondée en droit espagnol, la nullité du mariage ne l'est pas en droit français. Réformant le jugement du Tribunal civil de la Seine, la Cour de Paris considère que la capacité du mariage «se règle par le statut personnel», écartant toute interférence du droit au séjour en France obtenu par Busqueta. Dans ses motifs, la Cour

<sup>646</sup> WATTE N., «Droits et devoirs des époux», p. 37.

<sup>647</sup> LAGARDE P., «Le principe de proximité», p. 3.

<sup>648</sup> A quoi s'ajoute l'art. 17 du Code Napoléon prévoyant la perte de la nationalité (française) lorsqu'il y a établissement à l'étranger sans esprit de retour.

<sup>649</sup> Cour de Paris, 13 juin 1814, *Sirey*, 1814, 2, 393; ANCEL et LEQUETTE, «Grands arrêts», p. 1; LAURENT F., «Principes de droit civil», p. 131, qui approuve l'arrêt en ce qu'il applique la loi nationale mais le critique en ce qu'il accepte l'effet de cette loi nationale, la mort civile après apostasie, qui eût dû être écarté comme contraire à l'ordre public. LAURENT ne peut davantage approuver Caen, 16 mai 1846, *Rec. Dalloz*, 1847, p. 33: «Un étranger peut valablement contracter mariage en France, alors même qu'il serait frappé d'incapacité par les lois de son pays», cet arrêt «niant le statut personnel de l'étranger».

établit par plusieurs arguments qu'il n'y a en l'espèce pas de «preuve de l'abdication d'une patrie à laquelle on n'est pas présumé renoncer sans esprit de retour» puisque Busqueta «n'a jamais abdicqué ni voulu abdiquer sa patrie, et qu'il a toujours conservé l'esprit de retour»<sup>650</sup>.

193. En Belgique, l'affaire *Lindoso* a fait l'objet en première instance d'un examen similaire de volonté, écarté en appel<sup>651</sup>. Lindoso, ex-consul d'Espagne à Anvers, a épousé en 1855 une ressortissante belge Elisa Le Brun. Au décès de cette dernière, la tutelle de leur fille mineure est organisée conformément à la loi belge à la demande même de Lindoso. Celui-ci a toutefois donné son assentiment à la nomination d'un subrogé tuteur «sous réserve de tous ses droits selon la loi espagnole qui ne reconnaît pas de tutelle tant que le père est en vie». Plus tard il attaque les actes du conseil de famille afin de pouvoir lui-même disposer de la libre gestion des biens de sa fille conformément à la loi espagnole. Le Tribunal de première instance de Bruxelles rejette sa requête au motif «qu'en agissant comme il l'a fait, [Lindoso] a clairement manifesté qu'il renonçait à se prévaloir des lois de son pays», renonciation qualifiée de «librement faite», Lindoso étant «libre d'agir autrement qu'il ne l'a fait ... il ne peut dès lors détruire ce qu'il a librement consenti». La Cour d'appel de Bruxelles réformera le jugement, accordant à Lindoso la stricte application de son statut personnel au motif que «les lois concernant l'état et la capacité suivent les personnes en quelque lieu qu'elles se trouvent ; que ces lois, formant la base sur laquelle repose l'édifice social, sont essentiellement d'ordre public; que les droits qui en dérivent ne peuvent conséquemment faire l'objet d'aucune transaction». Il est à noter que la Cour d'appel conforte l'application de la loi nationale espagnole par le fait que Lindoso a conservé son domicile en Espagne qui est partant, en droit, également le lieu de domicile de feu son épouse, en outre espagnole par mariage, et de l'enfant mineure<sup>652</sup>.

<sup>650</sup> Italiques ajoutés au texte.

<sup>651</sup> Civ. Bruxelles, 21 janvier 1865 et Bruxelles, 29 juillet 1865, tous deux *Pas.*, 1866, I, pp. 57, n° 60.

<sup>652</sup> WATTE N., «Droits et devoirs des époux», p. 35 et Index, p. 353 (y lire 29 juillet), cite cet arrêt pour ce seul motif; LAURENT F., «Principes de droit civil», p. 109 et «Le droit civil international», p. 524, approuve l'arrêt soulignant que la nationalité est indépendante de notre volonté comme les faits de race ou de naissance dont elle dépend. Sans évaluer la place de la volonté dans la nationalité (*supra*, n° 173), il échet de relever que LAURENT pose une confusion entre fait et droit qui devrait l'amener à rejeter toute part de la volonté dans les effets juridiques d'un autre «fait providentiel», la mort.

194. L'analyse du facteur psychologique va se maintenir lorsqu'il s'agira de faire face à la première forme de conflit de nationalité: celui qui se localise au sein d'une même personne. C'est le cas des décisions tranchant les effets de la multipatridie sur les obligations de milice. L'arrêt *Bochoms* de la Cour de cassation de Belgique a ainsi rejeté la prétention à la nationalité hollandaise avancée par Bochoms pour échapper à la conscription<sup>653</sup>. Confirmant en cela l'examen souverain du juge du fond sur «l'absence ou la perte de l'esprit de retour», la Cour a toutefois rectifié sa base légale: s'agissant d'apprécier la nationalité hollandaise, «attendu qu'aux termes de l'article 3 du Code civil, le statut personnel de l'étranger le suit en Belgique», c'est dans la loi hollandaise, non à l'article 17 du Code civil belge, qu'il convient de trouver la cause de perte de la nationalité dans l'établissement à l'étranger, durant cinq ans selon la loi hollandaise, sans esprit de retour. L'élément intentionnel ne peut ici être surévalué, il est clairement circonscrit à la disposition légale qui le prévoit. Tel n'est pas le cas d'un arrêt du 17 juillet 1907 de la Cour d'appel de Santiago<sup>654</sup>. Pour échapper à une peine d'emprisonnement de trente jours, en raison de non-inscription sur les registres de recrutement militaire, Garcia se prévaut de sa nationalité espagnole, attribuée *iure sanguinis*, à l'encontre de sa nationalité chilienne attribuée *iure soli*. Loin de retenir le principe de la nationalité du for, dont la possibilité sera consacrée à l'article 3 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930, la Cour de Santiago admet la thèse de Garcia au motif que «la prescription du statut chilien ne doit pas être considérée comme rigoureusement impérative [et] autorise seulement une option entre la nationalité chilienne et celle que peut offrir la législation d'autres pays». Demeurée isolée dans le temps, cette décision parût à l'époque non comme une «singularité judiciaire», mais comme le reflet d'une doctrine dominée par «l'autonomie de la volonté», permettant un «droit d'option» entre les nationalités en présence<sup>655</sup>.

195. Cette tendance se retrouve dans un arrêt *Galdeano-Alonzo* de la Cour d'appel de Rabat, à l'époque du protectorat

<sup>653</sup> Cass., 2e ch., 1er juin 1868, *Pas.* 1868, I, p. 425.

<sup>654</sup> *Aff. Garcia, Clunet*, 1909, p. 244.

<sup>655</sup> Dans la note de ROUGIER R., sous la décision citée dans son «Bulletin de jurisprudence du Chili», *idem*, pp. 245-246.

français <sup>656</sup>. Madame Galdeano était espagnole *iure sanguinis* et française *iure soli*. Selon le Code de la nationalité française de l'époque, elle pouvait répudier cette dernière nationalité dans l'année qui suit sa majorité. Avant cette date, elle épouse un ressortissant espagnol, à Casablanca, dans les formes du mariage religieux espagnol. Lorsque le mari introduira une procédure en séparation de corps et de biens, Madame Galdeano opposera la nullité du mariage au regard de sa loi nationale française. Les deux instances écartent l'application de la loi nationale du for au motif «qu'en contractant mariage sous cette forme, la susnommée a manifesté la volonté de conserver la nationalité qu'elle possédait *iure sanguinis* et a, en fait, répudié celle qu'elle possédait *iure soli*».

196. Le même élément intentionnel marque les conflits négatifs de nationalité. L'article 12, § 1er des Conventions de New-York sur le statut des apatrides <sup>657</sup> et de Genève sur le statut des réfugiés <sup>658</sup> substitue le domicile et subsidiairement la résidence au facteur de rattachement nationalité pour le statut personnel. Si le choix du domicile ou de la résidence paraît donner une place plus importante à la volonté que ne le fait la nationalité, ce choix est rarement libre, surtout dans le chef du demandeur d'asile. Toutefois, par un motif inverse de liberté, l'élément intentionnel est central dans la rupture avec la nationalité d'origine. Au terme de l'article 1, lettre A, alinéa 2, de la Convention de Genève, le réfugié est toute personne qui craint avec raison d'être persécuté du chef des causes précisées (dont l'appartenance nationale ou raciale) et qui, «ne peut ou, du fait de cette crainte, *ne veut* se réclamer de la protection du pays dont

<sup>656</sup> Rabat, 1<sup>e</sup> Ch., 22 février 1955, *R.C.D.I.P.*, 1956, p. 244, note défavorable de BATIFFOL.

<sup>657</sup> 27 septembre 1954, Loi belge 12 mai 1960, *Mon.* 10 août.

<sup>658</sup> 28 juillet 1951, Loi belge 26 juin 1953, *Mon.* 4 octobre. *Adde*: point 6 de la Résolution de la Session du Caire de l'I.D.I. en 1987 sur la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé recommandant aux Etats non partie à ces Conventions d'adopter les solutions de l'art. 12 et à tous les Etats de les étendre «à certaines catégories de personnes dont la situation est similaire» mais qui ne peuvent se prévaloir formellement du statut de réfugié ou d'apatride, *Annuaire*, 1987, vol. 62-II, p. 292. Pour l'application de la loi du domicile à des réfugiés avant l'entrée en vigueur de la Convention de Genève, voy. Paris, 23 novembre 1954, *R.C.D.I.P.*, 1956, p. 63, note Y.L., la nationalité n'étant «plus qu'un lien d'allégeance purement théorique sans contenu concret et sans valeur effective»; ou à des réfugiés non statutaires: Cass. Fr., 25 juin 1974, *R.C.D.I.P.*, 1974, p. 678, *Clunet*, 1975, p. 330; Civ. Seine, 14 février 1908, *Clunet*, 1908, p. 813.

elle a la nationalité»<sup>659</sup>. Si l'influence du sens des migrations est certaine sur le choix de la nationalité ou du domicile comme facteur de rattachement, la qualité de réfugié d'une partie importante des immigrés accentue nettement la tendance à favoriser le domicile<sup>660</sup>.

### C. *Le débat: Nationalité contre Domicile*

197. Les migrations sont bien, sinon l'élément déterminant du choix de l'un ou l'autre des facteurs de rattachement, le fait sociologique majeur qui, régulièrement dans le temps, rouvre le débat, en redistribuant les paramètres: sens, quantité et qualité des migrations.

Les arguments en faveur de la nationalité ou du domicile ont été longuement débattus et approfondis<sup>661</sup>. Les principaux peuvent se centrer autour de trois axes déterminants dans les relations personnelles transfrontières:

- 1) les personnes intéressées;
- 2) les Etats concernés;
- 3) les tiers touchés.

(3) Sur ce dernier point, le domicile paraît l'emporter s'il est entendu au sens large comprenant la *lex loci actus* pour la capacité. C'est la jurisprudence *Lizardi*, dont le motif est bien la protection du commerce et, partant, des tiers en général, même si

<sup>659</sup> Italiques ajoutés au texte. Tel était bien l'objet de l'examen de la Cour de Paris dans l'affaire *Busqueta*, *supra*, n° 192.

<sup>660</sup> Le caractère déterminant de cet élément en Suède est souligné par PÅLSSON L., in «Family conflict of laws», p. 328 et 333.

<sup>661</sup> DE WINTER L.L., pp. 400 ss.; et «Le principe de la nationalité», pp. 514-528; von BAR Ch., n° 35; BATIFFOL H., «Principes», pp. 503 ss.; «Aspects philosophiques», pp. 278 ss.; BATIFFOL et LAGARDE, t. II, pp. 3 ss., n° 381; WEISS A., p. 70; AUDIT B., p. 279; RIGAUD F., t. II, p. 238, n° 888; VAN HECKE G., «Principes et méthodes», pp. 532 ss.; WATTE N., «Droits et devoirs des époux», p. 20; MORRIS J.H.C., p. 33; CHESHIRE et NORTH, p. 169; RABEL E., pp. 149 ss.; GUTZWILLER M., p. 344; MARIDAKIS G.S., «Introduction», p. 503; SEIDL-HOHENVELDERN I., «Domicile under Austrian Law», *A.J.C.L.*, 1, 1952, p. 259; LOUSSOUARN Y., *Annuaire I.D.I.*, Session du Caire, vol. 62, 1987, I, pp. 316 ss. et Session de Sieme, 1952, p. 407.

l'arrêt ne vise que le cocontractant français <sup>662</sup>. De façon générale, le critère paraît, pour le tiers, davantage matériel: prudence et bonne foi. Toutefois, le domicile n'est pas nécessairement le critère le plus adéquat, s'agissant de protéger les tiers en leur procurant la meilleure connaissance possible de l'état et de la capacité d'une personne, en ce que ces éléments peuvent influencer la validité d'une transaction. Il peut se faire que les tiers aient plus facilement connaissance de la nationalité, caractéristique stable d'une personne, que de son domicile. Or, s'agissant de l'état, non de la capacité, le domicile s'interprétera *sensu stricto*, à l'exclusion du lieu de transaction. Cet élément de permanence et de stabilité est l'argument premier avancé en faveur de la nationalité au point d'en définir la catégorie du statut personnel (*supra*, n° 167).

(2) L'argument de la permanence du statut personnel pèse surtout en faveur de l'Etat du national même s'il peut plaider pour la stabilité de l'intéressé. Le libellé unilatéral du texte initial ne trompe pas: c'est l'Etat qui veut, dans une matière jugée impérative, conserver ascendant sur ses nationaux. L'Etat d'accueil, de domicile, aura la prétention inverse s'il entend assimiler ses immigrés.

(1) Pour ceux-ci enfin, étant les personnes intéressées, on avance généralement que le domicile correspond davantage à leur cercle de vie et partant à une localisation effective plutôt que fictive. Les hésitations portent alors sur le degré d'intention de

---

<sup>662</sup> Cass. Fr., 16 janvier 1861, S. 1861, 1, 305, note MASSÉ. En ce sens: ANCEL et LEQUETTE, p. 17. Pour une autre interprétation: JOBARD-BACHELIER M.N., «L'apparence en droit international privé», pp. 120 ss. Le caractère fonctionnel de l'arrêt est frappant dans le relevé des éléments de fait mentionnés par le juge du fond (un paragraphe sur les deux que comportent l'arrêt) pour établir que «le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi». D'un point de vue plus théorique, l'arrêt pose expressément le caractère facultatif de la bilatéralisation de l'art. 3, al. 3: «Attendu que si le statut personnel dont la loi civile française assure les effets aux Français résidant en pays étranger, peut, par réciprocité, être invoqué par les étrangers résidant en France...».

retour parfois tranché par le facteur temps: cinq ans de séjour par exemple <sup>663</sup>.

198. Au-delà des arguments, il convient de mesurer l'opposition entre les deux systèmes au regard des deux notions. La nationalité évolue vers une certaine souplesse alors que le domicile est encore, pour le «domicil of origin», plus rigide qu'il n'y paraît (*supra*, n° 169 ss. et 181 ss.). Enfin, dans les deux systèmes, l'importance de la *lex fori*, visée très tôt dans l'unilatéralité des textes, ne fait que croître <sup>664</sup>.

#### D. Problèmes : unité et égalité dans la famille

199. L'équation se complexifie en présence d'un statut personnel multiple au sein d'une cellule familiale. L'influence en droit interne du principe d'égalité sur le statut personnel de la femme et des enfants va développer le nombre de conflits par disparité de statuts personnels au sein d'une même famille. Ces conflits sont positifs ou négatifs selon qu'on additionne les statuts individuels ou qu'on s'attache au résultat, l'absence d'un statut régissant la famille. La prédominance de l'un des membres pour sauvegarder l'unicité est rejetée, en tout cas entre parents, l'enfant bénéficiant d'un autre principe développé à son égard en droit matériel: «l'intérêt prépondérant» <sup>665</sup>.

<sup>663</sup> C'était le cas de l'art. 27, al. 2 du projet de réforme du titre préliminaire du Code civil français sur le droit international privé de 1951. Travaux de la Commission de réforme du Code civil (1951), 801-821, sous la présidence de JULIOT de la MORANDIERE; sur les suites, voy. LOUIS-LUCAS P., «Le colloque des 20 et 21 mai 1955 sur la codification du droit international privé français», *R.C.D.I.P.*, 1956, pp. 391-407, spéc. p. 405; trad. angl. et commentaire in *A.J.C.L.*, 1952, pp. 404 ss. Sur le principe d'une emprise «beaucoup plus radicale... du milieu où se centre la situation», DEELEN J.E., «Nationalité et milieu», p. 107.

<sup>664</sup> VAN HECKE G., «Principes et méthodes», p. 414; NORTH P.M., p. 30.

<sup>665</sup> WATTE N., «Les relations familiales en droit international privé et l'incidence du principe de l'égalité entre l'homme et la femme», *Mélanges R. Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, t. II, pp. 911-928; VALLADÃO H., «Conséquences de la différence de nationalité ou de domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage», *R.C.A.D.I.*, 1962, I, t. 105, pp. 75-165, avec un historique détaillé de la résolution de l'I.D.I. sur le sujet (limité à la différence de nationalité) à la Session de Grenade en 1956, l'auteur étant corapporteur avec BATIFFOL H., *Annuaire I.D.I.*, 1956, vol. 44 et 45. *Adde.*: ZICCARDI P., «Le pays d'appartenance des particuliers comme objet d'une convention de droit international privé», in *Le droit international à l'heure de sa codification*, Etudes en l'honneur de Roberto Ago, Milano, Giuffrè, 1987, t. IV, p. 444. Sur la notion d'intérêt de l'enfant: VAN GYSEL A.Ch., «L'intérêt de l'enfant, principe général de droit», *R.G.D.C.*, 1988, p. 186.

Le système favorisant le facteur nationalité va résoudre l'équation en intégrant le facteur domicile à l'image des solutions apportées aux conflits de nationalités au sein d'une même personne quand le domicile se substitue à la nationalité tantôt parce que celle-ci fait défaut en cas de conflit négatif pour cause d'apatridie ou de statut de réfugié, tantôt, indirectement, pour désigner la nationalité effective en cas de conflit positif par multipatridie. La *lex fori* s'en trouve favorisée. C'est la Résolution adoptée par l'Institut de droit international à la Session de Grenade en 1956<sup>666</sup>. C'est la jurisprudence *Rivière*<sup>667</sup> et *Lewandowski*<sup>668</sup> de la Cour de Cassation de France dont le succès d'exportation sera tempéré par la fermeté de la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique dans le maintien du cumul limitatif des lois nationales<sup>669</sup> et par le rejet du critère du domicile commun dans la législation française. Par une approche unilatérale en France<sup>670</sup>, bilatérale en Belgique<sup>671</sup>, les deux législateurs vont, dans le domaine du divorce, consacrer la prédominance de la *lex fori*.

200. En Belgique, l'affaire *Bigwood II*, postérieure à cette nouvelle législation, est d'un certain intérêt plus positif, il est vrai, à l'égard de l'arrêt de la Cour d'appel que de celui de la Cour de cassation. Monsieur *Bigwood*, sujet britannique, épouse Madame *Piccini Leopardi* de nationalité italienne, en Italie en 1972. Dès après le mariage, les époux s'établissent en Belgique où ils résideront sans discontinuité. En 1976, ils introduisent une

<sup>666</sup> VALLADÃO H., pp. 158 ss. Art. 1: «Pour les effets du mariage sur les rapports du droit de la famille d'ordre personnel entre des époux de nationalités différentes, on appliquera: a) la loi de la résidence habituelle commune des époux, la loi de leur dernière résidence habituelle commune, ou, au cas où il n'y aurait jamais eu de résidence habituelle commune, la loi du lieu de la célébration du mariage».

<sup>667</sup> Cass. Fr., 1<sup>e</sup> Ch., 17 avril 1953, *R.C.D.I.P.*, 1953, p. 412, note BATIFFOL H.; *Clunet*, 1953, p. 860, note PLAISAN; BATIFFOL H., «Principes», pp. 542 à 555; ANCEL et LEQUETTE, «Grands arrêts», p. 193; *adde*: les «Remarques sur l'arrêt Rivière» par l'avocat général ayant siégé en la cause: GALVADA A., in *Travaux du Comité français de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1965, p. 115.

<sup>668</sup> Cass. Fr., 15 mars 1955, *R.C.D.I.P.*, 1955, p. 320, note BATIFFOL H.; *Clunet*, 1956, p. 146, note GOLDMAN B., fixant le passage de la règle de conflit de loi indirecte pour *exequatur* (arrêt *Rivière*) à une règle de conflit directe pour le divorce en France d'un Polonais et d'une Française.

<sup>669</sup> Cass., 16 février 1955, *Rossi*, *Pas.*, 1955, I, 647; *R.C.D.I.P.*, 1955, p. 143; *Clunet*, 1955, p. 930; RIGAUX et ZORBAS, «Grands arrêts», p. 244; Cass., 14 décembre 1978, *Bigwood II*, *Pas.*, 1979, I, p. 445; *R.C.J.B.*, 1979, p. 132; RIGAUX et ZORBAS, *idem*, p. 452.

<sup>670</sup> Code civil, art. 310, loi du 15 juillet 1975, BATIFFOL et LAGARDE, t. II, p. 75, n° 443-1.

<sup>671</sup> Loi du 27 juin 1960, *Mon.*, 9 juillet 1960; RIGAUX F., t. II, pp. 265 ss., n° 268 ss.

demande en divorce par consentement mutuel. Le cas n'est pas couvert par la loi du 27 juin 1960 réglant le divorce pour cause déterminée entre étrangers (art. 1er) ou tout divorce entre époux de nationalités différentes dont l'un est Belge (art. 2). Reprenant la jurisprudence *Rossi*, la Cour de cassation va maintenir son interprétation cumulative de l'article 3, alinéa 3 du Code civil, en faveur du maintien du lien conjugal: une des lois applicables, la loi italienne, ne connaissant pas le divorce par consentement mutuel, celui-ci n'est pas admissible; «on ne conçoit pas que le lien matrimonial soit rompu à l'égard de l'un des époux et subsiste à l'égard de l'autre»<sup>672</sup>. Cette même crainte des situations boiteuses nourrissait la jurisprudence française *Busqueta* mais, à l'inverse, avec l'effet d'annuler le mariage car ce serait, à défaut, «par un alliage monstrueux, reconnaître un mariage valable dans un Etat, et nul dans l'autre»<sup>673</sup>. L'arrêt *Bigwood II*, largement critiqué en doctrine, a toutefois le caractère jurisprudentiel d'un précédent de principe, s'agissant d'un arrêt prononcé dans le seul intérêt de la loi, le délai du pourvoi en cassation étant échu. La Cour d'appel de Bruxelles avait pour sa part écarté la stricte application de l'article 3, alinéa 3, du Code civil au profit de la loi de la résidence effective des époux où s'est réalisée «l'intégration prépondérante de ces conjoints étrangers»<sup>674</sup>. Pour motiver sa décision, la Cour d'appel n'a pas manqué de relever la faveur croissante que connaît la loi du domicile, l'absence de désaccord entre les époux et la persistance de leur volonté de divorcer par consentement mutuel, donnant une importance certaine à l'élément intentionnel au service d'un objectif matériel opposé à celui de la Cour suprême.

201. Il serait erroné de croire que le système favorisant le facteur domicile ait échappé au problème de la multiplication des statuts personnels. Moins fréquente durant le mariage, la pluralité de domicile peut exister au moment du mariage et du

<sup>672</sup> C'est plus l'objectif matériel d'indissolubilité du mariage que la technique cumulative ou distributive du droit international privé qui est déterminant. Si, par une décision contraire, le divorce était autorisé au motif qu'une des lois en présence l'autorise, l'interprétation pourrait demeurer cumulative au prix d'une analyse *favor divorcio*. RIGAUX F., t. I, n° 315, t. II, n° 954. Pour une critique de la même jurisprudence ultérieure au regard de l'évolution du droit matériel italien, voy. NYSSSEN C., *R.T.D.F.*, 1985, p. 56.

<sup>673</sup> *Supra*, n° 192; Cour de Paris, 13 juin 1814; ANCEL et LEQUETTE, «Grands arrêts», p. 2.

<sup>674</sup> Bruxelles, 3e Ch., 23 mars 1977, *J.T.*, 1978, pp. 647-649, note FALLON M., «Les heures sombres du facteur de la nationalité en droit international privé belge», pp. 641-646.

divorce. Si le divorce est régi par des règles de compétence juridictionnelle en Angleterre, le débat sur la loi applicable à la validité du mariage entre époux de domiciles différents a occupé la doctrine et la jurisprudence anglaise dès que l'égalité des sexes eut détrôné le domicile du mari. Deux théories se dégagent pour apprécier la validité du mariage au regard des conditions de fond. La première est proche de notre interprétation distributive - cumulative pour certains empêchements - des lois nationales. C'est la «dual domicil doctrine» qui a égard à la loi du domicile de chacune des deux parties au moment du mariage<sup>675</sup>. La deuxième est plus proche de la recherche d'un statut personnel unique dès la formation du mariage. C'est «l'intended matrimonial home doctrine», étant la résidence conjugale où les époux ont l'intention de se fixer, actuellement la première résidence conjugale de fait, antérieurement le domicile du mari, sauf preuve contraire<sup>676</sup>. Si la jurisprudence en faveur de la «dual domicil doctrine» paraît plus importante<sup>677</sup> et si souvent les décisions se réfèrent aux deux doctrines<sup>678</sup>, certaines utilisent une interprétation large de «l'intended matrimonial home doctrine» s'apparentant à la recherche de la «proper law of the marriage». Dans cette optique, selon un rapport de la Commission royale sur le mariage et le divorce, rédigé en 1956, le pays où les époux vont établir leur domicile, vivre, représente «the true seat of the marriage relation». La Commission établit un parallélisme avec les contrats commerciaux régis par la loi «of the country with which the transaction has the most substantial connection». La Commission similaire de 1985, tout en rejetant cette théorie, a souligné qu'elle donne effet aux «legitimate expectations of the parties»<sup>679</sup>. Deux cas intéressants l'illustrent.

<sup>675</sup> DICEY et MORRIS, Rule 34, p. 254. Dite théorie orthodoxe de DICEY, voy. MORRIS J.H.C., p. 107.

<sup>676</sup> CHESHIRE et NORTH, jusqu'à la 7e éd.: loi du domicile du mari (p. 276), ensuite davantage «real and substantial connection», dite théorie de CHESHIRE. NORTH abandonnera cette théorie en raison de son incertitude mais surtout parce qu'abandonnée dans l'Act de 1971 sur la reconnaissance des divorces. Il prônera alors l'application alternative des lois de l'un ou l'autre domicile, CHESHIRE et NORTH, 11e éd., p. 590. Comme dans la théorie initiale de CHESHIRE, écartant les empêchements à mariage dans la loi du domicile de l'épouse et multipliant de ce fait les mariages valables (MORRIS J.H.C., p. 107), l'objectif matériel de *favor matrimonium* est clair chez NORTH («General Course», pp. 63 ss.).

<sup>677</sup> MORRIS J.H.C., p. 108.

<sup>678</sup> CHESHIRE et NORTH, p. 578.

<sup>679</sup> *Idem*, p. 576; le parallélisme entre le contrat commercial et le mariage est qualifié, par MORRIS J.H.C., de «quite injustifiable» (p. 108); DICEY and MORRIS, Rule 34, p. 260: «questions of status cannot be affected by the intention of the parties».

202. Dans l'affaire *Radwan v. Radwan*<sup>680</sup>, l'objet principal est le refus d'accorder validité à la répudiation unilatérale (*talak*) d'une Anglaise par un Egyptien au consulat d'Egypte à Londres. Le refus de cette forme de dissolution du lien conjugal sur le territoire anglais, le consulat ne bénéficiant pas de l'extraterritorialité de ce point de vue, suffit à justifier le rejet<sup>681</sup>. Préalablement et ultérieurement, pour l'examen de la demande en divorce introduite par l'épouse, il faut examiner la validité du mariage de cet Egyptien polygame avec une Anglaise, en 1952, au consulat d'Egypte à Paris. C'est en fonction de la loi égyptienne de «l'intended matrimonial home» que le mariage a été jugé

<sup>680</sup> [1973] Fam. 24 et 35, critiquée par la doctrine. CHESHIRE et NORTH, p. 561; MORRIS J.H.C., p. 128.

<sup>681</sup> Pour une position identique fondée sur la compétence exclusive des tribunaux pour dissoudre le lien conjugal dans l'ordre juridique belge, CARLIER J.Y., «Répudiations», p. 103, n° 15. Actuellement, cette règle s'inscrit à la section (44)1 du Family Law Act de 1986: «No divorce or annulation obtained in the British Isles shall be regarded as effective in any part of the United Kingdom unless granted by a court of civil jurisdiction». Pour le refus de reconnaissance d'une répudiation pakistanaise entre Pakistanais, la formule ayant été prononcée en Angleterre et la procédure s'étant poursuivie au Pakistan, voy. *R. v. Secretary of State (aff. Gulham Fatima)* [1985] Q.B. 190, 199-208 et [1986] A.C. 527, 533-534. Critiqué par NORTH qui y voit une façon de favoriser le forum shopping (p. 663).

Pour les répudiations intervenues à l'étranger, la reconnaissance varie selon l'existence ou non d'une procédure. S'il y a une procédure, la reconnaissance intervient, comme pour tout divorce, si l'Etat où il a été prononcé était compétent en raison du domicile, de la résidence habituelle ou de la nationalité d'une partie et que la rupture est reconnue dans cet Etat. A défaut de procédure, la répudiation, comme tout divorce, annulation ou séparation, ne sera reconnu que si

- 1) elle est effective dans l'Etat où elle a été prononcée;
- 2) elle est intervenue dans l'Etat du domicile des deux parties ou d'une partie, l'autre étant domiciliée dans un Etat reconnaissant la validité de cette forme de rupture;
- 3) aucune des parties n'a eu sa résidence habituelle au Royaume-Uni dans l'année qui précède (Family Law Act, 1986, sect. (46)2. Cette dernière condition est qualifiée de «anti-évasion provision»).

La question centrale devient la définition de la notion de procédure: *quid* du *talak* pakistanaise ou marocain, du *Ghet* juif, du *Khula* thaïlandais (répudiation consentie) ou marocain, du consentement mutuel chinois? Contrairement à la jurisprudence belge (*infra*, n° 310 et 354), le consentement de l'autre époux, en l'occurrence la femme, n'a aucune incidence. Dans une affaire antérieure *Quazi v. Quazi* [1980] AC. 744, Lord SCARMAN avait donné une définition large de la procédure supprimant presque la distinction: «any act or acts officially recognised as leading to divorce in the country where the divorce was obtained and which itself is recognised by the law of the country as an effective divorce» (NORTH P.M., p. 667; MORRIS J.H.C. pour la décision antérieure plus restrictive excluant le *talak* pakistanaise de la notion de procédure, p. 152).

valide du point de vue de la capacité<sup>682</sup>. L'objectif matériel de reconnaître les effets légaux de neuf ans de vie commune avec procréation de huit enfants est certain.

203. Plus récemment, dans l'affaire *Vervacke v. Smith*, la doctrine de l'«intended matrimonial home» a permis de motiver le refus de reconnaissance d'une annulation de mariage prononcée en Belgique<sup>683</sup>. Voici les faits: en 1954, Madame Vervacke, de nationalité belge, épouse Monsieur Smith, sujet britannique après que celui-ci eut obtenu, en 1946, un «divorce éclair» au Nevada. Madame Vervacke va postuler en Angleterre la nullité du mariage en raison, d'une part, de son caractère polygamique puisque, dit-elle, le divorce au Nevada ne peut être reconnu; en raison, d'autre part, de son caractère simulé puisqu'il s'agit d'un mariage «*sham*» en vue d'obtenir la nationalité anglaise pour éviter l'expulsion. Fidèle à sa jurisprudence, la Cour anglaise reconnaît le divorce «made in Nevada» au vu des critères de compétence et rejette la simulation comme cause de nullité de mariage. Madame Vervacke tente alors d'obtenir l'annulation de son mariage en Belgique pour cause de simulation selon sa loi personnelle belge. En 1973, la Cour d'appel de Gand prononce cette nullité<sup>684</sup>. La Cour a écarté l'autorité de chose jugée de la décision anglaise au motif que le moyen de simulation n'avait pas été invoqué devant la Cour anglaise et pouvait, de ce fait, être soumis pour la première fois au tribunal belge. Sa décision d'annulation obtenue, Dame Vervacke va en

<sup>682</sup> La forme du mariage consulaire entre deux étrangers de nationalité différente a été acceptée en l'absence de preuve du rejet de cette possibilité par la loi française alors que la tendance anglaise est de n'accepter les mariages consulaires qu'entre personnes de même nationalité (NORTH P.M., p. 562). La tendance est en réalité identique en France (BATIFFOL et LAGARDE, t. II, p. 56, n° 424) et en Belgique (RIGAUX F., t. II, p. 255, n° 921; *contra*: en doctrine, SALMON J.A., «La législation belge relative à la compétence des agents diplomatiques en matière notariale et d'état civil», in *Mélanges J. Baugniet*, Bruxelles, 1976, p. 699); PALSSON L., *Int'l Encycl.*, n° 45 opère le classement suivant:

— Pays qui exigent que les deux époux soient de la nationalité du consul: Belgique, Brésil, France, Japon, Afrique du Sud, Turquie (mais il affirme trouver cette solution dans la loi pour la Belgique).

— Pays qui se satisfont d'un seul époux ayant la nationalité du consul: Australie, Bulgarie, Equateur, R.F.A., Italie, Portugal, Pays scandinaves, U.R.S.S., Angleterre (mais *contra* NORTH, ci-dessus).

— Pays qui n'admettent pas la compétence consulaire comme les U.S.A. s'agissant d'une compétence propre à chaque Etat ou l'Autriche ne la connaissant pas.

<sup>683</sup> [1983] 1 AC 145, CHESHIRE et NORTH, pp. 579, 671 et 767; NORTH P.M., «General Course», p. 64.

<sup>684</sup> Sur cette affaire en Belgique, Gand, 26 avril 1973, *R.W.*, 1973-1974, col. 1886 et VAN HECKE G. et RIGAUX F., «Examen de jurisprudence (1970-1975)», *R.C.J.B.*, 1976, p. 226, n° 11 et 28.

poursuivre la reconnaissance en Angleterre afin de pouvoir prétendre à la succession de son second mari, Monsieur Messina. En 1983, la Cour d'appel, réformant le premier jugement, refuse la reconnaissance de la décision belge pour deux motifs: le principe «*res iudicata*» et l'ordre public international anglais à l'encontre d'une décision annulant un mariage pour simulation<sup>685</sup>. Parmi les motifs, Lord Simon of Glaisdale a retenu, pour apprécier la validité du mariage, la loi anglaise qui est «*the law of the territory with which the marriage has the most real and substantial connection*»<sup>686</sup>. Le principe de proximité s'oppose à celui des droits acquis<sup>687</sup>. Un autre ordre public, plus matériel, paraît avoir été déterminant: Messina, le second mari, Italien épousé à San Rémo et décédé le lendemain du mariage, serait le souteneur de la requérante, prostituée.

### E. *Les solutions alternatives*

204. Les mêmes causes d'unité et de permanence du statut personnel suscitant des difficultés similaires dans les deux systèmes se partageant presque le monde<sup>688</sup>, les arguments avancés en faveur de l'un ou l'autre des facteurs de rattachement s'apparentent davantage aux «*professions de foi*» qu'au résultat de raisonnements théoriques ou de constats empiriques<sup>689</sup>. Trois principaux types de solutions alternatives se dégagent des évolutions récentes. Ils touchent respectivement à la loi applicable, au facteur de rattachement et à la catégorie de rattachement.

<sup>685</sup> Family Law Act de 1986, Sect. 51 (1) et (3).

<sup>686</sup> (1983) 1 AC, 165; CHESHIRE et NORTH, p. 677; NORTH P.M., «*General Course*», p. 65.

<sup>687</sup> En ce sens, NORTH P.M., p. 677, note 11, fondant sa critique sur *Merker v. Merker* [1963]: «*It is a common natural and reasonable thing for people to adjust their lives according to the ostensible effect of a judgment disposing of their status pronounced by a competent court.*»

<sup>688</sup> En 1968, DE WINTER L.I., p. 358, évalue approximativement au même nombre les personnes régies par le domicile ou la nationalité.

<sup>689</sup> ROCHAT Ch., p. 17; *adde* LEWALD H., p. 25, sur «*la valeur relative de ces deux éléments de rattachement*», pour une méthode analytique.

1) *Loi applicable: la judiciarisation* <sup>690</sup>

205. Le glissement du conflit de lois vers le conflit de juridictions s'opère de deux manières. La première revêt la forme d'une affirmation explicite par la jurisprudence ou la législation de la prédominance de la *lex fori*. Le divorce et les effets personnels du mariage en sont le domaine de prédilection <sup>691</sup>. La deuxième manière consiste à transférer la règle de conflit de lois du pouvoir législatif ou de la technique du précédent, vers le pouvoir judiciaire au cas par cas. C'est la recherche de la «most significant relationship». Peu affirmée dans la jurisprudence américaine, où elle trouve sa source <sup>692</sup>, elle se développe dans les

<sup>690</sup> La technique du renvoi ne s'est pas imposée. Solution expédient, elle est en outre complexe pour le praticien. Elle avait été retenue par l'ancienne L.R.D.C. Suisse de 1891 (STURM F., in *Liber Memorialis François Laurent*, p. 1111), par le Code Bustamante (art. 7, *Bustamante*), et par la Convention de La Haye de 1955 (non entrée en vigueur, signée par le Bénélux, la France et l'Espagne); FRANCESKAKIS Ph., *Travaux du Comité Français de droit international privé*, 1959, Paris, Dalloz, 1960, p. 15.

<sup>691</sup> *Supra*, n° 199 et Annexe 2, E 3° et F. *Adde*: en Suisse, la L.S.D.I.P., 1987, art. 61.1 et 4 posant le principe selon lequel, sauf exception très limitée (nationalité commune avec un seul époux domicilié en Suisse et pour autant que le droit national permette le divorce sans «conditions extraordinairement sévères»), «le divorce et la séparation de corps sont régis par le droit suisse». La solution générale consistant à appliquer la loi nationale à ses ressortissants et la loi du domicile aux étrangers s'apparente au *lex forisme*. Son importance numérique (Pays socialistes et certains pays d'Amérique latine) n'est pas négligeable: en 1968, 350 millions de personnes selon DE WINTER L.I., p. 358; *adde*: GONZALEZ-CAMPOS J.D., p. 304.

<sup>692</sup> En raison, d'une part, du nombre limité de cas; d'autre part, de l'application de la *lex loci celebrationis* au mariage et de la *lex fori* au divorce (PALSSON L., *Int'l. Encycl.*, n° 57 et «Marriage», p. 4). Elle apparaît parfois dans les opinions dissidentes examinant le conflit de lois pour le cas où le tribunal, normalement incompétent à défaut de domicile d'un des époux, se déclarerait compétent. Voy. *Alton v. Alton*, 207 F. 2d 667 (1953). Selon l'opinion du juge ASTIC, la loi du Connecticut, loi du domicile des parties, devait s'appliquer au divorce introduit dans les Iles Vierges après six semaines de résidence, parce que le rapport de droit se rattache à cette loi. Cité in NORTH P.M., p. 77; *adde*: Restatement 2d, § 285, «The local law of the domiciliary state in which the action is brought will be applied to determine the right to divorce», portant comme commentaire «The local law of the forum determines the right to a divorce, not because it is the place where the action is brought but because of the peculiar interest which a state has in the marriage status of its domiciliaries». Sur l'inconstitutionnalité aux Etats-Unis de la législation des Iles Vierges et le refus de reconnaissance d'un tel divorce en France, voy. JOBARD-BACHELIER M.N., Note sous Cass. Fr., 2 octobre 1984, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 91.

codifications<sup>693</sup> et doctrine<sup>694</sup> continentales. Le pouvoir du juge s'en trouve renforcé, liant de ce fait vraisemblablement les solutions à l'évolution des politiques de droit matériel.

## 2) Facteur de rattachement: l'assouplissement

206. L'assouplissement du facteur de rattachement apparaît déjà dans le mode de judiciarisation déduit du principe de proximité. Un autre assouplissement, plus ancien, a tenté de trouver dans une notion nouvelle, la résidence habituelle, à la fois un pont entre le domicile et la nationalité, et un facteur de rattachement moins rigide et plus pragmatique. C'est davantage un assouplissement du contenu que de la conception du point de rattachement<sup>695</sup>. Les Conventions de La Haye en sont l'initiateur principal (*supra*, n° 185). Des voix la défendent en doctrine «comme facteur de rattachement du statut familial, même dans l'hypothèse où les conjoints bénéficient de la même nationalité»<sup>696</sup>. Les codifications récentes, comme la jurisprudence, l'admettent davantage à titre subsidiaire, à défaut de nationalité commune. C'est ainsi que se développe la troisième formule de l'assouplissement par des rattachements subsidiaires

<sup>693</sup> Autriche: Ö-IPR, 1978, § 18 (2) pour les effets personnels du mariage: «Si les époux ont cependant un rapport plus fort avec un troisième Etat (autre que celui désigné au § 2: nationalité ou résidence habituelle commune, ou que l'Etat autrichien) d'après le droit duquel le mariage est également valide, le droit de cet Etat est applicable à la place du droit autrichien» et par voie de conséquence pour le divorce y classé: § 20.

R.F.A.: 1986, art. 14 (1) 3° pour les effets du mariage, à défaut de nationalité ou de résidence habituelle (anciennement) commune «par la loi de l'Etat avec lequel les époux gardent en commun le lien le plus étroit d'une quelconque autre manière» et par voie de conséquence pour le divorce: art. 17 (1).

Suisse: L.S.D.I.P., 1987, outre le principe général de proximité à l'art. 15, pour les effets généraux du mariage, art. 48, 2, à défaut de domicile commun «le droit de l'Etat du domicile avec lequel la cause présente le lien le plus étroit». *Adde*: Annexe 2, E et F.

<sup>694</sup> VON OVERBECK A.E. en Suisse et en Hollande; SAUVEPLANNE J.G., p. 3 «de nauwste band».

<sup>695</sup> Pour un rapprochement entre la notion de domicile social (woonplaats) chez DE WINTER, et le «lieu de la prestation caractéristique» dans la Convention de Rome, voy. DUBBINK C.W., «L.I. De Winter, 1911-1972», in *Naar een sociaal I.P.R.*, p. XIII.

<sup>696</sup> WATTE N., «Droits et devoirs des époux», p. 297, n° 440, sous réserve des lois d'application immédiates.

figurés dans l'échelle de Kegel<sup>697</sup> et repris dans la codification allemande<sup>698</sup>.

### 3) *Catégorie de rattachement: la segmentation*

207. La multiplicité des rattachements particuliers au sein de la catégorie statut personnel est certaine. La division est généralement présentée comme plus poussée aux Etats-Unis qu'en Europe. La différence recouvrirait une approche de pensée plus unitaire en Europe, en termes de droits et devoirs; plus fragmentaires aux Etats-Unis, en termes d'actions<sup>699</sup>. A l'exception notable du droit musulman qui, seul aussi, utilise la notion de statut personnel, largement définie, en droit interne, le phénomène de division en matières plus précises est assez généralisé. Cette division des matières représente une des réponses développées par la jurisprudence pour échapper à la règle de conflit de lois générale devenue inadaptée. L'adaptation se fait au coup par coup, selon les circonstances particulières découlant souvent de l'évolution du droit interne, par exemple du principe d'égalité. On est tenté alors de faire le constat d'un miroir brisé ne reflétant plus aucune réalité. N'est-ce pas autant le statut personnel que la loi personnelle qui est atteint<sup>700</sup>? N'est-il pas temps de prendre acte de «la dislocation du statut personnel» et de prôner, avec Christian RoCHAT l'abandon de l'expression même<sup>701</sup>?

<sup>697</sup> *Internationales Privatrecht*, 1960, p. 266; DE WINTER L.I., «Le principe de la nationalité»; von BAR C., *Int'l. Encycl.*, n° 18, parlant d'approche «step by step» ou «en cascade».

<sup>698</sup> L'art. 14 (1) 1° et 2° reprend très exactement l'échelle de KEGEL. Le 3° y ajoute le principe de proximité. Voy. déjà en 1967, le Code portugais de la famille, art. 52 régissant les rapports entre époux par la loi nationale commune, à défaut la loi de la résidence habituelle commune, à défaut la loi personnelle du mari. Seule cette dernière alternative a été remplacée en 1977 par «la loi du pays avec lequel la vie familiale présente les liens les plus étroits» (Décret-loi n° 496/77 du 25 novembre, texte franç. in *R.C.D.I.P.*, 1978, p. 598). Ce faisant, le Code portugais non seulement adopte le principe d'égalité mais aussi le principe d'assouplissement parachevant les rattachements subsidiaires par l'affirmation, au dernier échelon, du principe général de proximité.

<sup>699</sup> Von BAR Ch., *Int'l. Encycl.*, n° 19.

<sup>700</sup> En 1961, BATIFFOL écrivait déjà: «La fidélité (en baisse) concerne aussi bien le domaine du statut personnel que son rattachement à la loi nationale», in *Une évolution possible de la conception du statut personnel*, p. 219. En 1969, VAN HECKE G., «Principes et méthodes», p. 539: «C'est la notion même de loi personnelle, qu'elle soit nationale ou domiciliaire, qui est mise en cause»; HOLLEAUX D., FOYER J., de GEOUFFRE de la PRADELLE G., *Droit international privé*, Paris, 1987, n° 1099.

<sup>701</sup> ROCHAT Ch., «La dislocation du statut personnel. Etude de droit international privé», 1986, p. 376.

Trois arguments motivent une réponse négative. Premièrement, il n'est pas facile de rayer du langage un concept qui apparaît avec le droit international privé. Deuxièmement, le concept reste dominant dans le droit musulman dont l'importance quantitative est certaine tant comme système propre que dans ses rapports avec le droit international privé occidental. Troisièmement, la subdivision du domaine du statut personnel n'est pas sa négation. Souvent, la nouvelle règle de conflit proposée pour une matière particulière va, ultérieurement, s'étendre à d'autres matières et faire évoluer l'ensemble de la règle appliquée au statut personnel. La division provient du pragmatisme de la jurisprudence qui s'attaque en priorité au casus et au point de droit réclamant une solution immédiate. C'est cette souplesse de la jurisprudence qui permet l'évolution ultérieure, dans le même sens, pour d'autres matières. Lorsque le législateur intervient, quels qu'en soient ses mérites, proposant une solution nouvelle ou figeant l'évolution en un point du temps, il empêche la réformation du domaine s'il ne l'envisage pas dans son ensemble ou si ses règles sont rigides<sup>702</sup>. L'intervention des législateurs français et belge dans la matière du divorce international l'illustre. En France, la jurisprudence étend la solution *Rivière*, qui applique la loi du domicile commun pour le divorce d'époux de nationalité différente, à l'ensemble des effets du mariage, en ce compris les obligations alimentaires entre époux, les donations entre époux, la filiation légitime et la légitimation<sup>703</sup>. Les lois successives des 3 janvier 1972 (C. civ., art. 311) et 11 juillet 1975 (art. 310) vont régir spécifiquement la filiation et le divorce sans que leurs solutions ne soient adaptables, *mutatis mutandis*, aux autres effets du mariage, compte tenu de leur rupture avec la jurisprudence et de leur caractère unilatéral au sein d'un système bilatéral<sup>704</sup>. Ajoutées à la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur les obligations alimentaires entre époux, le résultat est certain: «on assiste à un effritement de la catégorie effet du mariage, sous la double pression du législateur français et du mouvement conventionnel, tous deux plus

<sup>702</sup> Les textes, particulièrement les Conventions de La Haye et les codifications récentes, qui ont poussé les subdivisions des matières, facilitent la recherche du praticien mais ne correspondent pas toujours à des solutions différentes.

<sup>703</sup> ANCEL et LEQUETTE, «Grands arrêts», p. 199; respectivement arrêts *Chemouni*, 28 janvier 1958 et 19 février 1963, *idem*, p. 224; *Campbell-Johnston*, 15 février 1966, *idem*, p. 315; *Moens*, 4 novembre 1958, *R.C.D.I.P.*, 1959, p. 309; *Weyrich-Laroche*, 8 juillet 1969, *R.C.D.I.P.*, 1971, p. 255.

<sup>704</sup> FADLALLAH I., pp. 5 et 342.

préoccupés d'une efficacité immédiate et ponctuelle que de l'homogénéité des ensembles»<sup>705</sup>. En Belgique, la loi du 27 juin 1960 sur le divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger permet au premier abord de réparer l'inadéquation manifeste de la jurisprudence *Rossi* (*supra*, n° 199). En réalité, cette législation est doublement limitée: à une matière d'abord, le divorce; au sein de cette matière ensuite, à certains types de divorces. Les difficultés d'interprétation évolutive de l'article 3, alinéa 3 du Code civil n'en sont que renforcées. C'est *expressis verbis* que l'arrêt *Bigwood II*, réitérant l'interprétation cumulative restrictive des lois nationales en présence, note que «cette loi (du 27 juin 1960) qui a déterminé ainsi de manière restrictive son champ d'application ne peut, dès lors, être étendue aux cas qui n'y sont pas prévus»<sup>706</sup>. La loi du 27 avril 1987, modifiant diverses dispositions légales relatives à l'adoption, répond, par un même accroissement de la compétence de la *lex fori*, aux difficultés rencontrées par la jurisprudence<sup>707</sup>. Dans sa spécificité, elle ne rencontre pas davantage tous les problèmes<sup>708</sup>.

208. En dehors de l'intervention du législateur sur des matières spécifiques, il n'y a pas nécessairement, au vu de la jurisprudence saisie dans la durée, une dislocation du statut personnel entendue comme un démembrement violent et destructeur<sup>709</sup>. Le terme segmentation est plus adéquat. Il acte une division, non brusquée ni définitive, permettant la reconstruction. L'évolution du facteur de rattachement d'une simple souplesse de contenu par la nationalité, le domicile, la résidence habituelle, vers une souplesse de conception par le

<sup>705</sup> ANCEL et LEQUETTE, p. 200.

<sup>706</sup> *Supra*, n° 200. Souligné par le Procureur général, en son réquisitoire, dont la Cour adopte les motifs.

<sup>707</sup> Réformant notamment l'art. 344 et introduisant les art. 344 bis à 344 quater du Code civil. Sur les problèmes antérieurs, voy. VERWILGHEN M., «La filiation adoptive en droit international privé belge. Etude des règles de conflit de lois introduites à l'article 344 du Code civil par la loi du 21 mars 1969», *Revue du notariat belge*, 1973, pp. 162-199 et 226-241; RIGAUX F., t. II, pp. 287 ss.; FALLON M., «La théorie de l'adaptation».

<sup>708</sup> Voy. DEBROUX C., «La filiation adoptive internationale depuis la loi du 27 avril 1987 - Réforme souhaitée mais inattendue», *R.T.D.F.*, 1987, pp. 53-276; «La réforme du droit international privé de la filiation adoptive. Commentaire de l'article 3 de la loi du 27 avril 1987», *J.T.*, 1988, pp. 293-300; et VERWILGHEN, CARLIER, DEBROUX, de BURLET, *L'adoption internationale en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991. La théorie de l'adaptation utilisée par la jurisprudence serait-elle encore possible pour les cas d'adoption refusés par la nouvelle loi? Le raisonnement sera vraisemblablement similaire à celui du divorce international: pas d'adaptation d'une loi déterminant strictement son champ d'application.

<sup>709</sup> *Petit Robert*.

principe de proximité, permet précisément de restructurer le statut personnel. Le terme même a déjà recouvert des notions différentes depuis l'école des statuts. Point n'est besoin d'enterrer la notion pour innover. Peut-être, maintenant les mots, faut-il redonner au concept son sens premier, non pas historique mais linguistique: tout ce qui, de la naissance à la mort, touche à la personne en elle-même et dans ses relations personnelles à autrui.

### **F. Les constantes**

209. Cette deuxième partie consacrée au concept de statut personnel s'annonçait comme un procès-verbal de carence (*supra*, n° 129). Carence réelle par défaut d'existence en droit interne, carence d'effectivité par multiplicité en droit international privé. La multiplicité est autant celle du contenant que du contenu, du statut personnel se segmentant que de la loi personnelle se partageant entre différents facteurs. L'influence du droit interne comme accélérateur de ce phénomène, ou frein en droit musulman, est patente. Non sans incidence, quelque soit le facteur, c'est toujours à un ordre juridique étatique que le rapport de vie personnelle est rattaché. Henri Batiffol relève que l'opposition entre le domicile et la nationalité «se ramène à une différence de conception de la collectivité nationale». «Le système du domicile [voit] dans la personne un membre de la collectivité dans laquelle elle vit, celui de la nationalité un membre de la collectivité qui la désigne juridiquement comme un de ses éléments constitutifs»<sup>710</sup>. Dans le même ordre d'idées, von Bar note la possibilité d'utiliser, comme critère de choix entre la nationalité et le domicile, la caractérisation des intérêts en jeu, si ceux-ci touchent à un groupe national la loi nationale sera appliquée, sinon ce sera la loi du domicile<sup>711</sup>.

210. Plus généralement, sans avoir égard au facteur de rattachement, la constante centrale, fondamentale, du statut personnel demeure son rapport aux sphères du privé et du public, sa place entre la vie privée et les intérêts de l'Etat. Cette constante

<sup>710</sup> BATIFFOL H., «Aspects philosophiques», p. 283 et «Principes», p. 555; dans le même sens, GRAVESON, in *Annuaire I.D.I.*, Session du Caire, 1987, vol. 62, p. 297.

<sup>711</sup> von BAR Ch., *Int'l. Encycl.*, n° 35.

apparaît dans la doctrine, que l'on a pu voir divisée sur les points particuliers. L'accord va plus loin: tout droit a pour centre l'homme <sup>712</sup> qui s'insère dans une collectivité organisant le bien commun <sup>713</sup> dont les règles ont pour objet principal tantôt les intérêts privés, tantôt la sauvegarde de la collectivité <sup>714</sup>. Le partage subjectivisme-objectivisme dans les matières contractuelles (*supra*, n° 88 ss.) recouvre le même débat «qui oppose en dernière analyse la liberté de l'individu à l'autorité de la loi» <sup>715</sup>. La difficulté gît dans la classification d'un droit comme social ou privé <sup>716</sup>. Ici aussi le droit interne a une incidence directe. Les constitutions libérales des sociétés occidentales laissent les droits privés à la maîtrise des citoyens <sup>717</sup>. Le bien-être de la collectivité, enjeux des forces sociales, devient surtout assuré par un niveau de bien-être matériel et une certaine démocratie. L'individu, la famille, la morale sexuelle ne doivent plus, pour une grande mesure, servir de base à la défense de la Nation, à l'ordre social, à la transmission des richesses. L'extension du domaine du public, sous forme administrative, dans l'organisation de la vie quotidienne, donne aux relations personnelles une valeur privée accrue, refuge de l'intime. Cette vie privée, protégée par les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme et certaines constitutions <sup>718</sup>, devient alors un terrain privilégié d'exercice de l'autonomie de la volonté que le droit international privé ne doit pas délaisser. Ce constat doit être modalisé, certain dans les sociétés occidentales, il est davantage tributaire d'une évolution récente dans les pays socialistes et beaucoup moins affirmé, voire en récession dans les pays de droit musulman.

712 SAVIGNY F.C., p. 14, § 315: «tout droit nous apparaît d'abord comme un pouvoir appartenant à une personne», p. 118, § 361; WEISS A., p. 48, 93; LAURENT F., «Principes de droit civil», p. 192: «la loi a toujours l'homme en vue»; SCHREURS A.F.H., 1924: «het recht is toch voor den mensch en niet omgekeerd».

713 WEISS A., p. 69; BATIFFOL H., «Aspects philosophiques», p. 332; GOUNOT E., p. 325, note 3.

714 LAURENT F., «Droit civil international», pp. 130, 137, 167: «Les lois d'intérêt privé sont du domaine de l'individu et de la loi personnelle qui le gouverne; les lois d'intérêt public sont du domaine de la loi territoriale»; AUDIT B., «Le caractère fonctionnel», p. 274.

715 PATOCCHI P.M., p. 88.

716 RIGAUX F., «Pour une relecture de François Laurent en 1987», *Liber Memorialis François Laurent*, p. 668; RUDE-ANTOINE E., p. 157.

717 RIGAUX F., t. I, n° 42.

718 Le lien est net chez LAURENT lorsqu'il voit, selon l'esprit de l'époque, dans l'art. 6 du Code civil italien (L'état et la capacité des personnes et leurs rapports de famille sont régis par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent) «sur le terrain du droit privé ce que la célèbre déclaration de 1789 était sur le terrain du droit public: la consécration des droits de l'homme comme tel», in *Le droit civil international*, p. 106.

L'assouplissement du rattachement du statut personnel est une autre constante qui, s'alliant à la «privatisation» du statut personnel, permet d'y porter avec sérieux l'examen de la place donnée à l'autonomie de la volonté.

## **Troisième partie**

# **L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DANS LES MATIÈRES DE STATUT PERSONNEL**

211. Les deux parties qui ont analysé respectivement les notions d'autonomie de la volonté et de statut personnel dans leur évolution permettent de dégager les éléments théoriques sur lesquels se fonde leur rapprochement. C'est l'objet du premier chapitre de cette partie. L'examen de ces fondements en sociologie, en droit et en droit international privé (section 1) y est distingué de l'établissement du principe théorique de l'autonomie de la volonté comme facteur de proximité et de justice (section 2). Cela fait, il faudra mettre la théorie à l'épreuve du réel et tester sa praticabilité dans les différents domaines du statut personnel. C'est l'objet du deuxième chapitre qui peut déjà se prévaloir d'applications directes ou indirectes actuelles pour explorer les applications possibles. Cette mise en pratique permet, dans le troisième chapitre, de dégager certaines constantes (section 1) et de tracer les modalités d'intégration du principe d'autonomie dans le droit international privé positif du statut personnel (section 2).

### **Chapitre I. LES ÉLÉMENTS THÉORIQUES**

#### **Section 1. Les fondements**

##### **§ 1. Aspects sociologiques**

212. Deux facteurs dominent l'éclairage sociologique du statut personnel et de l'autonomie de la volonté. Le facteur «étranger», opposé au national, le facteur «privé» opposé au public.

### A. Le facteur «étranger» ou le phénomène migratoire

213. L'influence du sens, de la quantité et de la qualité des migrations sur la loi appliquée au statut personnel a déjà été relevée (*supra*, n° 197). Quelques chiffres tirés du cas belge (1) fondent avec sérieux certaines considérations sur ces éléments (2). Des perspectives générales sont plus aléatoires (3).

#### 1) Statistiques

214. Le cas belge ne peut servir d'enseignement pour toutes les situations nationales. Il paraît toutefois assez représentatif de la situation de cette zone européenne (Benelux, France, Allemagne, Grande-Bretagne).

Les chiffres n'avaient plus été mis à jour de façon globale depuis le dernier recensement du 1er mars 1981<sup>719</sup>. La publication en novembre 1989 du premier rapport du Commissariat royal à la politique des immigrés permet de disposer de données plus proches de la réalité<sup>720</sup>. La population étrangère représente, au 1er janvier 1989, 8,8 % de la population belge (868.757 sur 9.927.612), soit, après une augmentation, un

<sup>719</sup> *Annuaire statistique de la Belgique*, Bruxelles, 1870-1982, t. 102, 1982; voy. VERWILGHEN M., «Nationalité belge», pp. 75 ss.; «Ces citoyens qu'on appelle immigrés», *J.P.*, n° 133, 9 septembre 1988; POLLAIN J., «L'immigration en chiffres», *Revue Nouvelle*, Septembre 1980, p. 139.

<sup>720</sup> *L'intégration: une politique de longue haleine*, 3 vol., Bruxelles, INBEL, 1989. Chiffres in vol. 3: «Données argumentaires», 560 p., cité «C.R.I 1er Rapport». Un deuxième rapport a été publié en mai 1990: «Pour une cohabitation harmonieuse», 3 vol.; un troisième rapport en décembre 1990, 3 vol.: «Suite donnée aux propositions», «Aspects financiers et économiques», comportant en annexe 2.1 une analyse démographique, et «Immigrés et santé en Communauté française».

Pour la période postérieure au dernier recensement du 1er mars 1981, les chiffres de l'Institut national de statistique sont basés sur le registre national. *Adde*: NAYER A., pp. 23 ss.; GAUDIER et HERMANS, pp. 1 ss. Pour des données statistiques en France, voy. *Rapport Long*, t. I, pp. 40 ss. et t. II, pp. 247 ss.; RUDE-ANTOINE E., p. 8.

En France, sur base du recensement de 1982, la moyenne de ressortissants étrangers par rapport aux nationaux est de 6,8 % (3.680.100, une prospective pour 1989 donnait environ 3.800.000, sur 55.586.174 habitants), avec des répartitions géographiques inégales allant jusqu'à 13,3 % en Ile de France (Paris). Il s'agit, en ordre décroissant, de Portugais (846.438), Algériens (724.960), Marocains (558.741), Italiens (378.939), Espagnols (350.912), Tunisiens (225.680), Turcs (154.267). Plus de 50 % des étrangers appartiennent à la C.E.E. Un rajeunissement de la population étrangère par rapport à la population nationale s'affirme. *Adde*: LEBON A., «Evaluation des flux d'immigration en France en 1988», *REMI*, 1989, vol. 5, n° 3, p. 121.

pourcentage équivalent à celui de 1981 <sup>721</sup>. Ce taux fluctue fortement par région, atteignant 27,2 % pour la Région de Bruxelles-capitale, étant proche de la moyenne avec 11,2 % pour la Région wallonne et se limitant à 4,2 % pour la Région flamande. Les nationalités sont inégalement réparties par région. Les Italiens représentent 27 % de la population étrangère (49,7 % en Région wallonne); les Marocains 15,6 % (28,4 % en Région de Bruxelles-capitale), les Turcs 9,1 % (16,5 % en Région flamande) <sup>722</sup>. Les ressortissants C.E.E. représentent 61,8 % des étrangers. Le regard sur l'évolution à Bruxelles et dans les principales villes donne entre 1983 et 1988, un accroissement naturel (différence entre les naissances et les décès):

- de - 1,78 % pour les Belges,
- + 1,96 % pour les étrangers C.E.E.,
- + 14,05 % pour les étrangers non C.E.E. dans l'ensemble,
- + 28,40 % pour les étrangers du Maghreb.

De façon assez constante, les mariages mixtes, principalement de femmes belges avec des ressortissants C.E.E., représentent environ 10 % du nombre total des mariages <sup>723</sup>.

<sup>721</sup> En 1947: 4,3 %; 1961: 4,9 %; 1970: 7,2 %.

<sup>722</sup> C.R.I. 1er Rapport, p. 15, Tableau complété par recoupements.

Répartition des étrangers selon les Régions

	Royaume	Région flamande	Région wallonne	Bruxelles Capitale
1. Population totale	9.927.612	5.722.344	3.234.767	970.501
2. Nombre total migrants	868.757	238.117	366.618	264.022
3. Nombre total Turcs	79.460	39.312	20.179	19.969
4. Nombre total Marocains	135.464	39.687	20.972	75.075
5. Nombre total Italiens	241.006	26.125	182.346	32.535
6. Nombre total Espagnols	52.549	9.450	16.667	26.432
7. Nombre total Portugais	13.498	2.220	2.440	7.838
8. % étr./pop. totale	8,8	4,2	11,3	27,2
9. % Turcs/pop. totale	0,8	0,7	0,6	2
10. % Marocains/pop. totale	1,4	0,7	0,6	7,7
11. % Italiens/pop. totale	2,4	0,5	5,6	3,4
12. % Espagnols/pop. totale	0,5	0,2	0,5	2,7
13. % Portugais/pop. totale	0,1	0,04	0,08	0,8
14. % Turcs/nombre total étr.	9,1	16,5	5,5	7,6
15. % Marocains/nombre total étr.	15,6	16,7	5,7	28,4
16. % Italiens/nombre total étr.	27,7	11	49,7	12,3
17. % Espagnols/nombre total étr.	6	4	4,5	10
18. % Portugais/nombre total étr.	1,6	0,9	0,7	3
19. % C.E.E./nombre total étr.	61,8	53,9	78,1	46,3

Sources: I.N.S. et calculs C.B.G.S. Chiffres 1er janvier 1989.

<sup>723</sup> Même pourcentage en France. Voy. «Enquête sur les amours sans frontière. Le boum des mariages mixtes», *Nouvel Observateur*, 14 février 1991, pp. 12-20; RUDE-ANTOINE E., p. 11.

## 2) *Considérations*

215. Quelle que soit la prudence avec laquelle les statistiques doivent être accueillies, tant en raison de leur imperfection que des inconnues alimentant toute prospective, il est permis d'en tirer certains enseignements dans le cadre précis des trois éléments influençant l'approche du statut personnel: le sens, la quantité et la qualité des migrations.

En dehors de la période des deux guerres mondiales, la Belgique n'a jamais été un pays d'émigration, le solde migratoire étant toujours positif dans le sens des entrées. Par contre, l'accroissement de la population étrangère, quintuplant en un siècle en valeur absolue, triplant en valeur relative, est certaine. Ce constat qui pousserait, à l'évidence, à revoir les fondements juridiques du problème doit être modalisé par deux facteurs. Le premier est *quantitatif*. En valeur relative, le volume de la population étrangère stagne aux alentours des 8,8 % depuis 1981 <sup>724</sup>. Ce chiffre représente 9,4 % de la population active qui pourrait croître jusqu'à 14,2 % d'ici à 2010 <sup>725</sup>. On est loin du doublement de 1961 à 1981. Le deuxième est *qualitatif*: environ 60 % de l'augmentation en valeur absolue est due à l'accroissement naturel. Au sein même des 40 % restant, il s'agit principalement de réunification des familles et non plus de migration de travail <sup>726</sup>. Le Commissariat royal relève que:

«par rapport au bas taux de fertilité des Belges - qui se situe par ailleurs au-dessous du niveau de reproduction des générations à long terme - le taux de fertilité élevé des étrangers est frappant (par exemple chez les Marocains)» <sup>727</sup>

<sup>724</sup> Avec des fluctuations. La chute importante en 1986 (de 9,1 à 8,6 %) enregistre les effets de l'entrée en vigueur du nouveau Code de la nationalité ayant, par l'effet conjugué des articles 8 à 10 et 29, entraîné le constat d'environ 55.000 nouveaux Belges de plein droit étant âgés de moins de 18 ans au moment de l'entrée en vigueur du Code le 1er janvier 1985. (Le chiffre de 55.000 s'obtient en déduisant du nombre de changements de nationalité en 1985 (63.824), le nombre habituel de changements de nationalité chaque année ( $\pm$  8.000)). *C.R.I. 1er Rapport*, p. 9. Il est inférieur aux 100.000 évalués in VERWILGHEN M., «Nationalité belge», p. 158, n° 247. *Adde*: DEBUISSON M., EGGERICKX T. et POULAIN M., «Les effets démographiques du Code de la nationalité belge compris dans la loi du 28 juin 1984», *C.R.I. 2e Rapport*, 1990, vol. 3, pp. 1041-1065.

<sup>725</sup> *C.R.I. 3e Rapport*, vol. 2, p. 5.

<sup>726</sup> *C.R.I. 1er Rapport*, p. 9.

<sup>727</sup> *Ibid.*

Il est donc plus correct de parler d'étrangers que d'immigrés <sup>728</sup>. Leur stabilisation a été relevée: ce sont, pour la plupart, des étrangers qui ne retourneront pas dans le pays d'origine et qui, de plus en plus, sont nés en Belgique <sup>729</sup>.

216. Le constat peut se résumer. La Belgique a sur son territoire une population étrangère, établie à long terme, d'environ 8 % de la population globale, soit le double de la moyenne des pays membres de la C.E.E. (4 %). Cette population augmente légèrement par accroissement naturel, sa pyramide d'âge se rajeunissant en conséquence. Il en résulte un nombre croissant d'étrangers nés en Belgique. Au sein de cette population, les Maghrébins, normalement régis par un statut personnel de droit musulman, représentent environ 18 %, soit 1,5 % de la population globale <sup>730</sup>. Ces pourcentages doivent être adaptés pour la Région de Bruxelles-capitale à environ 30 % de la population étrangère soit 9 % de la population totale. Dans la Région de Bruxelles-capitale, 42 % des Maghrébins sont âgés de moins de 15 ans, contre 14 % pour les Belges.

<sup>728</sup> Voy. GASPARD Fr. et SERVAN-SCHREIBER Cl., *La fin des immigrés*, Paris, Seuil, 1984.

<sup>729</sup> Pour une étude détaillée et comparée des politiques de retour, jugées inutiles et irréalistes pour la Belgique, voy. C.R.I. *1er Rapport*, Ch. 10, pp. 455-513; *2e Rapport*, vol. 1, p. 82; *Contra*: pour la R.F.A., SONNENBERGER H.S., «Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la R.F.A....», p. 15, affirmant, pour justifier le maintien du principe de nationalité dans la loi allemande: «plusieurs sondages ont montré l'attachement de la plupart des étrangers à leur pays d'origine et leur désir d'y retourner». Trois remarques:

1. la prudence à l'égard des sondages en milieu immigré;
2. la marge entre le dire et le faire montrée par la sociologie contemporaine;
3. la marge entre le «désir» des parents et la réalité en présence d'enfants.

<sup>730</sup> Pourcentages basés sur les chiffres du *1er Rapport C.R.I.*: Marocains (135.464), Algériens (10.647), Tunisiens (6.244). Les Turcs, représentant 9 % de la population étrangère, sont régis par un statut personnel laïcisé (proche du Code civil suisse).

Pour des chiffres presque identiques (Arabes: 1,3 % population globale, 7 % à Bruxelles), basés sur une prospective à partir du recensement de 1981, voy. BASTENIER A. et DASSETTO F., «Quelques aspects démographiques, culturels et sociaux de l'immigration arabe en Belgique», in KHADER B. et ROSENS Cl. (dir.), *La Belgique et le monde arabe*, Louvain-la-Neuve, Académia, 1990, pp. 157-173. Au niveau de la C.E.E., les étrangers maghrébins représentent 0,5 % de la population globale, in *Rapport Braun*, p. 48.

Pour une évaluation des Musulmans dans différents pays, voy. BALTA P., *L'Islam dans le monde*, Paris, La Découverte, 1986, pp. 341 ss.: France 5 % (dont 25 % de nationaux); Grande-Bretagne 1,4 %; R.F.A. 2,7 % (dont ± 35 % de Turcs); U.S.A. 1,4 %; U.R.S.S. 18 % (évalué à 24 % pour l'an 2000); Canada 1,4 %.

Les réfugiés, dont la situation intéresse le statut personnel, ne représentent que 2,4 % du nombre d'étrangers en Belgique, soit 0,2 % de la population belge. *Rapport annuel du Commissaire Général aux Réfugiés et aux Apatrides*, Bruxelles, 1988, *Doc. Parl.*, Ch. Représ., 871/1-88/89, p. 39 et Deuxième Rapport, 1989.

### 3) *Prospectives*

217. En l'état actuel, l'augmentation de la population étrangère par seule reproduction «interne» pourrait, compensée par l'accès à la nationalité, être quasi nulle en chiffres absolus. Par contre, il y aurait une légère augmentation relative si le taux de fécondité des nationaux se maintient en baisse comparé à un taux de fécondité plus élevé des étrangers. Les projections envisagent généralement une baisse du taux de fécondité des étrangers par intégration au mode de vie local. Toutefois, la pyramide des âges et la concentration sur Bruxelles pourraient, selon le Commissariat royal, y porter à 37 % le taux de la population étrangère pour 2003. Parmi ceux-ci, 55 %, soit 20 % de la population globale de la Région de Bruxelles-capitale, seraient des étrangers non C.E.E. nés en Belgique <sup>731</sup>.

218. L'élément migratoire externe est plus incertain encore. Plusieurs prospectives font état d'une nouvelle nécessité d'immigration pour des raisons démographiques <sup>732</sup>. Au niveau européen, à court terme, l'évolution du «territoire commun» permet de prévoir un accroissement des ressortissants C.E.E.. A moyen terme, l'ouverture de l'Europe de l'Est pose au moins une double interrogation: quelle en sera la conséquence sur les flux migratoires d'Est en Ouest? <sup>733</sup> Y aura-t-il un recentrage de l'Europe sur Berlin? A plus long terme, quelle que soit la finesse des prospectives de démographes, rien ne peut être affirmé au niveau mondial. L'augmentation constante des populations du

<sup>731</sup> C.R.I. 1er Rapport, p. 37; 3e Rapport, vol. 2, Annexe 2.1.

<sup>732</sup> Voy. ANDRE R., «Une présence démographiquement nécessaire», *J.P.*, n° 133, 9 septembre 1988, p. 18.

<sup>733</sup> «Chaque année un demi-million de personnes accomplissent des démarches en vue de quitter l'U.R.S.S.», PIANYKH P., SIDOROV D., NIVA A., «Emigrer pour survivre», *Les Nouvelles de Moscou*, 26 août 1990, p. 8 et l'ensemble de l'enquête, pp. 8 et 9. Voy.:

— Le communiqué final de la Conférence des ministres des 24 pays du Conseil de l'Europe et de pays de l'Europe de l'Est, à Vienne les 24 et 25 janvier 1991 sur «Les mouvements de personnes depuis l'Europe Centrale et de l'Est» qui prévoit d'établir une coopération entre les Etats concernés par les flux migratoires, *Europe Documents*, n° 1685, 30 janvier 1991.

— La conférence internationale sur les migrations tenue à Rome du 13 au 15 mars 1991 sous l'égide de l'O.C.D.E. Parmi les documents: KUSSBACH E., «East-West migratory movement in Europe», *O.C.D.E./G.D.* (91), 19.

— Le «Rapport Braun», p. 6.

Sud se maintiendra-t-elle? <sup>734</sup> Des migrations de masse paraissent dans ce sens inévitables. Seront-elles orientées vers les zones riches et en dénatalité du Nord? Une hypothèse, fondée sur l'extension du mode de production capitaliste dans les zones à faible densité de population (Amérique Australe, Afrique Australe, Australie), prévoit une large immigration vers ces zones de travailleurs très qualifiés en provenance des pays développés et de main-d'œuvre qualifiée ou non en provenance des pays sous-développés <sup>735</sup>.

### B Le facteur «privé»

219. L'importance accordée à l'individu et au privé dans les analyses sociologiques et politiques contemporaines est certaine <sup>736</sup>. Le social n'est pas nié pour autant mais, selon l'expression d'Alain Touraine, «la nouvelle génération des problèmes sociaux est plus près de la vie individuelle que la précédente, qui était définie par les problèmes de travail» <sup>737</sup>. Ce sont les débats autour de la vie, la santé, la mort, la famille (*supra*, n° 133), la religion, les droits de l'homme. L'évolution des régimes socialistes confirme cette tendance.

<sup>734</sup> Voy. *Encyclopédia Universalis*, 1990, Symposium, vol. 3. Les chiffres du monde notamment p. 550 «croissance/décroissance démographique» et vol. 2, *Les enjeux*, TAPINOS J., *Les déséquilibres démographiques*, pp. 1371-1377: «Ce qui est à craindre ce n'est pas l'explosion démographique mais la pression exercée par la démographie sur le niveau de vie»; BOURGEOIS-PICHAT J., «Le nombre des hommes: état et prospective», in JACQUARD A. (dir.), «Les scientifiques parlent...», Paris, Hachette, 1987, pp. 125-164, prévoit une stabilisation à environ 11 milliards vers la fin du XXI<sup>e</sup> siècle qui serait suivie d'un risque de baisse jusqu'à disparition si les comportements individuels de faible fécondité s'étendaient. Sur les enjeux: «Démographie, développement, démocratie et immigrations, Dossier Le Monde diplomatique, mai 1990.

<sup>735</sup> VERHAEREN R.E., «Un futurible des mouvements de population», in *Monde arabe, migrations et identités, Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée (ROMM)*, 1987, n° 43, pp. 103-115 et «L'hypothèse d'une relance des migrations», *REMI*, 1988, vol. 4, n° 1 et 2, pp. 203-230.

Il peut aussi y avoir, selon les évolutions économiques, des phénomènes importants de retour de jeunes nationaux issus de l'immigration. Voy. le retour de très nombreux jeunes Argentins vers l'Italie et l'Espagne dont ils postulent la nationalité *iure sanguinis*. Commentaire d'un journaliste: «Le tango n'a pas réussi à substituer le flamenco ou la tarentelle» (R.T.B.F. radio, 7 avril 1990, 13 h.).

<sup>736</sup> *Supra*, n° 10 et *Le magazine littéraire*, n° 264, avril 1989: «L'individualisme: le grand retour»; MAFESOLI M., «Vie publique, vie privée», *Encycl. Universalis*, Paris, 1990, Symposium, *Les Enjeux*, vol. 2, p. 1184; VALADE B., «L'individu», *idem*, p. 1321.

<sup>737</sup> Cité par GERADIN P., «Modèle de développement et individualisme», *Revue Nouvelle*, juillet-août 1989, pp. 89-95.

**220.** La corrélation des deux facteurs - l'étranger et le privé - paraît jouer un rôle central dans l'identité personnelle des jeunes issus de l'immigration. Etrangers, le demeurant de *facies* après acquisition de la nationalité du pays d'accueil, nés ou venus très jeunes dans le pays d'accueil, ils sont imprégnés de sa culture par la socialisation de l'école et des loisirs. Au sein du milieu familial, ils retrouvent par contre les racines du pays d'origine. Ce n'est pas sans tension et, ici plus qu'ailleurs peut-être, la famille unitaire paraît une fiction <sup>738</sup>. La réalisation du projet «qui se trouvait à l'origine du périple migratoire de leurs parents: faire coïncider la mobilité géographique avec la mobilité sociale» <sup>739</sup> n'est pas aisée au sein d'une société et d'un Etat qui, de diverses façons et pour divers motifs, les marginalisent. Les jeunes Beurs ou Maroxellois <sup>740</sup> qui, comme tout adolescent, rencontrent la question de reproduction de l'identité, créent peut-être une identité sociale nouvelle de sédentarisés transnationaux. Parallèlement, mais avec des croisements, la religion est un facteur d'identification important pour la communauté immigrée, étant parfois «la seule chose qui lui appartienne vraiment et qu'elle puisse maîtriser» <sup>741</sup>. Or l'Islam s'impose comme religion régentant la vie privée et la vie publique. Une

<sup>738</sup> En 1977, ANSAY pouvait encore souligner l'importance de la validité de l'unité familiale migrante, p. 36, comme CHAMPCOMMUNAL le faisait en 1929, p. 1; en 1985, von BAR émettait des doutes sur la pertinence de la référence à une seule loi pour toute la famille, *Int'l Encycl.*, n° 8.

<sup>739</sup> BASTENIER et DASSETTO, «Quelques aspects», p. 165.

<sup>740</sup> Néologismes inventés par les jeunes de seconde génération respectivement en France («Verlan» contracté de «arabes») et en Belgique (contraction de Marocain et Bruxellois, doublé d'une référence à un quartier pauvre de Bruxelles, les Marolles). Selon LEVANTHOAN-PELLERIN, «Adolescents Maghrébins et crise identitaire», *ROMM*, *op. cit.*, 1987, n° 43, p. 97: «Les mots sont importants (ici le néologisme Beur) dans la construction de l'identité sociale, en tant qu'ils résument et cristallisent un certain état des rapports sociaux: l'identité sociale dans les périodes de transformation brutale est en retard sur les structures; elle a tendance à se manifester pour témoigner de la transformation».

<sup>741</sup> BASTENIER et DASSETTO, «Quelques aspects», p. 169.

nouvelle donne, opposée à la laïcisation des sociétés occidentales, apparaît ainsi <sup>742</sup>.

De ces éléments, deux sociologues concluent:

«L'expérience belge est un exemple éloquent des contradictions et des impasses actuelles, mais aussi de la nécessité et des exigences, qu'il y a à prendre en charge la réalité sociale nouvelle qu'est la présence stabilisée d'une minorité musulmane en Europe» <sup>743</sup>.

La prise en charge de cette réalité sera, semble-t-il, facilitée par la mise en œuvre de moyens de nature à susciter, permettre, écouter et réaliser la volonté exprimée par les intéressés eux-mêmes. Aucune assistance extérieure ne remplacera l'effectivité de leur propre prise en charge autonome.

<sup>742</sup> Voy. DASSETTO F. et BASTENIER A., *L'Islam transplanté. Vie et organisation des minorités musulmanes en Belgique*, EVO/EPO, Anvers-Bruxelles, 1984; «Organisations musulmanes en Belgique et insertion sociale des populations immigrées», *REMI*, 1985, vol. 1, n° 1, pp. 9-22; «Organisations musulmanes de Belgique», in *La Belgique et le monde arabe*, pp. 173-184. DASSETTO F., «Visibilisation de l'Islam dans l'espace public», in BASTENIER A. et DASSETTO F. (Ed.), *Immigrations et nouveaux pluralismes. Une confrontation de sociétés*, Bruxelles, De Boeck, 1990, pp. 179-208. Pour une distinction intéressante entre «L'Islam vécu par la première génération» et «L'Islam de la deuxième génération: un modèle religieux transformé», voy. SIERENS S., «Les fonctions sociales et symboliques de l'Islam chez les immigrés marocains», in GAUDIER J.P. et HERMANS Ph., pp. 97-135; OUALI N., *L'immigration maghrébine et turque en Belgique*, Bruxelles, A.D.D.E., 1990, 84 p. En France: B. ETIENNE, *L'islamisme radical*, Paris, Hachette, 1987; «L'Islam à Marseille ou les tribulations d'un anthropologue», *Les Temps Modernes*, 1984, pp. 1616-1636 (n° spécial sur l'immigration maghrébine en France); BALTA P., *L'Islam dans le Monde*, Paris, La Découverte, 1986, spéc. pp. 71-109: «L'Islam en France»; KEPEL G., «L'Islam en France», *Encycl. Universalis*, Paris, 1990, Universalis, p. 329; *Les Banlieues de l'Islam*, Paris, Seuil, 1987; avec LEVEAU R., *Les Musulmans dans la société française*, Paris, F.N.S.P., 1988. Pour une comparaison, BASTENIER A., «La régulation étatique de l'Islam dans trois contextes européens (Grande-Bretagne, R.F.A., France)», in *Actes du Colloque Musulmans en Belgique*, Louvain-la-Neuve, 1990, à paraître; «L'affaire Salman Rushdie et l'immigration en Europe», *Revue Nouvelle*, avril 1989, p. 3. BASTENIER et DASSETTO, «Quelques aspects», p. 171, estiment que «la tâche au cours des années qui viennent sera donc de chercher les voies de l'adaptation à cette situation nouvelle où la société belge craint de revenir sur ce qu'elle considère comme des acquis de son mode de fonctionnement collectif et où, à l'immigration musulmane, il sera demandé d'entamer une réflexion sur ce que pourrait être sa pratique religieuse dans un contexte social sécularisé».

<sup>743</sup> DASSETTO F. et BASTENIER A., «Organisations musulmanes», p. 184.

## § 2. Aspects du droit en général

221. Les enseignements tirés des notions d'autonomie de la volonté et de statut personnel, ainsi que leur possible conjugaison, posent deux types de questions du point de vue d'une conception générale du droit. Le premier a trait à la souveraineté de l'Etat; le deuxième à l'égalité de droit.

### A. La souveraineté de l'Etat

222. La souveraineté «externe» de l'Etat sur la scène internationale n'est pas visée. Ce qui est en cause, c'est la souveraineté, que l'on pourrait qualifier d'«interne», de l'Etat tant sur son territoire, au regard du facteur étranger, que sur ses citoyens à l'égard du facteur privé. Analysés distinctement pour la clarté, ces deux facteurs se combinent fréquemment.

#### 1) Le facteur étranger

223. La présence sur son territoire d'une importante population étrangère, sédentarisée, d'origine culturelle très différente peut, par la création d'un pluriethnisme, menacer l'unité de l'Etat. Le processus de fédéralisme poursuivi par la Belgique ne doit pas voiler l'émergence possible d'une quatrième communauté qui n'est pas, comme les trois autres, rattachée à un territoire même si elle est concentrée dans la capitale. Faut-il pour autant adopter une législation envisageant un statut spécifique pour, au maximum, 2 % d'étrangers musulmans dans la population globale? Quoique peu suivie par les législateurs, l'expérience enseigne qu'une loi répondant à un besoin ponctuel manque ses objectifs: ses effets sur les secteurs non visés sont peu prévisibles; sur les secteurs visés, les effets sont le plus souvent limités, la loi arrivant trop tard <sup>744</sup>. Sans autre élément, la réponse

<sup>744</sup> En 1929, Léon JULLIOT de la MORANDIERE admettait que l'immigration étrangère en France pouvait légitimement poser le problème de la substitution du domicile à la nationalité pour la détermination du statut personnel mais estimait que «point n'est besoin de se hâter; il n'y a pas péril en la demeure», in BATIFFOL H., «Réflexions sur une préface» (étant la préface de J. de la MORANDIERE à la thèse de BATIFFOL), 1964, reproduit in *Choix d'articles*, p. 137.

pourrait donc être catégoriquement négative. Or, il est d'autres éléments. Trois méritent l'attention. Ils touchent respectivement au cas lui même, aux données extérieures et à la solution.

- L'aspect quantitatif limité du cas visé doit tenir compte, d'une part, des fluctuations de concentration et d'âge repérées dans les statistiques (*supra*, n° 214); d'autre part, de l'appartenance renforcée des étrangers visés, à l'Etat d'accueil par sédentarisation et naissance, combinée avec une forte marginalité culturelle.
- Parmi les données extérieures, il convient d'avoir égard aux autres étrangers. Ainsi l'intégration européenne favorisera l'accroissement du nombre de ressortissants européens, notamment fonctionnaires, aux caractéristiques opposées: forte mobilité et intégration culturelle.
- La solution envisagée n'est pas la substitution du domicile ou de la résidence habituelle à la nationalité comme facteur de rattachement. Sans doute l'Etat pourrait-il y être favorable pour forcer l'intégration des étrangers musulmans. Cette solution n'est toutefois pas respectueuse de l'attachement aux cultures d'origine et risque de nuire à une insertion progressive. Appliquée aux ressortissants européens caractérisés par leur mobilité, elle nuit à un minimum de permanence dans leur statut alors même qu'un droit national proche est d'application aisée. A l'inverse, le maintien de la situation actuelle renforce la marginalisation des étrangers musulmans. Aux barrières sociales et politiques s'ajoute l'inégalité d'exercice, voire de jouissance (*infra*, n° 225) des droits civils. Cette inégalité touche particulièrement la femme musulmane <sup>745</sup>.

## 2) Le facteur privé

224. Le rapport entre le privé et le public, l'individu et l'Etat a été relevé tant dans l'évolution de la notion d'autonomie de la volonté (*supra*, n° 210) que comme constante du statut personnel (*supra*, n° 109). L'accroissement et l'affermissement de la sphère du privé peut également menacer la souveraineté de l'Etat. Il ne

---

<sup>745</sup> C.R.I. 2e Rapport, 1990, ch. 5: «Les femmes issues de l'immigration», pp. 517-536.

faut toutefois pas se tromper d'adversaire. Un recentrage des zones d'influences et une participation active du citoyen à l'ordonnancement juridique auquel il se soumet, loin d'annihiler l'Etat, facilite l'adhésion et en accentue la légitimité<sup>746</sup>. Rien ne permet de s'opposer au déploiement de la volonté autonome dans la sphère du privé tant que celle-ci ne porte pas atteinte à l'intérêt général. La question récurrente du droit demeure la ligne de démarcation entre l'intérêt privé et l'intérêt général<sup>747</sup>. L'autonomie qui est envisagée ici sous forme d'option de droit dans les matières de statut personnel est doublement circonscrite, matériellement et formellement. Matériellement, l'autonomie est limitée au statut de la personne dont les actes touchant à l'intérêt général demeureront régis par le droit auquel elle se soumet. Formellement, le choix se limite à la soumission envers un droit intéressé au rapport de vie. Sans porter atteinte au bien commun, elle respecte le choix de l'individu en ce qui touche directement à sa vie privée.

### **B L'égalité de droit**

225. On se souvient que le premier principe de justice chez Rawls (*supra*, n° 15) est ainsi libellé:

«Chaque personne doit avoir un droit égal au système total le plus étendu de libertés de base égales pour tous qui soit compatible avec le même système pour tous».

Jean-Louis Vullierme a interrogé la position de l'étranger comme «personne» au sein de ce principe<sup>748</sup>. Ici, la question de l'égalité de droit se pose au regard des positions respectives de l'étranger et du national face à un droit privé: l'ensemble du statut personnel. Conçue en faveur des nationaux émigrés, la règle de conflit désignant la loi nationale a été bilatéralisée par courtoisie avant de l'être par le droit. L'égalité était ainsi

<sup>746</sup> Voy. sur la question, les positions nuancées de CURTI-GIALDINO A., p. 756 ss.; BATIFFOL H., «Aspects philosophiques», pp. 90, 197, 277: la notion de bien commun conciliant les exigences de l'intérêt général et la primauté de la personne; ROCHAT Ch., p. 348; NAGAN W.P., «Theory and method in P.I.L.: A policy oriented internationalist perspective», in *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 907-931.

<sup>747</sup> BATIFFOL H., «Aspects philosophiques», p. 208.

<sup>748</sup> VULLIERME J.L., «Spéculation morale et spécularité anthropologique», in *Autour de Rawls*, pp. 145-158, spéc. p. 155.

instaurée dans les rapports transfrontières. Il est une autre égalité entre étrangers et nationaux au sein même de l'ordre juridique qui régit un territoire. Elle prend toute son ampleur à la lumière des données nouvelles de l'immigration: sédentarisation et jeunesse. La possibilité de rupture avec la nationalité d'origine est accrue. Quelle est alors l'égalité de jouissance de droit entre une femme marocaine et une femme belge, toutes deux nées en Belgique? Pourquoi, se dit la femme marocaine, ne puis-je bénéficier en Belgique des mêmes droits que mon amie belge dans mes rapports personnels? Pourquoi m'applique-t-on un autre droit qui m'est défavorable? La conformité de l'article 3, alinéa 3 du Code civil aux articles 8 (respect de la vie privée et familiale) et 14 (non discrimination des droits notamment en raison de l'origine nationale) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est incertaine. A tout le moins, une lecture impérative de la bilatéralisation de l'article 3, alinéa 3 s'y heurte. Il en va de même à l'égard de l'article 128 de la Constitution lorsque l'inégalité d'exercice du droit entre le Belge et l'étranger conduit à supprimer la jouissance même du droit, cette inégalité ne résultant pas d'un texte mais de son silence<sup>749</sup>. Ainsi en est-il de la femme marocaine résidant en Belgique qui se voit appliquer sa loi nationale inégalitaire. De ce fait, elle ne jouit pas, dans l'ordre juridique belge des mêmes droits que la femme belge. Cette discrimination n'est pas fondée sur un texte exprès mais sur l'interprétation bilatérale de l'article 3, alinéa 3 du Code civil. La Cour de cassation n'a semble-t-il jamais eu à connaître de l'article 3, alinéa 3 sous cet angle. Sa jurisprudence en matière de divorce ne permet pas de croire qu'elle ferait droit au raisonnement<sup>750</sup>. Une lecture facultative de la bilatéralisation se rapproche des thèses ici développées mais, outre que c'est au juge qu'elle donne le pouvoir d'option, elle réinstaure, dans son

---

<sup>749</sup> Art. 128: «Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi».

<sup>750</sup> Arrêts *Rossi* et *Bigwood II*, *supra*, n° 200. Le problème ainsi soumis à la Cour serait recevable n'étant pas celui de la constitutionnalité d'une loi mais de son interprétation.

unilatéralité, l'inégalité au sein des rapports transfrontières<sup>751, 752</sup>.

### § 3. Aspects du droit international privé

226. L'application de l'autonomie de la volonté aux matières de statut personnel trouve des fondements dans les objectifs du droit international privé (A) et dans les moyens de leur mise en œuvre (B).

#### A. Les objectifs du droit international privé

227. Le droit international privé doit avoir un objectif central: permettre au magistrat de rendre justice et favoriser les relations transfrontières dans le respect des personnes et des ordres

<sup>751</sup> Autre chose serait de considérer qu'il y aurait inégalité devant la loi entre l'étranger autorisé à opter pour la loi nationale ou la loi de la résidence habituelle et le Belge soumis à la loi belge parce que celle-ci recouvre sa nationalité et son domicile. La différence dans l'exercice du droit n'obère pas, ici, l'égalité de jouissance. Le Belge, si la règle est bilatéralisée, pourra, dans l'hypothèse où un tribunal belge serait saisi, bénéficier de l'option s'il est domicilié à l'étranger. La question de l'option de droit interne pourrait se poser dans l'évolution fédérale de la Belgique, si les Communautés étaient amenées à réglementer des matières relevant du statut personnel: quel décret s'appliquerait à un Flamand domicilié en Wallonie? Quid des couples «mixtes» à Bruxelles? Outre que l'hypothèse relève d'une certaine politique fiction, la Cour d'arbitrage paraît avoir opté pour la thèse territorialiste à l'encontre de la thèse personnaliste: le décret édicté par la Communauté du lieu du domicile s'appliquerait. L'autonomie de la volonté pourrait départager les deux thèses. L'hypothèse d'un droit interrégional privé se heurte également à l'unité de l'appareil judiciaire: il y a un seul ordre juridique belge. Il est déjà divisé par la législation sur l'emploi des langues. Voy. UYTENDAELE M., «Existe-t-il un droit interrégional privé en Belgique? (Réflexions suggérées par les arrêts de la Cour d'arbitrage du 30 janvier 1986)», *Mélanges Vander Elst*, t. II, pp. 785-799.

<sup>752</sup> Sur le principe d'égalité du point de vue sociologique, SCHNAPPER D., «La nation, les droits de la nationalité et l'Europe», *REMI*, 1989, vol. 5, n° 1, pp. 21-31, p. 31: «On peut d'ailleurs se demander si, dans une démocratie fondée sur le principe de l'égalité, la reconnaissance des spécificités collectives par les institutions publiques et une politique d'inégalité juridique dite positive (affirmative action), ne conduisent pas nécessairement non seulement à d'autres inégalités, mais à des phénomènes de discrimination et de stigmatisation des populations qu'on entend protéger». Du point de vue politique, voy. MOUREAUX S., «Egales mais différents: oui. Mais avant tout égaux», *J.P.*, n° 133, 9 septembre 1988, p. 12.

juridiques existants <sup>753</sup>. L'objectif est double. Il ne peut être limité à la simple recherche de la justice matérielle transposée dans les relations transfrontières au sein d'un même «sentiment de justice» <sup>754</sup> ou «de droit» <sup>755</sup>. Le droit international privé n'intervient pas que de manière curative, le conflit né. Face à la confrontation des frontières et de la liberté, il doit aussi favoriser le commerce international *sensu lato*. Pour prévenir les conflits et, à défaut, pourvoir à leur solution équitable, le droit international privé doit intervenir dans le respect des acteurs en présence: les personnes et les ordres juridiques intéressés au rapport de vie.

Dans l'ordre de la définition, quatre des objectifs généraux jugés traditionnels au droit international privé peuvent être dégagés: la justice (1), l'harmonie internationale (2), le respect des personnes (3), l'intérêt des Etats (4). Les deux premiers recouvrent le double objectif central du droit international privé. Les deux autres sont conditions de l'efficacité de sa réalisation.

### 1) *La justice effective*

228. La complexité du principe de justice a été analysée (*supra*, n° 99). N'est visée ici que l'effectivité du résultat, de la justice matérielle. Celle qui doit permettre au magistrat, ayant dit le droit, d'assurer la paix sociale. Du point de vue du droit positif, alors que l'autorité de la chose jugée est acquise dans l'ordre juridique d'origine, la force d'une décision exécutoire dépend des autorités de l'ordre juridique requis au lieu d'exécution. Il est une autre «autorité» et «force exécutoire» plus psychologique. C'est celle qui fait que les parties, particulièrement la partie perdante, s'exécutent volontairement. Les praticiens en connaissent l'importance en cas d'exécution transfrontière qui demeure, quels que soient les traités, difficile, longue et coûteuse. Cette force exécutoire sera notamment fonction de l'adhésion des parties aux

---

<sup>753</sup> Pour les éléments de cette définition, voy. WENGLER W., «Principes généraux»; YNTEMA H.E., «The objectives of Private International Law», traduc. *R.C.D.I.P.*, 1959, p. 1; BATIFFOL H., *idem*, in *Choix d'articles*, p. 34; HANOTIAU B., pp. 67 ss.

<sup>754</sup> SAUVEPLANNE J.G., «New trends», p. 25.

<sup>755</sup> MARIDAKIS G.S., «Introduction», p. 505.

principes mis en œuvre par le magistrat <sup>756</sup>. A cet égard, ni la loi nationale, ni la loi du domicile, ni la loi de la résidence, qui peuvent être rejetées par l'une ou l'autre partie, ne disposent en matière de statut personnel d'un titre d'exclusivité. L'adhésion au jugement peut être renforcée par la garantie d'un traitement égal à celui de cas similaires <sup>757</sup> et la désignation par les intéressés du droit qui leur est applicable. Cette participation «au droit de leur procès» revêt d'autant plus d'importance que dans le rapport personnel transfrontière une ou plusieurs parties peuvent être exclues ou marginalisées de la participation à la vie sociale et politique de l'ordre juridique sollicité, ce qui en affaiblit la légitimité. En acceptant de soumettre leur relation personnelle à un droit, les parties prennent l'engagement d'y adhérer. Cette notion d'engagement peut revêtir un caractère sacré proche du serment dont l'importance est évidente, lorsque les parties en cause ou l'une d'elles relève d'un droit dont le fondement est religieux comme le droit musulman. Dans cette optique, «l'engagement continue de participer de manière beaucoup moins apparente [que le serment] à une certaine dimension symbolique de l'institution judiciaire» <sup>758</sup>. Plus concrètement, l'approche volontaire de la règle de conflit de lois peut favoriser une approche volontaire et consensuelle du droit matériel appliqué. Ce faisant, la règle d'autonomie de la volonté poursuit également un objectif matériel favorisant la «justice comme équité» pour utiliser l'expression de Rawls (*supra*, n° 15). Il avait ainsi été relevé que la place faite dans le projet de loi suisse de droit international privé à l'autonomie de la volonté en matière de divorce (*infra*, n° 354 et note 821) «favorise incontestablement les divorces non contentieux» <sup>759</sup>.

<sup>756</sup> «Notamment» car ce n'est qu'un élément d'effectivité parmi d'autres comme le montre un parallélisme avec le droit international (public) dont l'effectivité est bien relative alors même que ses destinataires sont créateurs de la norme.

<sup>757</sup> *Supra*, n° 225. *Adde*: von MEHREN, «Choice of law and the problem of justice», *Law and Contemp. Probl.*, 1977, pp. 27-42, reproduit in MARTIN J.A., «Perspectives...», pp. 235-247; ROCHAT Ch., p. 310; BATIFFOL H., «Aspects philosophiques», p. 222 à propos de «l'utilité privée».

<sup>758</sup> GARAPON A., p. 53.

<sup>759</sup> VON OVERBECK A.E. «Le divorce en droit international privé suisse», in Travaux de l'Institut de droit comparé, *Le divorce en droit international privé allemand, français et suisse*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 111. Il s'agit, à l'époque, du projet de loi, texte *infra*, note 821.

## 2) *L'harmonie internationale*

229. Les relations privées transfrontières sont favorisées si les intéressés peuvent s'attendre à un règlement, sinon uniforme, eu égard à la spécificité des systèmes, au moins similaire, quel que soit l'ordre juridique dans lequel le litige est tranché. Ce principe inclut la prévisibilité des solutions dans leur harmonie. Il n'entend pas nécessairement imposer une unicité des règles de conflit de lois et peut se limiter à «formuler des principes de nature à susciter une certaine harmonisation des règles de conflit en vigueur dans les différents Etats»<sup>760</sup>. Le principe central qui donne sa cohérence au droit international privé demeure le «rattachement le plus étroit»<sup>761</sup>. C'est le principe de proximité qui permet de «déterminer le système juridique avec lequel la situation considérée a les liens les plus intimes»<sup>762</sup>. Sa matérialisation dans la nationalité, le domicile, la résidence, la volonté, est une question secondaire. Aucun facteur ne peut, pas plus qu'au regard du principe de justice, prétendre à la suprématie ou à l'exclusivité dans la concrétisation de ce lien. L'autonomie de la volonté présente l'avantage de pouvoir être un principe intermédiaire entre le principe premier de proximité et l'élément matériel localisateur. Maintenant la diversité de ces derniers, il peut, par l'option de droit, harmoniser et même uniformiser leur désignation en une modalité. Par cela, il assure un traitement équivalent devant des ordres juridiques différents.

## 3) *Le respect des personnes*

230. Batiffol a souligné «l'insuffisance d'un souci exclusif de protection de la personne»<sup>763</sup>. Fondée dans son principe, sa critique l'est aussi en ce qu'elle vise directement son application dans la doctrine de Mancini fixant comme seul critère de personnalité la loi nationale. Ce n'est pas, et Batiffol se garde de le faire, nier la nécessaire protection de la personne. Il faut dégager le principe de son application. La personne n'est pas *a priori* davantage protégée par la loi nationale ou la loi du domicile.

---

<sup>760</sup> Troisième considérant de la résolution de l'Institut de droit international sur «la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé», *Annuaire I.D.I.*, session du Caire, 1987, vol. 62-II, p. 290.

<sup>761</sup> VAN HECKE G., «Principes», p. 445.

<sup>762</sup> BATIFFOL H., «Aspects philosophiques», p. 220.

<sup>763</sup> BATIFFOL H., «Aspects philosophiques», pp. 195 et 334.

L'étude du statut personnel l'a démontré. Plus précisément le principe premier n'est pas tant la protection que le *respect* de la personne en son intégrité physique et morale.

Selon van Rooij et Polak,

«due respect for foreign rules is not an end in itself. We respect foreign rules because we respect the persons to whom those rules apply. It is, therefore, reasonable to attribute a major role to the person concerned in deciding whether or not their national law should be applied. For these reasons, party autonomy is a feature of modern private international family law in the Netherlands which can and should be further explored and developed»<sup>764</sup>

C'est rejoindre le facteur privé dégagé dans les principes du droit en général (*supra*, n° 224).

**231.** Le respect de la personne implique également qu'il soit donné suite à l'expectative des parties. Pour cela, les parties doivent pouvoir prévoir la loi qui leur sera appliquée en cas de litige avec plus de précision que ne le permet le principe général de proximité<sup>765</sup>. Le choix de la loi applicable par les parties non seulement permet une prévisibilité précise mais en institue les parties auteurs et destinataires. Ce principe, qui a été un des arguments clés en faveur de l'autonomie de la volonté des parties dans les matières contractuelles, est également de nature à favoriser l'adhésion des parties au système judiciaire et à renforcer le principe de justice effective<sup>766</sup>. Le principe de l'autonomie de la volonté peut alors combattre l'idée selon laquelle, en imposant l'application d'une loi nationale ou d'une loi de résidence, «la technique internationale privée ne dispose pas des moyens suffisants pour appréhender, dans ses multiples manifestations, l'insertion *graduelle* d'un comportement juridique immigré dans un contexte social complexe»<sup>766b</sup>.

<sup>764</sup> VAN ROOIJ R. et POLAK M., p. 184. *Adde*: MEULDERS-KLEIN M.T., *Dictionnaire Arnaud*, V° Personnes, p. 294: «Le respect de la personne unique dans sa dignité d'homme mais solidaire de la communauté, valeur fragile et lieu de médiation, reste peut-être le seul principe de cohérence possible d'une démocratie humaniste, qui se voudrait universelle».

<sup>765</sup> WENGLER W., «L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable», *R.C.D.I.P.*, 1990, pp. 657-674.

<sup>766</sup> PATTOCHI P.M., pp. 108 et 238; BATIFFOL H., «The objectives», p. 36; SAUVEPLANNE J.G., «New trends», p. 69.

<sup>766b</sup> FOGLETS M.Cl., p. 180, italiques dans le texte.

#### 4) *Les intérêts de l'Etat*

232. Le principe du respect des personnes démontre qu'en droit international privé, la question n'est plus de savoir quel facteur rattache au mieux la personne à un ordre juridique, mais jusqu'où la personne peut, sans entrer en concurrence avec des intérêts généraux, décider librement du rattachement d'un rapport de vie privée à tel ou tel ordre juridique. La limitation de l'autonomie de la volonté à une option de droit assure sa conformité au principe de proximité. De même, l'intérêt général est garanti par la primauté du principe de proximité et par le principe de justice dégagés dans le cadre de l'autonomie de la volonté, telle qu'elle est appliquée aux matières contractuelles. S'il est vrai qu'une loi normalement applicable pourrait être écartée, face au domaine privé, l'intérêt de l'Etat ne doit pas s'exprimer au-delà des lois impératives, de la théorie de la fraude à la loi et de l'ordre public, tous trois garantis au sein d'une correcte application de l'autonomie de la volonté (*supra*, n° 93 et ss.).

Les objectifs matériels poursuivis par le législateur dans son droit interne ne pourront s'imposer que s'ils sont inscrits dans des textes jugés impératifs «internationalement», au point de supplanter le droit choisi (*supra*, n° 97) ou s'ils sont à ce point fondamentaux, que touchant à l'ordre public international, ils écarteraient une disposition du droit applicable.

Au-delà de son territoire, à l'égard de ses nationaux émigrants, l'Etat n'est pas en mesure, en l'absence de traité, d'imposer l'application de son droit en conformité à ses intérêts. Cet intérêt ne peut l'emporter sur celui de la personne qui, par ailleurs, est en principe libre de quitter son pays<sup>767</sup>. Garanties de la souveraineté de l'Etat, ses frontières en sont aussi la limite.

#### **B** *La mise en œuvre des objectifs*

233. La mise en œuvre des objectifs du droit international privé doit actuellement tenir compte d'un renforcement de la relativité par une multiplicité accrue de ses diverses

---

<sup>767</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 12, 2.

composantes. Celle-ci se signale en quatre points en matière de statut personnel.

Le premier touche aux sujets du rapport de vie: les personnes. L'implication des personnes dans les rapports privés transfrontières s'est modifiée tant en quantité qu'en qualité, multipliant les cas soumis aux juridictions. Le droit international privé du statut personnel a évolué d'un droit des princes vers un droit des masses. Les temps sont moins à la chronique belgo-franco-allemande des amours de Madame de Caraman-Chimay, de Bauffremont, Bibesco, qu'à l'immigration musulmane en Europe ou aux réfugiés «en masse» du sud-est asiatique ou d'Afrique<sup>768</sup>. La chronique sociale prend le pas sur le carnet mondain. Ce n'est pas à dire que les décisions de cours suprêmes se multiplient dans le domaine du statut personnel. Le droit des masses est aussi un droit des pauvres qui accèdent moins aisément aux prétoires supérieurs. La doctrine est appelée à porter son attention sur des décisions de juridictions inférieures dont la diversité ne facilite pas l'interprétation en lignes de force. Qualitativement aussi, l'examen sociologique a montré une importante diversité: une sédentarisation certaine d'une part de la population étrangère en provenance d'un système juridico-politique très différent et une mobilité accrue de ceux en provenance de ce que Maridakis appelle un même «cercle d'Etats», qui, actuellement se concrétise dans la Communauté Européenne<sup>769</sup>.

La deuxième multiplicité est celle des points de rattachement. Ils ne sont plus seulement la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle, mais l'ensemble des facteurs permettant de rattacher la personne ou la famille à un ordre juridique. C'est la recherche de la «proper law of the person» ou «of the family»<sup>770</sup>.

<sup>768</sup> MALAURIE Ph., p. 181; WATTE N., «Droit et devoirs des époux», p. 13. Pour les réfugiés, voy. DE ZAYAS A., «International law and mass population transfers», *Harv. Int'l L.J.*, 1975, pp. 207-258.

<sup>769</sup> MARIDAKIS G.S., «Introduction», p. 386.

<sup>770</sup> DE WINTER L.I., «Le principe de la nationalité», p. 91, citant aussi VISCHER, «Zentrum der ehelichen Existenz»; VAN HECKE G., «Principes et méthodes», p. 522; *adde*: Code civil portugais, 25 novembre 1977, art. 52, al. 2, à défaut de nationalité ou de résidence habituelle commune, «la loi du pays avec lequel la vie familiale présente les liens les plus étroits».

La troisième multiplicité résulte de la segmentation de la catégorie de rattachement du statut personnel en diverses matières connaissant, dans un même ordre juridique, des rattachements différents.

Enfin, la quatrième multiplicité vient de l'ordre juridique lui-même comme lieu de réglementation. La référence à l'Etat comme ordre juridique pourrait, dans le futur, subir des modifications importantes. D'une part, les Etats se subdivisent et, dans le même temps, se rassemblent, en structures dont l'autonomie, en aval et en amont, peut aller jusqu'à des réglementations propres. D'autre part, la «sédentarisation transnationale» (*supra*, n° 220) et la mobilité des personnes modifie leur rapport à l'Etat. L'exemple de l'immigré marocain, naturalisé belge, qui possède un passeport dans chaque poche et exhibe l'un ou l'autre selon la frontière de passage n'est plus une anecdote. La boutade d'Alois Brinz se moquant, en 1873, de la théorie du siège de Savigny parce que les obligations ne sont pas assises ou, pour les contrats synallagmatiques, «sont assises sur deux chaises», devient une image très concrète pour le migrant contemporain <sup>771</sup>. La limitation du phénomène de transnationalité aux personnes morales, les personnes physiques en étant exclues, résulte davantage de motifs d'ordre économique que de principes juridiques <sup>772</sup>.

234. Au sein de la tourmente, seul le principe de proximité peut prétendre au rôle de boussole, conservant au droit international privé ses objectifs. Sa souplesse est sa force <sup>773</sup>. Il s'est imposé également dans les matières de statut personnel. Diversité des questions et souplesse des réponses font du juge

<sup>771</sup> *Lehrbuch der Pandekten*, I, 1873, § 102; rapporté par GUTZWILLER M., p. 359.

<sup>772</sup> Sur les groupes transnationaux de sociétés, RIGAUX F., «Cours général», pp. 335 ss. RIGAUX et VANDER ELST, «Relations juridiques transnationales ou dialogue sur un autre droit», *J.T.*, 1982, p. 230; VANDER ELST: «S'il est vrai qu'il existe un droit transnational, il doit être beaucoup plus vaste, par ses sources et dans son champ d'application que le monde des marchands».

<sup>773</sup> En 1961, WENGLER avait souligné l'idée générale d'un assouplissement des règles de conflit de lois, relevant une proposition faite par MARIDAKIS à la session de 1956 de l'Institut de Droit International: «Il est désirable que les règles de droit international privé 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'Etat de nationalité ou de domicile souffrent une exception dans les cas où des circonstances particulières imposent le droit d'un autre Etat comme étant le plus approprié», *Annuaire I.D.I.*, vol. 47, II, 1957, pp. 17-53 et vol. 49, II, 1961, p. 284 cité par VON OVERBECK A.E., «Les questions générales...», p. 193; *adde*: SAUVEPLANNE J.G., «New trends...», p. 47; PALSSON L., «Rules, problems...», p. 399.

l'organe central de l'exercice du droit international privé <sup>774</sup>. Wilhelm Wengler avait déjà souligné l'insuffisance des principes généraux de droit international privé pour déterminer une loi applicable et le nécessaire rôle de « libre recherche par le juge... dans le cadre de l'ordre juridique en cause » <sup>775</sup>. Parallèlement, s'affirme la défense de la liberté individuelle traduite, en droit international privé, dans la doctrine américaine post-moderniste en « droit d'être libre de contrainte d'un Etat qui n'a aucun motif légitime à l'exercer sur moi » <sup>776</sup>.

La souplesse du principe de proximité deviendrait le cauchemar ou la dictature des juges, l'incertitude du justiciable si cette boussole ne trouvait un aimant permettant de diriger son orientation <sup>777</sup>. L'autonomie de la volonté joue ce rôle, alliant la souplesse du principe général et la précision du facteur désigné dans le respect des intérêts des individus et de l'Etat.

## **Section 2. L'autonomie de la volonté comme facteur de proximité et de justice**

**235.** Cette section a pour objet le rôle spécifique et la nature de l'autonomie de la volonté dans le domaine du statut personnel (§ 1) ainsi que l'examen des questions théoriques générales que peut soulever l'exercice de l'autonomie de la volonté dans ces matières (§ 2).

### **§ 1. Rôle et nature de l'autonomie de la volonté**

**236.** Le rôle général de l'autonomie de la volonté en droit international privé a été, dans la première partie, clairement

<sup>774</sup> ROCHAT Ch., p. 16; RIGAUX F., «Le juge, arbitre des conflits de lois», *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 999-1005; GRAULICH P., «La signification actuelle de la règle de conflit», *Ann. Dri. Liège*, 1988, pp. 9-15; ANSAY T., p. 53 dont le système repose sur l'application de la loi nationale par présomption réfragable du maintien du domicile d'un travailleur dans son «home country». Le juge dispose d'un large pouvoir pour renverser la présomption.

<sup>775</sup> WENGLER W., «Principes généraux», p. 620.

<sup>776</sup> BRILMAYER L., «Posmodernism in American choice of law», *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 695-705.

<sup>777</sup> WENGLER W., «Evolution moderne», p. 620.

limité à sa fonction de facteur de rattachement par la distinction des deux phases de l'autonomie: la phase internationale permettant de désigner la loi applicable, la phase interne permettant la liberté contractuelle lorsque cette loi autorise les conventions libres (*supra*, n° 92). Il en va de même à l'égard du statut personnel. L'autonomie du droit international privé n'y a pas pour rôle de permettre aux parties de déterminer, contractuellement, quelles seront leurs obligations réciproques durant le mariage ou les modalités de leur divorce. Elle a pour rôle de permettre la désignation de la loi applicable à tout ou partie de leur statut personnel. Il se peut, et c'est la seconde phase, que cette loi permette des dispositions de type contractuel, comme aurait pu le permettre la loi nationale ou la loi de résidence habituelle appliquée selon une règle de conflit rigide. L'autonomie de la volonté s'insère donc dans la catégorie des rattachements objectifs et abstraits par opposition au rôle subjectif et concret des règles de rattachement à caractère substantiel visant un objectif matériel précis.

Selon certains auteurs, le subjectivisme inhérent à l'autonomie de la volonté ne pourrait s'intégrer dans le système de rattachement objectif de type savignien sans le dénaturer <sup>778</sup>. L'insertion de l'autonomie de la volonté au sein du principe de proximité écarte cette objection. N'est-elle pas évoquée implicitement chez Savigny lorsqu'il écrit:

«Le droit applicable à chaque rapport de droit se trouve sous l'influence de la volonté libre des personnes intéressées, qui se soumettent volontairement à l'empire d'un droit déterminé bien que cette influence ne soit pas illimitée...» <sup>779</sup>

237. L'opposition entre les deux types de règles de rattachement, d'une part les règles générales de rattachement abstrait et, d'autre part les règles particulières à caractère substantiel, est trop tranchée pour permettre de qualifier

<sup>778</sup> BERVOETS Th., «Rechtakeuze», et DEBOER Th. M., «Subjectieve werwijzing: anomalie of grondgebied?», tous deux in JESSURUN d'OLIVEIRA H.U. (dir.), *Partij-invloed in het i.p.r.*, pp. 31 et 47.

<sup>779</sup> SAVIGNY F.C., p. 110; qui évoque ici la soumission volontaire en matière de droits réels car je me rends volontairement dans le lieu où se trouve l'objet, p. 168, § 366. *Addé*: AUDIT B., p. 273; «De même que la notion de 'siège' du rapport de droit n'était qu'une image, celle de localisation peut se dématérialiser pour indiquer un lien intellectuel. Qu'elle n'ait pas été dès l'origine une notion purement matérielle est illustré dans la doctrine même de Savigny par le rattachement des personnes au domicile: la mobilité des personnes confère à cette localisation une part de fiction...».

l'autonomie de la volonté <sup>780</sup>. La particularité de l'autonomie de la volonté est de s'inscrire dans l'optique de souplesse du principe de proximité en répondant aux aspirations des parties <sup>781</sup>. Certes les particuliers souhaitent tel résultat concret et non abstraitement l'application de telle loi. L'instrument indirect de ce résultat leur est donné par la possibilité d'opter pour la loi qui en permettra l'application la plus proche. Ce choix doit, pour respecter les principes de proximité et de justice, se limiter à l'option entre des ordres juridiques justifiant d'un intérêt à la réglementation de leur statut personnel.

**238.** Reprenant l'image de la boussole comme principe de proximité et de l'aimant comme autonomie de la volonté, on peut figurer le schéma suivant: la flèche de la boussole indique, en principe, parmi les différents points cardinaux de rattachement possibles, le nord comme ordre juridique dont la loi est applicable. L'aimant, volonté en possession de la personne, permet de dévier la trajectoire de la flèche, de désigner une autre loi applicable. On sait toutefois que, selon sa puissance et la distance, l'aimant ne pourra dévier la flèche à l'infini. Il est un point de rupture où elle reprend sa position originelle. C'est le principe de proximité qui, à l'aide des critères d'impérativité, d'ordre public et de fraude, sert de limite et impose sa prédominance. L'aimant peut également jouer son rôle de force d'attraction en présence d'une boussole attirée par différents pôles, à l'image des migrations contemporaines, et qui, victime de sa souplesse, tournerait à l'infini, sans point stable, perdant le nord. Dans tous les cas, l'aimant n'est qu'intermédiaire. Son rôle est de donner une direction, non de se désigner lui-même. Etant en possession de la personne, c'est toutefois celle-ci qui le place à l'endroit apte à désigner la direction souhaitée. Abstraite dans son fonctionnement, l'autonomie de la volonté permet d'obtenir le résultat concret souhaité. Objective, parce que soumission volontaire *a priori* neutre et limitée, elle est subjective par le rôle laissé aux intéressés et l'objectif matériel de liberté et d'adhésion

<sup>780</sup> ROCHAT Ch., pp. 160, 185.

<sup>781</sup> LAGARDE P., «Le principe de proximité», p. 65: «Le principe d'autonomie... est le complément rationnel du principe de proximité».

Dans le même sens du choix d'une loi étrangère plus appropriée que la loi du pays d'établissement, comme expression du principe de proximité, d'autant qu'«un tel choix ne serait pas inacceptable avec la 'contractualisation' de la matière du divorce en droit interne», COURBE P., «Le divorce international: premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil», *Tr. Com. fr. d.i.p.*, 1989-1990, 22 novembre 1989, selon C.R. par REMERY J.P., in *R.C.D.I.P.*, 1991, p. 267.

au droit que, ce faisant, elle promeut. C'est correctement que Paolo Michele Patocchi qualifie l'autonomie de la volonté de «règle de rattachement à caractère substantiel particulier»<sup>782</sup>. L'appellation de règle de rattachement abstraite particulière conviendrait également. C'est probablement cette nature composée traduisant en sa souplesse la réponse à la fois à l'attente des justiciables et aux tentatives du juge de fonder sa décision sur des principes d'autant plus opposables aux parties qu'ils en émanent, qui peut expliquer le succès du principe de l'autonomie de la volonté dans la jurisprudence<sup>783</sup>.

## § 2. Exercice de l'autonomie de la volonté

239. L'autonomie de la volonté peut-elle, en matière de statut personnel, s'exercer sans limite? A défaut, quelles sont-elles? L'interprétation du principe général d'autonomie de la volonté en droit international privé distingue les limites internes (A) des limites externes (B) (*supra*, n° 93). Les limites à l'exercice de l'autonomie de la volonté fixées, il sera nécessaire d'examiner ses modalités d'expression (C).

### A. Les limites internes

#### 1) Généralités

240. Voici un ressortissant marocain qui épouse à Bruxelles une ressortissante belge. Le mari est attaché aux principes fondamentaux de l'Islam, l'épouse au principe d'égalité des sexes. Ils conviennent d'un compromis: leur mariage sera régi par le droit tunisien en sa qualité de droit musulman ayant largement intégré le principe d'égalité des sexes. Cela est-il possible? Faut-il refuser ce choix libre et conscient des intéressés? Rien ne pousse *a priori* au rejet. Si le juge belge est saisi d'un litige, il relèvera vraisemblablement qu'il n'y a pas de fraude dans le chef des

---

<sup>782</sup> PATOCCHI P.M., p. 121.

<sup>783</sup> DE WINTER L.I., «Le principe de nationalité», rapprochez p. 100: «ce sont surtout des considérations pratiques qui dictent l'abandon de la loi nationale au profit de celle du domicile», de p. 102: «la doctrine de l'autonomie des parties, elle aussi doit son développement spectaculaire aux besoins de la pratique».

époux n'ayant pas, artificiellement, créé un élément d'extranéité, que le droit tunisien ne comporte pas de dispositions contraires à l'ordre public international belge et, qu'en tout état de cause, si l'ordre juridique belge dispose d'un intérêt suffisant à s'appliquer, par exemple en qualité de loi de la résidence habituelle, ses dispositions impératives ne peuvent être rejetées. En l'absence d'opposition de ces limites externes (*supra*, n° 96 ss. et *infra*, n° 258), qu'est ce qui dérange dans ce libre choix du droit tunisien, alors qu'en matière contractuelle rien n'empêche, dans le respect de ces limites, le libre choix d'une loi n'ayant pas de lien avec le contrat? En l'espèce, le choix, fruit d'un compromis, a un lien psychologique certain pour les parties. Il justifie le constat général en jurisprudence de l'extrême rareté du choix par les parties d'un droit totalement étranger au rapport de vie. Pourrait-on avancer que le principe d'égalité n'est pas respecté dans la mesure où des époux belges, dont l'un serait musulman, ne pourraient pas faire le même choix, alors que notre couple belgo-marocain le peut grâce à des éléments d'extranéité qui ne sont pas en rapport direct avec leur choix? Non, si l'on considère précisément que le choix du couple résulte, malgré un compromis, de la nationalité marocaine du mari, alors que le Belge, en raison de sa nationalité, doit accepter la laïcisation du mariage civil.

241. En réalité, il n'est pas de principe théorique qui puisse être opposé au libre choix du droit applicable dès que le rapport de vie est transfrontière: les limites internes et externes suffisent à garantir le respect des principes de proximité et de justice. Envisageant les conséquences d'un système général de droit international privé, qui serait fondé sur le seul principe de proximité, Paul Lagarde y voit «une formidable régression», considérant qu'un tel système

«priverait le juge de la sécurité intellectuelle relative que lui apporte l'existence des règles, même flexibles et sacrifierait la prévisibilité des solutions même dans les matières où elle doit absolument être préservée» 784.

La réflexion est pertinente. Réduite à l'hypothèse d'espèce - l'autonomie de la volonté appliquée au statut personnel -, l'imprévisibilité ne touche plus l'ensemble du système, car les catégories sont maintenues, et la prévisibilité est assurée par la

784 LAGARDE P., «Le principe de proximité», p. 45; dans le même sens, WENGLER W., «L'évolution moderne», p. 664.

volonté des parties. Le dernier obstacle apparaît alors: le juge dans sa «sécurité intellectuelle relative». Ce n'est pas un principe théorique qui s'oppose au libre choix de la loi applicable, mais une considération pratique: le juge serait amené à appliquer toutes espèces de droit et à déterminer, par lui-même, si ce droit respecte les principes de proximité et de justice. Il devrait examiner s'il y a contrariété aux normes impératives d'un ordre juridique proche, à l'ordre public, s'il y a fraude à la loi. Sa tâche est facilitée si son examen est limité à certains droits désignés par la règle de conflit.

Aucune considération théorique ne paraissant fonder à suffisance la limitation de l'autonomie à l'option de certains droits désignés par la règle de conflit, seules les considérations pratiques de sécurité pour le juge, et partiellement pour les intéressés, sont déterminantes. Elles poussent à l'acceptation d'une option limitée à certains droits. Au demeurant, par la force même du principe d'effectivité inhérent à l'autonomie de la volonté, ces droits couvriront les choix généralement retenus par les parties. Il faut néanmoins reconnaître que, fondée sur des considérations pratiques, cette proposition est davantage sujette à modification, que ne l'est le principe même d'autonomie. Sans doute la limitation du choix permet-elle l'intégration plus aisée d'un principe d'autonomie dans les législations contemporaines.

## 2) *L'option de droit ou la professio iuris*

242. L'option de droit ou *professio iuris* (*Rechtswahl*) se définit comme «le choix entre deux ou plusieurs législations désignées par des rattachements objectifs»<sup>785</sup>. Elle se distingue de l'autonomie complète de volonté par la limitation du choix à certaines lois caractérisées dans la règle de conflit<sup>786</sup>. Cette distinction, reposant sur des considérations pratiques, ne la distrait pas du principe général d'autonomie de la volonté en droit international privé. L'expression vient du moyen-âge. Durant cette période, l'option était davantage le résultat d'une tolérance par défaut de droit qu'une possibilité exprimée dans des textes

---

<sup>785</sup> VON OVERBECK A.E., «La *professio iuris*», p. 1087; KOTTERS U., p. 4.; AUDIT B., «Le caractère fonctionnel», p. 274; LABRUSSE-RIOU C., p. 131; LAGARDE P., «Principes de proximité», p. 88, pour le bi-national.

<sup>786</sup> YNTEMA H.E., p. 348, utilise le terme *professio iuris* pour désigner le choix du droit applicable au contrat.

(*supra*, n° 51). Dans les régions connaissant des conflits interpersonnels, comme l'Afrique, la *professio iuris* permet un choix entre le droit coutumier et le droit écrit<sup>787</sup>. En Grèce, en suite du Traité d'Athènes des 1 et 14 novembre 1913 entre la Grèce et la Turquie, les dispositions du Code civil grec relatives au statut personnel ne s'appliquent pas aux Musulmans, d'origine turque pour la plupart<sup>788</sup>. La laïcisation du statut personnel dans le Code civil turc ne paraît pas avoir supprimé le conflit<sup>789</sup>.

La technique de l'option de droit a également été utilisée par les systèmes coloniaux, de façon généralement unilatérale, pour permettre l'option des indigènes en faveur du droit de la métropole, non l'inverse<sup>790</sup>. Cette technique présupposait le maintien du droit et des tribunaux locaux pour les indigènes qui ne faisaient pas ce choix. Dans certains pays, comme l'Égypte, elle amena l'instauration de tribunaux mixtes<sup>791</sup>. Dans ce contexte, l'option de droit permettait surtout de poursuivre l'objectif matériel de faveur au droit colonial<sup>792</sup>. Plusieurs décisions ont estimé que l'option pouvait être implicite par référence aux

<sup>787</sup> LIPSTEIN K. et SZASZY I., pp. 24 et 33. BLANC-JOUVAN X., «La codification du droit du mariage dans les pays d'Afrique noire francophone», in *Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1969, pp. 909-935, p. 926, relève l'option laissée aux époux pour un mariage monogamique ou polygamique au Mali, au Tchad et au Sénégal; WENGLER W., «L'évolution moderne», p. 668, note 3, donne l'exemple du Primary Courts Act du Zimbabwe permettant le choix par les parties entre le droit coutumier ou le droit général. Ce choix peut aussi être déduit par le juge de «la nature et des circonstances de la cause».

<sup>788</sup> LIPSTEIN K. et SZASZY I., p. 11.

<sup>789</sup> BOITARD J., «Citoyens grecs, les 120.000 Musulmans de Thrace ne peuvent se soumettre aux lois chrétiennes», *Le Soir*, 1er février 1990, p. 2.

<sup>790</sup> LAGARDE P., «Principes de proximité», p. 88; LAINE A., p. 62 et p. 64; DROZ G.A.L., «Le statut personnel des musulmans originaires d'Algérie résidant en France», in *Multitudo legum, Ius unum, Mélanges Wengler*, Berlin, Interrecht, 1973, vol. II, pp. 235-250, p. 236.

<sup>791</sup> ARMINJON P., p. 173 et 178; WEISS A., t. III, p. 250, à propos de l'empire ottoman, citant SALEM in *Clunet*, 1888, p. 25.

<sup>792</sup> WENGLER W., «Principes généraux», p. 600, note 2, donne l'exemple du «Regolamento giudiziario» pour l'Erythrée italienne de 1908: «Dans les rapports entre citoyens italiens ou étrangers et sujets coloniaux ou assimilés, la loi italienne prévaut pour autant qu'elle soit plus favorable au citoyen italien ou étranger»; pour l'Algérie française, voy. ARMINJON, pp. 173 ss. et Réponse du ministre de la France d'Outre-mer sur l'avis du Conseil d'Etat quant aux conditions permettant aux autochtones des territoires d'outre-mer d'opter pour «le droit commun» français, par renonciation à leur statut personnel, *J.O.*, 6 juin 1956, p. 947 et *R.C.D.I.P.*, 1956, p. 592; GANNAGE P., p. 363; TARAZI S.E.D., p. 445.

mœurs des parties ou à l'autorité devant laquelle le rapport de droit, un mariage par exemple, s'était créé <sup>793</sup>.

243. Des auteurs contemporains envisagent à peu près la même technique en proposant l'application de la *lex fori*, à défaut d'option en faveur d'un autre droit. C'est en réalité l'application du principe dispositif (*supra*, n° 121). La démarche a l'avantage de souligner la nécessité pratique d'une règle simple tant au regard de la tendance «naturelle» des juges à éviter l'application du droit international privé, qu'au regard des destinataires d'un droit devenu «de masse» <sup>794</sup>.

244. L'importance accordée à la liberté individuelle dans les matières privées incite toutefois à renverser l'ordre des priorités en maintenant une règle simple: au sein des principes de proximité et de justice, la règle de conflit de lois en matière de statut personnel est, à titre principal, l'autonomie de la volonté entre les lois désignées, à titre subsidiaire, telle loi désignée. Deux inconnues doivent être précisées: d'une part, quelles sont les lois dont la désignation est permise, d'autre part, quelle est la loi subsidiaire, à défaut de désignation.

#### - *Lois dont la désignation est possible*

245. Par facilité du choix bipolaire et pour rencontrer l'opposition habituelle entre le domicile et la nationalité, ce sont les lois désignées par ces deux facteurs qui sont généralement retenues comme possibles dans l'option de droit <sup>795</sup>. Ce qui est visé, de façon plus générale, c'est, d'une part, le pays d'origine, d'autre part, le pays d'accueil <sup>796</sup>. Si la nationalité ne pose pas problème

<sup>793</sup> Pour les décisions, voy. Casablanca, 21 décembre 1949 et Tunis, 10 mars 1950, *D.*, 1953, p. 538, note LUCHAIRE; Civ. Casablanca, 3 janvier 1955, *R.M.D.*, 1955, p. 233: «en faisant consacrer son union seulement par l'officier de l'état civil du protectorat, il [le mari] est censé, pour les causes intéressant le mariage, avoir renoncé à son statut personnel, et avoir tacitement adhéré à la loi française de sa femme qui devient loi prédominante». *Adde, infra*, n° 311 et 312.

<sup>794</sup> MALAURIE Ph., p. 181; PALSSON L., «Family conflict of law», p. 403.

<sup>795</sup> Résolution de l'Institut de Droit international sur «la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé», à la Session du Caire, *Annuaire I.D.I.*, vol. 62, II, 1967, p. 292; VON OVERBECK A.E., «Professio iuris», p. 1112, pour les successions et les régimes matrimoniaux; LABRUSSE-RIOU C., p. 131; ERAUW J., «De nood aan codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht», p. 756.

<sup>796</sup> JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., au débat du Colloque François Laurent, selon le compte rendu in *Rev. Drt. Int. et Drt. Comparé*, 1988, p. 217.

comme facteur de rattachement au pays d'origine, le rattachement au pays d'accueil est matérialisé tantôt par le domicile, tantôt par la résidence habituelle. Eu égard à la signification précise du «domicil of origin» en droit anglo-saxon, à l'évolution de cette notion dans certains pays (*supra*, n° 182), à l'intérêt de dégager une notion de droit international privé à la fois plus autonome par rapport aux droits internes, notamment aux réglementations relatives au séjour, et plus distante de la notion de nationalité, il paraît préférable de retenir le concept de résidence habituelle. Ce concept, plus large, maintient davantage l'option de droit au sein du principe général d'autonomie dont la limitation n'a été guidée que par des considérations pratiques (*supra*, n° 241).

246. Faut-il alors ajouter, parmi les lois possibles, la *lex fori*? Celle-ci pourrait différer de la loi nationale et de la loi de la résidence habituelle. L'hypothèse est restreinte. Le tribunal justifie, en général, sa compétence par la résidence, la nationalité ou l'élection de for. Ce n'est que dans ce dernier cas que les parties pourraient, ayant choisi un tribunal, y demander application de la *lex fori*. Si celle-ci ne recouvre ni la loi nationale, ni la loi de la résidence d'au moins une des parties, le principe de proximité est vraisemblablement détourné. Ne pas introduire la *lex fori*, qui recouvre presque toujours la loi d'une résidence habituelle, permet de limiter la fraude (*infra*, n° 262).

247. L'objet de l'option doit encore être précisé: parmi quelles nationalités ou résidences habituelles le choix est-il permis? Parmi celles qui servent, pour chaque partie séparément, de facteur de rattachement à une loi personnelle ou parmi celles qui servent de facteur de rattachement commun au rapport de droit? En d'autres termes, s'agit-il simplement pour chaque partie de déterminer pour soi-même sa loi personnelle en choisissant parmi sa ou ses lois nationales et la loi de sa résidence habituelle. Cela fait, si différentes lois personnelles interviennent dans le rapport de droit, le jeu normal des conflits de lois personnelles serait ensuite arbitré par le juge selon les règles traditionnelles (cumulatives, distributives, alternatives). Ou bien la volonté des parties intervient-elle également à ce deuxième stade afin de donner à chaque rapport de vie une loi personnelle propre, choisie par les parties parmi les différentes lois nationales et lois de résidence habituelle en présence. L'évolution du statut personnel a montré sa segmentation en différentes matières et la

tentative d'approprier une loi à chacune d'elles. Cet enseignement favorise la deuxième hypothèse plus conforme en outre aux principes d'autonomie et de proximité. L'examen d'une première matière l'illustrera (*infra*, n° 283). Il reste que l'option simplifiée dans le chef d'une personne parmi les facteurs de rattachements qui lui sont propres permet, par exemple à la naissance, de déterminer sa loi personnelle par choix d'une nationalité en cas de pluripatridie ou par choix entre sa loi nationale et la loi de sa résidence habituelle.

- *La règle de conflit de lois subsidiaire*

248. Il y a trois lois subsidiaires possibles: soit l'une de celles figurant dans l'option <sup>797</sup>, soit la loi désignée par la règle de conflit habituelle du for <sup>798</sup>, soit la *lex fori* <sup>799</sup>.

249. Dans la première hypothèse, l'option se réduit à une loi au cas où soit la loi nationale, soit la loi de la résidence habituelle, ferait l'objet de la règle de conflit subsidiaire.

250. La deuxième hypothèse présente un double avantage. D'une part, elle permet une intégration plus aisée du principe d'autonomie dans les systèmes actuels. Ceux-ci peuvent maintenir leurs règles de conflits habituelles conditionnées par l'option de droit. D'autre part, elle bénéficie à la fois d'une certaine souplesse et d'une grande précision. L'évolution de ces règles de conflits «nationales» permet une adaptation sans modification du principe général. La diversité de ces règles et des mécanismes généraux qu'elles contiennent, fruits d'une longue évolution, rencontrent mieux les différentes hypothèses, dont l'incidence du facteur temps. Cette richesse en fait aussi la complexité. Loin de tenter de simplifier le droit international privé actuel, sans prétendre à un système universel uniforme, on maintient les différents systèmes nationaux chapeautés par le principe d'autonomie. Ni les magistrats ni les destinataires n'en tirent bénéfice.

251. La troisième hypothèse, l'application de la *lex fori*, rencontre la tendance la plus forte, déjà actuellement en

---

<sup>797</sup> ERAUW J., p. 756 proposant la loi du domicile (qui serait ici la règle de conflit subsidiaire) avec option possible pour la loi nationale.

<sup>798</sup> VON OVERBECK A.E., p. 1112.

<sup>799</sup> FLESSNER U.A., p. 584.

jurisprudence soit légalement (divorce au Royaume-Uni, en Belgique, en France, dans certaines hypothèses, en Allemagne, en Suisse, aux Pays-Bas)<sup>800</sup>, soit par silence mettant en œuvre le principe dispositif (la règle de conflit doit-elle être appliquée d'office?), soit par détournement de la règle de conflit au moyen du principe d'ordre public ou de lois dites de police. Il ne s'agit pas de régulariser une pratique dont le caractère nationaliste a toujours dérangé la doctrine internationaliste. Il s'agit d'y avoir égard et de confronter cette réalité aux objectifs du droit international privé: favoriser les relations transfrontières et la justice qui y est appliquée. L'application systématique de la *lex fori* nuit à ces relations lorsqu'elle est exclusive. En matière de statut personnel, elle revient à nier la possible appartenance d'une personne à un autre ordre juridique. Dans la bilatéralisation de nos règles de conflit appliquant la loi nationale, c'est cette personne qui est respectée en ses droits, non son ordre juridique par quelque *comitas gentium*. Dès l'instant où la personne est entièrement respectée par le principe d'autonomie, l'application subsidiaire de la *lex fori* perd l'aspect négatif inhérent à son nationalisme. La seule hypothèse dans laquelle l'application de la *lex fori* conserverait cet aspect négatif est celle d'une relation personnelle, par exemple un mariage, dans laquelle les parties étant de même nationalité n'auraient pas fait choix en temps utile de l'application de leur loi nationale commune et ne le feraient plus en cas de litige, par exemple un divorce, par divergence d'intérêts. En ce cas, l'application de la *lex fori* peut léser une des parties en cause. On remarquera toutefois qu'elle ne lèse pas l'autre partie qui, à défaut, eut marqué accord sur l'application de la loi nationale dans l'hypothèse où ce choix pourrait intervenir après la naissance du litige en cas d'accord des parties. Le nationalisme de la *lex fori* est, de ce fait, moins marqué.

La désignation de la *lex fori* comme loi subsidiairement applicable, à défaut de la loi nationale ou de la loi de la résidence

800 Références des lois, *supra*, note 523; loi belge du 27 juin 1960, art. 1; art. 310 du Code civil français; L.S.D.I.P., art. 61, la *lex fori* n'est écartée qu'en cas de nationalité commune et moyennant certaines conditions (un seul domicile en Suisse, pas de conditions extraordinairement sévères pour le divorce). DUTOIT parle de «rattachement camouflé du divorce à la *lex fori*», in CEDIDAC, p. 38; Loi néerlandaise du 25 mars 1981, art. 1, al. 2, *a contrario* à défaut de lien social effectif avec la loi nationale commune, celle-ci «est néanmoins appliquée si les parties optent conjointement pour ce droit ou si une telle option par une des parties n'a pas été contestée». Si cette condition n'est pas remplie et s'il n'y a pas de résidence habituelle commune, la *lex fori* s'appliquera.

habituelle, élargit en outre le champ de l'option. Si la *lex fori* est distincte des deux autres lois, il suffit aux parties pour en faire choix... de ne pas faire de choix. L'interrogation sur l'ajout de la *lex fori* comme troisième option est alors sans objet (*supra*, n° 246). Son rôle subsidiaire y pourvoit. Cet élargissement est conforme au principe d'autonomie de la volonté qui recouvre l'option de droit.

En réalité, l'application de la *lex fori* se heurte davantage à la pratique, qui paraît *a priori* la fonder, qu'à la théorie. Les difficultés proviennent du conflit mobile. La combinaison des facteurs temps et espace empêche l'application généralisée de la *lex fori* à l'ensemble des matières du statut personnel. La loi française a-t-elle un titre à servir de critère de validité pour un mariage célébré en Belgique, entre deux Marocains, au motif que, quelques temps après la rupture, l'un des époux s'est installé en France et que l'autre y introduit une procédure en nullité de mariage? Jurisprudence et doctrine seraient confrontées à la question des «vested rights», comme le fut la doctrine américaine. On peut difficilement tenter de régler le conflit mobile par référence à la *lex fori* au moment de la création du rapport de droit, par exemple au moment de la célébration du mariage. De quel for s'agirait-il en l'absence de toute procédure à cette époque? Dès lors, il faudrait assimiler le for à la résidence habituelle. Le problème pourrait être tourné par l'application d'une *lex loci situationis*. Bien que non matérielles, les relations personnelles peuvent assez facilement être situées dans l'espace. Elles n'utilisent pas les relations à distance comme le font les contrats. En cas de procuration, par exemple pour un mariage ou un divorce comme cela existe en droit musulman ou dans certains Etats américains (marriage by proxy), il y a toujours une localisation antérieure ou postérieure du rapport de vie. La matérialisation de la localisation serait, respectivement pour, la filiation le lieu de naissance, pour le mariage le lieu de célébration ou de première résidence conjugale, pour le divorce le for ou la dernière résidence conjugale... C'est toutefois rétablir et la complexité et les difficultés que ces différents facteurs ont déjà suscités en droit international privé. S'ils servaient seulement d'indication dans la recherche du lien étroit entre la situation et un ordre juridique, la règle de conflit subsidiaire, tout en étant conforme au principe de proximité maintiendrait une souplesse excessive, nuisible au principe de sécurité qui demeure important en matière de statut personnel. Les différentes matérialisations

proposées pour localiser le rapport de vies peuvent être temporaires, l'événement survenant tantôt fortuitement lors d'un voyage, tantôt à l'occasion d'un déplacement effectué à cet effet. Chaque fois c'est, à titre subsidiaire, la résidence qui fixe le lieu de vie. De même, dans les législations, l'application de la *lex fori* est souvent le résultat indirect de la désignation de la loi de la résidence habituelle<sup>801</sup>. *Lex fori* et loi de résidence habituelle se recouvrent alors.

252. L'efficacité et la simplicité conduisent à préférer la première hypothèse en retenant l'application de la loi de la résidence habituelle, à défaut de choix. L'abandon de la nationalité comme facteur de rattachement en matière de statut personnel, motivé par l'évolution sociologique du phénomène migratoire, est tempéré par le principe d'autonomie qui en permet le choix. La bipolarité du système lui donne, avec sa simplicité, une certaine rigidité. Favorable à la sécurité du statut personnel, cette rigidité peut se heurter à la souplesse voulue par le principe général de proximité adapté à la relativité contemporaine. Une clause échappatoire permet d'y pourvoir. La loi appliquée, à défaut de choix, est écartée s'il apparaît que la situation présente *manifestement* des liens plus étroits avec un autre ordre juridique. Cette clause échappatoire n'est pas générale. Elle ne s'étend pas à la loi désignée par les parties. Le choix, qui n'est pas absolu mais limité aux deux lois qui présentent nécessairement un lien avec la situation, doit constituer une présomption irréfragable de proximité, sous réserve des limites extérieures, dont les dispositions impératives d'un ordre juridique présentant des liens manifestement plus étroits avec la situation (*infra*, n° 258). A défaut, la souplesse deviendrait insécurité pour les intéressés.

253. Le moment de concrétisation des facteurs de nationalité et, principalement, de résidence habituelle doit faire l'objet d'un examen dans les différentes matières. Le principe général est de retenir la concrétisation du facteur au moment du rapport de vie donnant lieu à examen. C'est l'aspect positif de la segmentation du statut personnel qui permet de fixer, au sein d'une même catégorie, différents rapports de vie: naissance, mariage, décès. Les facteurs de nationalité et de résidence habituelle doivent aussi être précisés en cas de pluralité de parties à la relation

---

<sup>801</sup> Code civ. fr., art. 310, al. 2; *EGBGB*, art. 14 (1), 2°.

personnelle: doivent-ils être communs ou peuvent-ils être propres à un seul des intéressés? La réponse se précisera dans l'examen des différentes matières. Le principe d'autonomie doit nous guider. Il ne limite pas objectivement les droits pouvant être désignés. Il les limite par les principes de proximité et de justice. Le mécanisme de l'option, retenu par pragmatisme, doit être aussi ouvert que possible. Le cumul du rattachement par choix conjoint des parties et par le facteur de nationalité ou de résidence habituelle d'une des parties suffit à garantir la proximité de l'ordre juridique désigné, sous réserve des limites externes. Par contre, lorsque la loi de la résidence habituelle intervient à titre subsidiaire, alors qu'existe une pluralité de résidences, un principe doit désigner à quelle loi il y a lieu de se référer, les parties ne faisant, par hypothèse, pas de choix. On retiendra la loi de la résidence habituelle commune la plus proche dans le temps. Les termes «résidence habituelle commune» visent, improprement, la résidence matériellement commune aux personnes, mais aussi les résidences communes au territoire d'un même Etat. Les époux peuvent ainsi avoir des résidences séparées sur le territoire d'un même Etat. C'est à la loi de cet Etat qu'il faudra se référer. Par simplicité de langage, on usera des termes «résidence habituelle commune» pour viser les deux acceptions: loi de la résidence habituelle commune et loi commune de la résidence habituelle. Les termes «la plus proche dans le temps» désignent généralement la loi de la dernière résidence habituelle commune, au sens précité. Ils peuvent également viser la première future résidence habituelle commune.

254. En résumé, l'option de droit se limite aux lois de la nationalité et de la résidence habituelle. A défaut d'option, la règle de conflit du for pourrait s'appliquer dans une période intermédiaire. A long terme, il est préférable d'y substituer l'application de la loi de la résidence habituelle. Tant pour permettre cette transition que pour insister sur la primauté de l'option, la formulation proposée indique explicitement l'option bipolaire, plutôt que de prévoir, plus simplement, l'application de la loi de la résidence habituelle à défaut d'option pour la loi nationale (annexe 1, projet de convention, articles 3, 4, 5 et 6).

### 3) *La permanence ou la sécurité du statut personnel*

255. Objection majeure généralement avancée à l'encontre de l'introduction de l'autonomie de la volonté en ce domaine, la permanence du statut personnel peut être considérée comme une limite interne à l'autonomie de la volonté propre à cette matière<sup>802</sup>. Ce critère de permanence a perdu de sa vigueur. En réalité, ce n'est pas tant la permanence dans le temps - de plus en plus aléatoire - que la permanence dans l'espace qui est visée. Il importe peu que je puisse changer de statut dans le temps et que je sois successivement célibataire, marié, divorcé, *de cujus*. Il importe que je conserve ce statut dans l'espace et que je ne sois pas marié dans un pays X, divorcé en Y. Le terme sécurité<sup>803</sup> est préférable au terme permanence. Le but est d'éviter les situations boiteuses, craintes par Ansay, lorsqu'il examine la possibilité de déterminer la «proper law of the migrant» eu égard au choix exprimé «par les parties et leur famille» qui permet «d'étendre aux migrants l'autonomie réservée aux riches par le forum shopping vers 'El Eldorado land'»<sup>804</sup>. Il est vrai que si l'étranger, immigré, retourne dans son pays d'origine, il est souhaitable que son statut personnel soit identique à celui qu'il avait dans son pays d'accueil.

Quatre éléments répondent à l'objection, deux de fait, deux de droit.

1. Comme le souligne Ansay, qualitativement, le système de l'autonomie de la volonté existe déjà. Par «forum shopping», une minorité crée des situations boiteuses. Seul l'élément quantitatif se modifie.
2. L'examen sociologique a révélé une sédentarisation importante du migrant en provenance d'un système juridique différent, l'Islam, qui pourrait refuser la reconnaissance de droits acquis sous le bénéfice de l'autonomie de la volonté. Les migrants mobiles proviennent de systèmes juridiques proches qui devraient, ou ont déjà, accepté le principe d'autonomie.

<sup>802</sup> BATIFFOL H., «Aspects philosophiques», p. 280; LOUSSOUARN Y., *Rapport I.D.I.*, p. 320; VAN HECKE G., «Principes et méthodes», p. 533.

<sup>803</sup> LAGARDE P., «Principes de proximité», p. 33; RIGAUX F., t. II, n° 889.

<sup>804</sup> ANSAY T., p. 50.

3. Seule l'application de la loi nationale ou de la loi du «domicil of origin» peut garantir la sécurité. Outre que ces facteurs ne répondent plus aux réalités contemporaines des migrations, dans plusieurs pays, pour différentes matières du statut personnel, ils sont déjà largement écartés. Encore faut-il que la loi nationale soit appliquée dans un jugement prononcé à l'étranger et non dans le pays d'origine auquel cas, la reconnaissance à l'étranger n'étant pas certaine, il peut aussi se créer des situations boiteuses. L'exemple des répudiations et de la polygamie le démontre.
4. Plus généralement, le problème est celui de l'harmonie internationale<sup>805</sup>. Les situations boiteuses sont évitées lorsque les règles de reconnaissance des décisions étrangères sont libérales et que seule une atteinte manifeste à l'ordre public fonde un refus de reconnaissance. Comme pour toute autre règle de conflit, le succès du principe d'autonomie dans les différents ordres juridiques est la clé de son acceptation réciproque.

Outre ces quatre éléments de réponse, l'atout principal du principe d'autonomie demeure sa souplesse: la personne qui craint une situation boiteuse est en mesure d'opter pour sa loi nationale. Seul le défaut d'accord dans une relation personnelle est de nature à imposer un statut boiteux à une des parties. Ce n'est probablement pas augmenter les hypothèses au regard de la situation actuelle.

#### 4) *Les limites internes générales*

256. Les limites internes qui ont été dégagées de l'interprétation générale de l'autonomie de la volonté, à partir de la Convention de Rome selon un principe d'«objectivisme libéral», s'appliquent au statut personnel (*supra*, n° 88; les numéros y font référence). Quatre sont déjà incluses au sein du principe d'option de droit limitée aux lois nationales et de résidence habituelle: le statut personnel doit être établi par référence à la loi (1° et 2°) d'un Etat (4°) ayant un lien avec les intéressés de par leur résidence ou leur nationalité (3°). Rien n'impose la pétrification de cette loi au moment de son choix (6°) (*infra*, n° 346, mutabilité

---

<sup>805</sup> CURTI GIALDINO A., p. 830.

matérielle légale). Peut-on se référer à plusieurs lois? Le principe général permettrait le dépeçage (5°). Le choix de la technique de l'option de droit l'écarte: c'est l'un ou l'autre. Le pragmatisme ici l'emporte. La référence à différents ordres juridiques pour divers aspects d'une même relation personnelle paraît, outre sa complexité, mettre davantage en péril la sécurité (permanence) du statut de la personne<sup>806</sup>. Ce n'est pas dire qu'au sein du statut personnel d'une personne, parmi les différentes matières représentant les étapes de sa vie dans le temps, naissance, filiation, mariage, divorce, décès, il ne puisse être fait option d'un droit différent. Cela se conçoit autant que le changement de la matérialisation des facteurs de rattachement: la nationalité et la résidence habituelle. Ce n'est que l'effet de la mutabilité volontaire ou automatique de l'option (*infra*, n° 268, 340 et 342).

## ***B Les limites externes***

257. Les limites externes au principe d'autonomie de la volonté déterminent, au regard des principes de proximité et de justice, les limites au libre choix de la loi qui régira le statut personnel et les critères d'acceptation ou de rejet du contenu de cette loi (*supra*, n° 93). Il s'agit des normes impératives, de l'ordre public et de la fraude.

### ***1) Les lois impératives***

258. Compte tenu de la limitation de l'option à la loi ou aux lois nationales, d'une part, à la loi ou aux lois de résidence habituelle, d'autre part, le principe de proximité impose l'examen des normes impératives de deux catégories de lois seulement: celle de la loi ou des lois qui n'ont pas été désignées, et celle de la *lex fori*. La limitation pragmatique de l'option écarte l'hypothèse de la concentration de l'ensemble des éléments du rapport personnel autres que le choix, sur le territoire d'un Etat (Convention de Rome, article 3, alinéa 3) ainsi que l'hypothèse d'un Etat, autre que celui avec lequel le rapport personnel aurait des liens étroits (Rome, article 7, alinéa 1). L'application des normes impératives

---

<sup>806</sup> PATOCCHI P.M., p. 308, à propos du dépeçage: «cette solution ne semble pas devoir être préconisée dans tous les domaines».

d'une loi non choisie est facultative. Laissée à la discrétion du magistrat, elle devrait être limitée au cas où la loi écartée présente avec le rapport de vie des liens *manifestement* plus étroits, que la loi choisie.

Le statut personnel étant régi par de nombreuses dispositions impératives, il arrivera, plus fréquemment encore qu'en matière contractuelle, que les dispositions impératives de la *lex fori* ou d'une autre loi non désignée entrent en conflit avec les dispositions impératives de la loi choisie. Dans ce cas, les dispositions impératives de la loi choisie doivent l'emporter. Le système de l'option impose aux personnes de se soumettre à la loi désignée. Ce faisant, elles se soumettent aux normes impératives de l'ordre juridique présumé le plus proche. Celles-ci ne pourraient être écartées que par la notion d'ordre public ou de fraude (Annexe 1, article 7).

## 2) L'ordre public

259. L'ordre public est une version plus ancienne de «soupape de sécurité»<sup>807</sup> que la clause échappatoire.

L'application de l'exception d'ordre public du for ou de la loi non désignée doit être limitée aux cas d'incompatibilité manifeste avec une disposition de la loi personnelle désignée. Comme pour les normes impératives, l'application de l'ordre public de l'ordre juridique non désigné doit être limitée au cas où cet ordre juridique présente manifestement des liens plus étroits avec la situation. Les principes défendus par cet ordre public sont limités puisque, par hypothèse, ils ne se retrouveraient ni dans la loi choisie, ni dans la *lex fori*, dont il pourrait être fait usage. L'ordre public «véritablement international» s'intégrera aisément dans l'ordre public de la *lex fori* (Annexe 1, article 7).

## 3) La fraude

260. Le risque de fraude à la loi est fréquemment avancé à l'encontre du principe d'autonomie, spécialement s'il s'applique

---

<sup>807</sup> Sur l'usage de cette expression, voy. dans l'ordre chronologique: JITTA J., 1890, p. 8; WENGLER W., 1952, p. 48; HAMBRO E., 1962, p. 59; VITTA E., 1979, p. 66; MOSCONI F., 1989, p. 20.

au statut personnel <sup>808</sup>. Le risque de fraude existe dans des systèmes autres que celui de l'autonomie: changements de nationalité <sup>809</sup>, de domicile, de *lex loci celebrationis* <sup>810</sup>. Si le risque ne doit pas être exagéré dans l'absolu, compte tenu de la tendance des parties à choisir une loi ayant un lien étroit avec leur situation <sup>811</sup>, il est encore moins grand dans le cadre de la *professio iuris* compte tenu de la limitation du choix.

Il ne faut pas confondre la fraude à la loi avec la non-application de dispositions impératives de la *lex fori* résultant du choix d'une autre loi. Dans ce cas, les limites externes tirées de l'impérativité de dispositions de la *lex fori* ou de la loi non choisie s'appliquent. La seule vraie fraude est la fausse vérité, celle qui non seulement «confère à la situation privée une localisation artificielle afin de la soustraire à l'application normale des règles de conflit de lois du for» <sup>812</sup>, mais qui le fait à un point tel que la loi normalement applicable n'aurait plus aucune proximité justifiant l'intervention de ses dispositions impératives ou de son ordre public.

261. Un jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles définit la fraude comme suit:

«des contractants peuvent, volontairement, dans le but d'écartier les lois auxquelles ils ne désirent pas soumettre leur contrat, au sens le plus large, choisir la loi applicable grâce aux éléments d'extranéité qu'ils ont créés, la seule condition étant qu'ils n'utilisent pas la tromperie, qu'ils créent des éléments d'extranéité réels et invoquent pour user de leur liberté des vérités et non des mensonges et ne tirent pas argument d'éléments d'extranéité simulés» <sup>813</sup>

<sup>808</sup> BOULANGER F., in «Le divorce en d.i.p.», Trav. Institut de Droit comparé, 1980, p. 117.

<sup>809</sup> Cass. Fr., 18 mars 1878, aff. de *Bauffremont*, S. 1878, 1, 193, et C.I.J., 6 avril 1955, aff. *Nottebohm*, Rec., 1955, p. 5, *supra*, n° 175.

<sup>810</sup> Voy. *Restatement 2d*, § 283 (2), qui écarte la validité du contrat de mariage selon la *lex loci celebrationis* si cela violait «the strong public policy of another state which had the most significant relationship to the spouses and the marriage at the time of the marriage»; *adde*: PALSSON L., *Int'l. Encycl.*, n° 60, et «Marriage», p. 19.

<sup>811</sup> LALIVE P., in *Annuaire I.D.I.*, session du Caire, vol. 62, I, 1987, p. 158. *Adde, supra*, note 288.

<sup>812</sup> RIGAUX F., t. I, p. 366, n° 543; VON OVERBECK A.E., «Questions générales...», p. 209. Le § 8 du décret-loi n° 13/1979 sur le droit international privé hongrois selon lequel, en cas de rattachement frauduleux par création ou simulation d'un élément étranger, «il faut appliquer la loi normalement applicable en vertu du présent décret-loi» (reproduit et commenté, *supra*, note 290).

<sup>813</sup> Civ. Bruxelles, 12e Ch., 15 mars 1988, *R.T.D.F.*, 1990, p. 376.

L'affaire est intéressante à deux titres. D'une part, quoi que long et peu précis, l'attendu relève les éléments importants d'une définition correcte de la fraude refusant d'y assimiler la seule création d'éléments d'extranéité. D'autre part, et peut-être surtout, le tribunal tient ce langage à propos d'un divorce. Voici les faits: la femme de nationalité belge a épousé un ressortissant colombien en Belgique en 1974. Les époux se sont installés en Colombie jusqu'en 1984, date de leur séparation. Le 16 janvier 1987, ils obtiennent un jugement du Tribunal de première instance de Santiago (République de Saint Domingue) autorisant le divorce par consentement mutuel. La procédure fut menée par un mandataire commun sans que les époux ne comparaissent et ne disposent, à aucun moment, d'une résidence en République de Saint Domingue. L'officier de l'état civil belge refusant la transcription du divorce, l'ex-épouse l'assigne en reconnaissance de plein droit de ce jugement. Le tribunal fera droit à la demande<sup>814</sup>. L'attendu relatif à la fraude à la loi s'inscrit dans l'examen de la non-contrariété de la décision autorisant le divorce par consentement mutuel avec l'ordre public international, conformément à l'article 570, 1° du Code judiciaire. L'aspect contractuel attribué à la démarche des époux est probablement influencé par le consentement mutuel qui préside au divorce. L'accord des époux eût toutefois pu se limiter, pour tout divorce, à une élection de for et de droit sans que la qualification contractuelle ne doive être modifiée. L'attendu suivant, qui précède l'examen de la non-contrariété à l'ordre public du droit appliqué, montre bien que la qualification contractuelle porte sur l'élection de for qui serait ainsi admise dans une matière de statut personnel, étant certain qu'elle a une incidence directe sur la loi applicable:

«il ne paraît pas y avoir extranéité objectivement simulée en faisant élection de domicile dans un pays déterminé pour y jouir d'une législation plus souple sur le plan procédural».

Si la *favor divortii* s'affermir lorsque celui-ci est consenti mutuellement, il est probable également que l'éloignement des époux ayant résidé en Colombie plutôt qu'en Belgique a facilité la reconnaissance de ce divorce exotique.

**262.** Dès l'instant où le principe d'autonomie se limite à l'option entre deux lois, le terrain d'exercice de la fraude se

<sup>814</sup> Civ. Bruxelles, 12e Ch., 24 mai 1988, *R.T.D.F.*, 1990, p. 382.

rétrécit<sup>815</sup>. La seule fraude *stricto sensu* possible consiste en la modification du facteur de nationalité ou, plus facilement, de résidence habituelle, pour rendre applicable une loi qui, au regard des nationalités ou résidences habituelles normales, ne le serait pas. La fraude peut porter tant sur la loi désignée par l'option que sur la loi désignée en vertu de la règle de conflit subsidiaire. Il se peut que cette fraude ait pour conséquence l'application d'une disposition contraire à l'ordre public du for ou de l'autre Etat manifestement plus proche. C'est alors l'effet, non la fraude, qui est sanctionné par l'ordre public. A défaut d'un tel effet, la fraude, si elle est établie, sera considérée à partir du principe de justice: elle a porté atteinte à l'égalité entre les membres du groupe social (*supra*, n° 100). Il ne paraît pas abusif d'intégrer le principe de justice au sein de la notion d'ordre public véritablement international. En permettant le choix entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle, le risque de vraie fraude est plus limité qu'en cas de désignation par la règle de conflit d'un seul facteur de rattachement, surtout s'il s'agissait de la résidence habituelle: la fraude serait alors le seul moyen d'obtenir l'application d'une autre loi (Annexe 1, article 8).

### C. *L'expression de la volonté*

#### 1) *Modalités*

263. Il faut tirer les leçons des difficultés rencontrées en jurisprudence par la recherche de volontés hypothétiques, volontés tacites, volontés présumées. Le principe d'autonomie a été justement critiqué pour ces motifs. L'erreur fut sa condamnation. Ce n'est pas son application incorrecte ou abusive qui doit entraîner sa disparition. Au contraire, limitée verticalement dans ses excès, l'autonomie de la volonté peut s'étendre horizontalement en d'autres matières comme le statut personnel.

«L'inconvénient du rattachement selon l'autonomie de la volonté est, on le sait, qu'à défaut d'une détermination expresse par les parties du droit applicable, il faut rechercher leur volonté "tacite", laquelle

<sup>815</sup> CURTI-GIALDINO A., p. 895, citant W. HAUBEK, in *Die Bedeutung des Parteiwillens in internationalen Privatrecht*, Berlin, 1931.

est fort incertaine, si même il peut être question de "rechercher" et non plutôt de présumer fictivement cette volonté» 816

Wengler a raison, mais l'inconvénient n'est pas inhérent au principe d'autonomie. Il résulte de ses modalités d'application. La limitation à la volonté expresse écarte l'objection.

Au XIX<sup>e</sup> siècle, Laurent déplore que «cette mesure de prudence» qui consiste à exprimer explicitement la loi applicable au contrat ne soit «pas encore entrée dans les mœurs» 817; alors que Weiss propose d'imposer aux futurs époux une déclaration devant l'officier de l'état civil désignant la loi qui réglera les effets pécuniers de leur mariage 818. L'accent est ainsi mis sur le rôle des autorités publiques. Rien ne permet d'imposer un choix aux parties. La règle de conflit de lois subsidiaire supplée au défaut de choix. Rien n'empêche, par contre, d'obliger les autorités publiques concernées d'attirer l'attention des parties sur la possibilité de ce choix. La suggestion a déjà été formulée pour les officiers de l'état civil 819, pour les notaires 820 et pour les

---

816 WENGLER W., «Principes généraux», p. 54; *adde*: CALEB M., p. 443.

817 LAURENT F., t. II, p. 386, cité par RANOUIL, p. 31.

818 WEISS A., t. III, p. 643.

819 ZAHOUANE H., pour l'Algérie: «Les officiers de l'état civil devraient avoir pour obligation, à chaque fois d'informer les futurs époux de cette possibilité d'opter pour l'un ou l'autre régime et d'expliquer les implications aux futurs époux», in *Algérie Actualités*, du 17 au 2<sup>e</sup> mai 1990, cité par SAADI N., p. 74.

820 RIGAUX F., in «Préface» au *Livre bleu du Notariat Latin*, 7<sup>e</sup> Congrès sur «Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé», Bruxelles, 1963, p. 8: «Les autorités publiques... ne pourraient-elles se voir confier la mission d'inviter les parties à faire des options réfléchies quant au choix de la loi applicable, dès que la situation juridique qui leur est soumise présente un élément d'extranéité», et Conférence de La Haye, 13<sup>e</sup> session, 1976, II, 326; PALSSON L., «Rules...», p. 402. La même proposition a été faite lors des projets de codification du droit international privé français: LOUIS-LUCAS P., «Le colloque des 20 et 21 mai 1955 sur la codification du droit international privé français», *R.C.D.I.P.*, 1956, p. 405.

magistrats <sup>821</sup>. L'article 64, alinéa 3 du Code de la Principauté de Monaco a prévu ce type de mesure en matière de régime matrimonial:

«Au cas où les époux seront étrangers et déclareront n'avoir pas fait de contrat de mariage, l'officier de l'état civil leur demandera s'ils entendent se soumettre au régime légal du pays auquel appartient le futur époux ou au régime légal monégasque» <sup>822</sup>.

Le rôle de l'officier de l'état civil (naissance, mariage...), du notaire (mariage, adoption, divorce, succession), du juge (effets du mariage, adoption, divorce) se précisera dans les différentes matières. Une disposition générale peut leur donner pour mission d'informer les parties.

**264.** L'importance de l'acte pour les intéressés et les tiers incite à l'obligation de consigner le choix dans un acte public: devant notaire, officier de l'état civil, magistrat. Cet acte serait communiqué au registre national et à l'Office des étrangers, par extrait mentionnant la loi choisie. Cette mention figurerait sur tout certificat d'identification (carte d'identité, certificat de séjour,

<sup>821</sup> STOJANOVIC S., in «Le divorce en droit international privé...», Travaux de l'Institut de Droit comparé, 1980, dans le débat sur le projet suisse, demande si le juge doit avertir les époux de la possibilité de choisir la loi applicable au divorce. BUCHER répond que rien n'est prévu mais que le juge peut le faire. Cette possibilité de choix était rédigée comme suit à l'article 60, 3) du projet:

«3) Lorsque les époux n'ont ni leur domicile dans le même pays, ni une nationalité commune, la loi suisse régit le divorce et la séparation de corps. Si les deux époux le demandent la loi du domicile ou du pays d'origine de l'un d'eux s'applique».

Le rapport des experts portait: «Cette mini-élection de droit doit permettre aux époux de désigner eux-mêmes la loi qui leur est la plus proche, dans les cas où les points de rattachements objectifs n'apportent aucun élément concluant. Certes, on ne peut exclure que les époux ne choisissent, dans le cadre qui leur est prescrit, la loi qui leur est la plus favorable. Toutefois ce risque apparaît bien moins grand que les dangers liés à un rattachement objectif qui apparaît forcément arbitraire».

Cette possibilité a été supprimée au bénéfice de la *lex fori*, L.S.D.I.P., art. 61.

<sup>822</sup> AUREGLIA L., REY J.Ch., FRANÇOIS N., in *Jurisclasseur de droit comparé*, V° Monaco, n° 364; VON OVERBECK A., «*La professio iuris*», p. 1091; GAUDEMET-TALLON H., «Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, tendances actuelles en droit comparé», *Travaux du Comité français de droit international privé*, C.N.R.S., 1969-1971, p. 208. Dans la même optique, mais dans un cadre limité au droit interne, l'article 488 du nouveau Code suisse de la famille (*J.O.*, 1er août 1987) prévoit que «l'officier de l'état civil avertit [les époux] du choix qu'ils peuvent faire entre les trois régimes matrimoniaux organisés par la loi» et précise aux alinéas 2 et 3 que «afin de permettre aux époux et aux futurs époux de réfléchir sur le régime à choisir, l'officier de l'état civil expliquera les régimes matrimoniaux au moment de la publication des bans...» et que «au moment de la célébration du mariage ou de l'enregistrement de celui-ci, l'officier de l'état civil leur demandera de fixer leur choix. Il actera leur réponse ou leur manque de réponse dans l'acte de mariage».

de résidence, de domicile, de population, des étrangers, passeport...). Une rubrique «Statut personnel» mentionnerait, pour être concret, la loi applicable, par exemple loi belge, loi marocaine. Ces mentions seraient modifiées sur les documents délivrés en suite d'une modification de la nationalité ou de la résidence habituelle. A l'heure des discussions sur le contenu des données devant figurer au registre national, cette mention loin de porter atteinte à la vie privée en comparaison de mentions «célibataire, marié» permet à la fois une gestion efficace du statut personnel et sa publicité par un document faisant preuve réfragable sur production de l'acte original. La mutabilité de l'option, limitée par la procédure à laquelle toute modification est soumise (*infra*, n° 270), n'en ferait pas une charge administrative plus lourde que les modifications d'état civil ou de domicile, actuellement portées sur ces documents, avec l'aide de l'informatique.

265. Ce choix doit-il être exprès dans le chef de toutes les parties en cause? La question pourrait se poser dans le cadre d'une procédure introduite sur base d'une législation non contestée par l'autre partie. Il est opportun de permettre l'approbation tacite d'un choix exprès même si celui-ci est formulé indirectement par les dispositions d'un contrat ou par les termes d'une procédure. C'est la pratique actuelle fondée sur le principe dispositif (*supra*, n° 121 et 243). C'est ce que prévoit la loi néerlandaise, de 1981, sur le divorce international en son article premier, paragraphe 4:

«Nonobstant les alinéas précédents, le droit néerlandais est appliqué si les parties optent conjointement pour ce droit ou si une telle option, par une des parties, n'a pas été contestée»<sup>823</sup>.

---

<sup>823</sup> Loi du 25 mars 1981 portant Règlement des conflits de lois en matière de dissolution du mariage et de séparation de corps, et de la reconnaissance de celles-ci, en rapport avec la ratification des Conventions de Luxembourg et de La Haye sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal et sur la reconnaissance des divorces et séparations de corps. *Staatsblad*, 1981, n° 166, trad. fr., *R.C.D.I.P.*, 1981, p. 809, note VAN ROOIJ R., «Selon le commentaire du ministre, cette clause s'applique même si l'autre partie fait défaut». La jurisprudence a suivi cette déclaration. Voy. pour le cas d'un Néerlandais introduisant une procédure en divorce contre son épouse américaine sans résidence ni domicile connu, l'application du droit néerlandais, le défaut de l'épouse équivalent à une acceptation de l'élection de droit: R.B. Roermond, 11 août 1988, *N.I.P.R.*, 1989/2, 232; «Eiser heeft zelf aangegeven dat de vermogensrechtelijke verhouding van partijen aan het Nederlandse recht onderworpen is, het geen eveneens door gedaagde onweersproken is gebleven zodat op die verhouding genoemd recht van toepassing is». Cette position serait contraire au principe général de droit judiciaire belge, qui veut que le défaillant est présumé contester l'ensemble des

Cette acceptation ne sera certaine que si elle rencontre une affirmation expresse dans un acte où toutes les parties appelées à marquer leur consentement sont présentes. Comme dans toute expression de volonté, le consentement d'une partie doit être libre. Il n'est pas valable s'il est établi qu'il «n'a été donné que par erreur, ou [qu'il] a été extorqué par violence ou surpris par dol» (Code civil, article 1109).

266. Si la loi choisie par les parties leur permet de prendre librement certaines dispositions matérielles, ceci peut, le cas échéant, être fait dans le même acte. Dans cette mesure, il faut étendre au choix exprès, le choix résultant de façon certaine de telles dispositions matérielles, combiné avec l'acceptation tacite<sup>824</sup>. L'hypothèse pourrait se présenter fréquemment en présence d'époux dont l'un serait ressortissant d'un Etat de droit musulman. Le contrat de mariage sur des questions autres que patrimoniales y étant possible, la référence directe à des dispositions de ce droit impliquerait une telle élection de droit<sup>825</sup>. De tels contrats de mariage, larges, existent également en droit américain<sup>826</sup>. Il faudrait en tirer les mêmes conclusions. Un couple belgo-américain vivant à Bruxelles, rédigeant un contrat de mariage de «type américain», marque expressément l'adoption de cette législation. Dans cette hypothèse, en présence d'un Etat fédéral alors qu'il y a option d'une loi «nationale», il faudra avoir égard aux règles de conflit internes générales pour appliquer la loi du domicile, plutôt qu'aux règles de conflits spécifiques à la matière qui, par application de la *lex loci celebrationis*, provoqueraient le renvoi, peu compatible avec le principe d'autonomie<sup>827</sup> (Annexe 1, articles 9, 14 et 15.1).

---

chefs de demande. Ce principe se traduit pour la compétence internationale à l'article 636, al. 3 du Code judiciaire: «L'étranger défaillant est présumé décliner la compétence des tribunaux belges».

<sup>824</sup> Voy. Convention de Rome, art. 3, al. 1, et PALSSON, «Family conflict of laws», p. 403.

<sup>825</sup> SAREHANE F., «Les contrats entre époux en droit international privé marocain», *R.M.D.*, 1985, p. 235; et *supra*, n° 42, 144, 150.

<sup>826</sup> VON OVERBECK A.E., «La *professio iuris*», p. 1091.

<sup>827</sup> GAUDEMET-TALLON H., p. 209; LOUSSOUARN Y., «L'évolution de la règle de conflit de lois», *Travaux du Comité français de droit international privé*, C.N.R.S., 1988, p. 91; CURTI-GIARDINO A., p. 909 qui réserve la volonté contraire des parties.

## 2) *Moment et modifications*

267. Il n'y a pas lieu de fixer de façon générale un point de départ dans le temps pour l'expression de la volonté. Celle-ci pourra en effet intervenir à chaque stade de la vie. La participation obligatoire des officiers publics faciliterait la fixation du moment de l'expression: devant l'officier de l'état civil dans l'acte de naissance, à l'acte de mariage; devant le notaire dans l'acte d'adoption, l'acte de mariage, les conventions préalables à divorce; devant le tribunal lors de toute procédure, notamment en contestation de paternité, annulation de mariage, divorce. Il faut, par contre, fixer un point ultime: devant le tribunal saisi en première instance d'un litige au fond<sup>828</sup>.

268. La question de la mutabilité du choix est liée au moment. Le choix une fois effectué, les intéressés pourraient-ils, dans les mêmes conditions, le revoir? Faut-il, au contraire, s'agissant du statut personnel, rendre ce choix irrévocable par souci de stabilité?<sup>829</sup> Plusieurs arguments plaident en faveur de la mutabilité, outre l'évolution du droit interne en ce sens pour les conventions matrimoniales. Il s'agit d'abord de dégager un principe d'autonomie relativement uniforme dans les différentes matières. Des limitations en vue de son interprétation correcte en matière contractuelle en ont permis l'extension au domaine du statut personnel. Rien ne fonde l'introduction de l'immutabilité du choix de la loi applicable en matière contractuelle. Pensée pour le statut personnel en raison de la sécurité ou de la permanence qui y sont recherchées, l'immutabilité doit s'éclairer des réflexions faites sur la sécurité (*supra*, n° 255). La modification possible ou non de la loi choisie ne multiplie pas les situations boiteuses. Au contraire, elle peut, à temps, corriger cette potentialité. Les parties veillent à leur intérêt. Il n'y a aucune raison de penser qu'elles changeraient de loi tous les ans. Le feraient-elles que le choix reste limité: pour un rapport de vie de couple, deux lois en général, quatre dans l'hypothèse d'école de nationalités et de résidences différentes, chacun résidant dans des Etats distincts de sa nationalité.

---

<sup>828</sup> Voy. en matière contractuelle: T.F. suisse, *Moser c. Tang*, A.T.F., 89, II, p. 214; *Clunet*, 1965, p. 939.

<sup>829</sup> En ce sens pour l'autonomie dans des matières autres que contractuelles: PATOCCHI P.M., p. 307; *Annuaire I.D.I.*, session du Caire, vol. 62, I, 1987, p. 141, la question est posée par JAYME comme exemple de difficulté technique mais ne sera pas approfondie.

269. Par contre, le changement du facteur de rattachement, de la nationalité ou, plus fréquemment, de la résidence habituelle, peut modifier, non pas la règle de conflit dans l'hypothèse de son uniformité, mais le droit matériel applicable. Le conflit mobile est résolu ou bien par le maintien de la loi désignée antérieurement<sup>830</sup> ou bien par l'application de la nouvelle loi aux effets futurs<sup>831</sup>. Dans les deux cas, il est opportun de permettre aux intéressés de revoir leur choix. Le second cas paraît devoir être retenu pour la solution du conflit mobile: le choix de principe qui s'est porté sur la nationalité ou sur la résidence habituelle doit demeurer et suivre la modification de ces éléments de faits. Il est toutefois normal de permettre à l'intéressé qui considère n'avoir pas de liens suffisamment étroits avec sa nouvelle résidence habituelle de modifier son option en faveur de sa loi nationale. La même réflexion s'impose du point de vue de la sociologie des migrations. L'immutabilité de l'option néglige la souplesse recherchée. La mutabilité permet l'«insertion graduelle» du migrant (*supra*, n° 231). Ayant opté, dans un premier temps, pour sa loi nationale, il peut ultérieurement, en suite de son évolution personnelle et sociale, choisir la loi de sa résidence habituelle. C'est l'argument principal en faveur de la mutabilité de l'option de droit.

270. Afin d'éviter des changements multiples ou abusifs, la *modification* est soumise à une procédure judiciaire en homologation. Simplifiée en la forme, cette procédure de type gracieux permet à un Tribunal de première instance la vérification de la volonté réelle de modification, de l'accord de toutes les parties intéressées et de la réalité du facteur de rattachement choisi. Par la même occasion, la fraude est limitée, au moins au moment du nouveau choix. Le dispositif du jugement homologuant le choix nouveau est inscrit en marge de l'acte de modification et de l'acte d'option précédent (Annexe 1, articles 11 et 12).

---

<sup>830</sup> Solution retenue par VON OVERBECK comme conforme au principe d'autonomie, in «*La professio iuris*», 1198.

<sup>831</sup> Solution générale de l'Ö-IPR-G (Autriche) de 1978, § 7, «Le changement ultérieur des conditions commandant le rattachement à un ordre juridique donné est sans influence sur les faits déjà accomplis». *Adde: infra*, n° 342 ss.

## Chapitre II. L'APPLICATION PRATIQUE

271. Une théorie doit être confrontée aux hypothèses pratiques. Sans prétendre rencontrer sous toutes leurs faces les multiples cas possibles, ce chapitre applique l'autonomie de la volonté aux différentes matières du statut personnel. La segmentation du statut personnel permet une approche plus directe, à l'image de la démarche du praticien. Elle permet également d'apporter des adaptations à la théorie générale en fonction des nécessités pratiques. La division reprend les quatre grandes étapes de la vie: la naissance (filialité, nationalité, nom, capacité) (section 1), la vie commune (mariage, union libre) (section 2), les enfants (section 3) et le décès (section 4). A des degrés divers, selon les matières, la prospective peut s'enrichir d'applications contemporaines tantôt de façon directe, tantôt de façon indirecte. Ces éléments comparatifs sont rejetés en annexe pour alléger le texte centré sur l'étude prospective. Un tableau récapitulatif en propose un résumé (Annexe 2). Si la réflexion tend à une certaine généralité, elle doit se situer dans le cadre d'un ordre juridique existant. C'est ici le droit belge.

### Section 1. La personne

#### § 1. La loi personnelle à la naissance

272. Au moment de la naissance, la question de la détermination de la loi personnelle de l'enfant, qui régira son statut du même nom, se pose pour la première fois. Lorsque, selon le cas le plus fréquent, la naissance intervient dans l'Etat du lieu de résidence habituelle et de nationalité des parents, une seule loi personnelle est possible: la *lex loci*. Aucune question ne se pose. Pour le principe et son évolution, il convient de préciser que c'est au titre de loi du lieu de résidence habituelle de l'enfant qu'elle s'applique. La difficulté s'introduit avec un élément d'extranéité: nationalité ou résidence habituelle étrangère des parents présumés. Le principe dégagé tendrait pour la détermination de la loi personnelle de l'enfant, à permettre le choix entre sa loi nationale ou la loi de sa résidence habituelle. Ce principe pose deux types de questions: de forme et de fond.

273. Quant à la forme, comment le choix va-t-il être acté? La généralisation d'un acte public constatant la naissance par déclaration facilite la formalité. La loi personnelle choisie pour l'enfant figurera à l'acte de naissance avec les autres indications. Il est aisé d'imposer à l'officier de l'état civil de poser cette question et d'inscrire la réponse au même titre que les indications pratiques de lieu, date ou autre élément de la naissance. Le défaut d'option serait consigné dans l'acte, suscitant le jeu de la règle de conflit subsidiaire: application de la loi de la résidence habituelle.

274. Quant au fond, deux questions se posent:

1. Qui fait le choix et, partant, la déclaration?
2. Comment les facteurs de nationalité et de résidence habituelle de l'enfant sont-ils fixés?

La première question dépend de l'existence d'un ou de deux parents. Lorsque les deux parents présumés sont connus, la déclaration d'option doit être faite par les deux, soit conjointement, soit séparément. Dans ce dernier cas, un parent confirme ou infirme le choix déjà effectué par l'autre. Si, par contre, le père est inconnu, il faut permettre à la mère d'opter seule. Ne pas le faire établirait une inégalité entre les enfants. L'option de la mère sera confirmée, infirmée ou modifiée lors de l'établissement ultérieur éventuel d'une paternité<sup>832</sup>. Il en va de même en cas de rectification de la paternité.

La deuxième question examine comment fixer les deux facteurs présidant à l'option: la nationalité et la résidence habituelle de l'enfant. La détermination de la résidence habituelle est une question de fait qui doit être résolue selon le principe général: est retenue la résidence habituelle la plus proche dans le temps, celle où l'enfant va habiter dès après la naissance.

<sup>832</sup> Le principe *mater semper certa est* n'étant jamais transposable au père, la logique voudrait que, même en présence d'un père, seule la mère exerce l'option, donne son nom à l'enfant, etc. Cette simplicité se heurte au principe d'égalité entre les deux parents qui, bien que négligé antérieurement, serait vraisemblablement défendu par les hommes. Voy. toutefois l'art. 311-14 du Code civil français (1972) qui introduit l'inégalité par référence à la loi personnelle de la mère pour la filiation légitime. L'art. 20 du E.G.B.G.B. introduit l'égalité au sein des lois nationales pour la filiation d'un enfant naturel qui est régie, en principe, par la loi de l'Etat dont la mère est ressortissante au moment de la naissance de l'enfant, en ajoutant que «la paternité peut aussi être établie selon la loi de l'Etat dont le père est ressortissant au moment de la naissance ou selon la loi de la résidence habituelle de l'enfant». *Adde*: Annexe 2, A.

Normalement commune à l'ensemble de la cellule familiale, il se peut toutefois que la résidence habituelle de l'enfant ne soit partagée que par l'un des deux auteurs, voire différente de la résidence habituelle des deux parents en cas d'abandon de l'enfant. C'est bien la résidence habituelle réelle de l'enfant, non des parents, dont le lien de parenté peut au demeurant encore être contesté, qui doit être prise en compte. La détermination de la nationalité, second facteur de l'option, soulève des questions préalables. Les nationalités possibles sont celle de l'Etat du lieu de naissance ou celle du ou des Etats dont les parents sont nationaux. La première hypothèse impose la vérification de l'attribution de la nationalité *iure soli* dans le code de la nationalité de l'Etat du lieu de naissance. Elle doit parfois se combiner avec la seconde lorsque la nationalité *iure soli* est attribuée moyennant certaines conditions de filiation. La deuxième hypothèse impose la vérification de l'attribution de la nationalité *iure sanguinis* dans le code de la nationalité du ou des Etats dont les parents sont nationaux. Pour cela, la parenté doit être établie. C'est la question préalable de la filiation (*infra* n° 276 ss.).

275. Avant d'examiner la filiation, il convient de rendre compte d'une autre solution possible à la naissance. Elle considère l'enfant de façon autonome dès la naissance et ne fait pas dépendre sa loi personnelle d'un choix par les parents au moment de la naissance. Dans l'attente d'une option à l'âge de sa majorité, l'enfant est alors régi d'office par la loi de sa résidence habituelle. La solution a le mérite de la simplicité. Elle comporte un aspect substantiel non négligeable en forçant l'intégration. Les retours à la loi nationale seront rares. Par contre, par l'option, les parents peuvent aussi choisir l'intégration pour leurs enfants en optant pour la loi de la résidence habituelle, plutôt que pour la loi nationale. Volontaire, en tout cas dans le chef des parents, cette intégration a plus de chance d'effectivité lorsque des décisions de socialisation comme la scolarité devront être prises pour l'enfant, particulièrement pour la fille, dans le cadre d'une immigration empreinte de patriarcat. Juridiquement, le rattachement d'office de l'enfant à la loi de la résidence habituelle réduit, sans motif légitime, l'autorité parentale d'un aspect important qui lui est

adjoind par le principe d'autonomie<sup>833</sup>. Jusqu'à l'âge de la majorité, la loi personnelle de l'enfant pourra être fixée par les parents et éventuellement revue par acte homologué par le tribunal. A sa majorité, fixée par cette loi, le jeune conservera sa loi personnelle ou modifiera l'option. Bien que plus complexe, la solution appliquant le principe d'autonomie dès la naissance l'emporte par son caractère facultatif: la loi de la résidence habituelle demeure la règle subsidiaire à défaut de choix aux différents stades.

## § 2. La filiation

276. La question doit être traitée séparément pour une raison de droit et de fait. La raison de droit est l'impossibilité d'y appliquer la loi personnelle de l'enfant qui est, par hypothèse, encore *in nascendo*, contrairement à l'enfant lui-même. En effet, ce n'est qu'une fois la filiation établie que les parents pourront, par l'option, déterminer la loi personnelle de leur enfant. La raison de fait est que le rapport de vie qui préside à l'établissement du lien de filiation n'a pas son siège chez l'enfant, mais chez les parents, dans la relation qui a conçu l'enfant. C'est donc la loi personnelle des parents qui doit établir le lien de filiation. Cette loi personnelle est elle-même soumise au principe d'autonomie par option entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle. L'établissement de la filiation au moment de la naissance (A) est distincte de son établissement ou de sa modification ultérieure (B).

---

<sup>833</sup> Déjà actuellement, le Code de la Nationalité Belge permet au parent étranger, lui-même né en Belgique, de faire une déclaration avant que l'enfant n'atteigne l'âge de 12 ans, pour que celui-ci bénéficie de la nationalité belge (article 9). Le projet de modification du Code prévoit cette même déclaration par le parent étranger résidant en Belgique depuis dix ans (*supra*, n° 176). Cette autorité parentale se lit également, en matière d'instruction, à l'article 2 du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: «L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques».

### A. *Au moment de la naissance*

277. Il y a trois possibilités dont, actuellement, le degré de probabilité va croissant: soit la mère seule est connue (1), soit les parents présumés ne sont pas mariés (2), soit les parents présumés sont mariés (3).

#### 1) *Mère célibataire*

278. Le principe *mater semper certa est* privilégie l'hypothèse selon laquelle seul le père peut être inconnu. C'est négliger à la fois le cas de l'enfant trouvé et les progrès de la science. Le cas de l'enfant trouvé limitera l'option à la loi de sa résidence habituelle et de la nationalité *iure soli* si la loi de l'Etat où il est trouvé le prévoit. Identiques en principe, ces deux lois pourraient différer par déplacement immédiat de l'enfant. La science relativise la certitude de la mère par les techniques de fécondation *in vitro* et de mère porteuse. En réalité, l'enfant, à ce jour, étant toujours rattaché physiquement à la femme qui en a accouché, la question est davantage celle d'une contestation ultérieure de la filiation maternelle que de l'incertitude de la mère à la naissance (*infra* n° 282 ss.)<sup>834</sup>. La mère étant connue, c'est sa loi personnelle qui établira le lien de filiation. Cette loi personnelle peut résulter d'une option ou d'un défaut d'option antérieur ou d'une option nouvelle à l'occasion du nouveau rapport de vie suscité par la naissance. Le principe de la mutabilité est respecté. La mention de la loi personnelle de la mère, comme celle des deux parents, figurera utilement dans l'acte de naissance, étant un acte public, par une mention du type: «née de Madame X., de statut personnel A», selon mention qui figurerait au document d'identité ou «de statut personnel A selon option faite par l'intéressée devant nous pour sa loi nationale, ou pour la loi de sa résidence habituelle». Dans ce cas, la nouvelle option devra être homologuée par le tribunal (*supra* n° 270). En toute hypothèse, quelle que soit la loi personnelle de la mère, toutes les législations établissent le lien de filiation entre la mère et l'enfant. La question est de savoir si le lien de filiation ainsi précisé permet à la mère de transmettre sa nationalité à l'enfant. Ce

---

<sup>834</sup> Certains pays connaissent toutefois la possibilité d'accoucher dans l'anonymat (France).

n'est pas la même loi personnelle qui déterminera nécessairement le lien de filiation et la transmission de la nationalité. La filiation pourrait être établie par la loi de résidence habituelle de la mère, au titre de loi personnelle choisie ou subsidiaire à défaut d'option, alors que la nationalité sera établie au regard de la loi nationale de la mère. La transmission de la nationalité *iure sanguinis* est déterminée uniquement par la loi dont la nationalité est visée. Ce faisant, on n'opère pas un glissement du principe d'autonomie au principe de nationalité mais du privé au public. C'est la nationalité d'un Etat, dont les conditions sont souverainement déterminées par la loi de cet Etat, qui est en cause. Le principe n'est autre que celui de l'article 1er de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité. Si la mère est multipatride, la vérification se fait au regard de chaque code de la nationalité concerné. Si plusieurs nationalités sont transmises à l'enfant, l'option retenant la loi nationale comme loi personnelle de l'enfant devra se préciser dans une deuxième option en faveur de l'une des lois nationales.

## 2) Couple non marié

279. Si l'union libre est érigée en matière indépendante au sein du statut personnel, elle peut faire l'objet d'une option de droit entre les partenaires déterminant la loi personnelle applicable aux effets de leur union (*infra* n° 358). Si tel est le cas, sauf option nouvelle des parents inscrite à l'acte de naissance et homologation, c'est cette loi personnelle applicable aux effets de l'union libre qui déterminera le lien de filiation. Cette loi personnelle est mentionnée dans l'acte de naissance avec référence à l'acte public ayant enregistré l'option. Si la filiation est établie à l'égard des deux parents, leurs lois nationales détermineront la nationalité ou les nationalités transmises à l'enfant par filiation. Comme dans la première hypothèse, un double choix devra éventuellement s'opérer entre la loi de la résidence habituelle et les lois nationales de l'enfant d'une part, entre ces dernières d'autre part. Si la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent, le processus est identique à celui de la première hypothèse. Le défaut d'option en faveur d'une loi personnelle aux effets de l'union libre n'implique pas nécessairement l'inexistence d'une loi personnelle propre à cette union. Si l'union libre est érigée en matière propre, comme le

mariage, la règle de conflit subsidiaire s'y applique. A défaut de choix, c'est la loi commune de résidence habituelle la plus proche dans le temps qui détermine les effets de l'union. S'il n'y a pas eu de loi commune de résidence habituelle, la loi personnelle de chaque parent, résultant ou non d'une option, détermine séparément son lien de parenté avec l'enfant. En fonction de l'établissement ou non d'un lien de filiation, la transmission de nationalité est ou non examinée.

### 3) Couple marié

280. Erigés en matière spécifique du statut personnel, les effets du mariage, dont la filiation peut faire partie, sont régis par une loi personnelle propre (*infra*, n° 330 ss.). Cette loi, mentionnée dans l'acte de naissance, déterminera le lien de filiation. Contrairement à l'union libre, en l'état actuel des droits matériels, quelle que soit la loi appliquée aux effets personnels du mariage, elle retiendra toujours une présomption de paternité, si la naissance intervient dans certains délais, en manière telle que la filiation sera généralement établie à l'égard des deux parents. La nationalité sera déterminée par la loi nationale de chacun des parents. Si le couple marié vit séparément ou est en instance de divorce, c'est la loi personnelle des effets du mariage qui déterminera si la présomption de paternité est maintenue. Celle-ci pourra éventuellement être contestée par application d'une autre loi (*infra* n° 286 ss.).

### B. Après la naissance

281. Après la naissance, un lien de filiation établi peut être contesté et remplacé ou non par un autre; un lien non encore établi peut l'être. C'est distinguer la contestation, la reconnaissance et la recherche de filiation. En raison du facteur temps, deux points diffèrent de la situation au moment de la naissance. D'une part, alors que, par hypothèse, l'enfant n'avait pas encore de loi personnelle, jusqu'à la constatation d'une option ou de son défaut, actuellement, il en a une. Cette loi personnelle de l'enfant entre dans le cadre relationnel examiné. Il ne s'agit plus de préciser la filiation à titre de question préalable à la détermination de la nationalité, lorsque celle-ci sert de facteur

d'option pour le choix de la loi personnelle de l'enfant à la naissance. Il s'agit d'examiner la loi qui régira ces modifications de la filiation. Celles-ci pourront avoir une incidence sur la nationalité de l'intéressé. D'autre part, le temps introduit le conflit mobile: le facteur de rattachement doit-il être concrétisé au moment de la naissance ou au moment de l'examen de la contestation, de la reconnaissance ou de la recherche de filiation? Le principe général retenu invite à se reporter au moment de la situation examinée (*supra* n° 253), c'est à dire au moment de la naissance. L'objectif matériel d'établissement du lien de filiation pourrait en pâtir. La souplesse des principes de proximité et d'autonomie devrait permettre d'intégrer la possibilité de se référer, en cas de procédure, à la résidence habituelle ou à la nationalité au moment de l'introduction du procès «si un intérêt prépondérant de l'enfant l'exige»<sup>835</sup>. Comme au moment de la naissance, l'exposé gagne en clarté en distinguant les trois hypothèses: femmes célibataires (a), couple non marié (b), couple marié (c), au sein de chaque aspect nouveau de la filiation.

### 1) Contestation de filiation

#### a) Mère célibataire

282. Visant généralement la filiation paternelle, la contestation était traditionnellement réservée au père par l'action en désaveu de paternité. Plusieurs législations l'ont ouverte à la mère. La procédure en contestation devrait être ouverte non seulement aux auteurs de la contestation, mais aussi aux auteurs (parents) contestés. La contestation de maternité rencontre le problème de droit soulevé par la pratique des mères porteuses qui rend nécessaire une définition de la filiation par référence à la conception ou à la gestation. Il n'est pas certain qu'une décision uniforme puisse trancher entre les différents stades actuellement scindés au sein même de la conception et de la gestation. Le facteur psychologique peut s'ajouter comme

<sup>835</sup> Voy. L.S.D.I.P. (1987), article 87, alinéa 2; article 33, al. 1 du projet italien (Annexe 2, A), qui distingue les lois nationales applicables selon qu'on se place au moment de la naissance (loi nationale de l'enfant) ou de la reconnaissance (loi nationale de l'auteur de la reconnaissance); PALSSON L., «Family conflict of laws», p. 351: en Suède, application de la loi du domicile de l'enfant au moment du procès, car le critère d'environnement social vise le futur et cette loi correspondra plus souvent à la *lex fori*, facilitant les investigations biologiques.

élément déterminant<sup>836</sup>. Même éclairé par des directives, le juge restera probablement l'instance de décision. La contestation de maternité ne doit pas, pour être possible, attendre l'hypothèse de science fiction de l'enfant conçu et mené à terme de façon totalement artificielle, sans gestation dans le ventre d'une femme (sur la jurisprudence française: *infra*, n° 299).

**283.** Quelle loi pourrait régir la contestation de maternité? La procédure pourrait être intentée par la femme qui se prétend la mère de l'enfant ou toute autre personne autorisée à représenter l'enfant dans son intérêt. Faut-il en tenir compte ou n'avoir égard qu'à la relation entre l'enfant et la mère contestée? La question centrale est de savoir si l'on se trouve en présence d'un rapport de vie propre, induisant un statut relationnel indépendant qui peut être fixé à l'aide du principe d'autonomie ou si l'on se trouve simplement en présence d'un conflit de statuts individuels qui doit se résoudre par une application traditionnelle (cumulative, distributive ou alternative) des conflits de lois personnelles. La seule différence réside alors dans le fait que ces lois personnelles ont été fixées à l'aide du principe d'autonomie, qui n'intervient plus dans leur conflit, si ce n'est pour autoriser une modification de chacune. Cette dernière hypothèse rencontre deux objections. D'une part, elle réduit sans motif apparent le champ du principe d'autonomie. D'autre part, elle ne tient pas compte de la segmentation du statut personnel, dont la conséquence est qu'il n'y a plus un statut personnel individuel réglé par une loi individuelle suscitant des conflits de lois personnelles, mais qu'il y a, au sein d'une catégorie générale de statut personnel, des rapports de vie distincts, des statuts relationnels que la jurisprudence tente, déjà actuellement, de cerner séparément. C'est la raison pour laquelle la contestation de maternité visée ici, doit, tout comme les autres rapports de filiation, adoption, mariage, divorce, tenir compte des différents acteurs et leur

---

<sup>836</sup> Ce phénomène n'est que la transposition du débat entre la parenté physique et la parenté psychologique qui, jusqu'à présent, pour des raisons naturelles, s'est concentrée sur l'homme dont la paternité est mise en doute. Dans le film «L'innocente», tiré du roman du même titre de d'ANNUNZIO, VISCONTI montre bien que l'affirmation du mari, futur père sans être l'auteur biologique, selon laquelle «les enfants appartiennent à ceux qui les éduquent», contredit l'ensemble de ses faits et gestes de haine, jusqu'à tuer l'enfant. Sur une étude de droit interne: HIRSOUX E., «La volonté individuelle en matière de filiation», Thèse, C.R. par RUBELLIN-DEVICHI J., in *R.T.D.C. (Fr.)*, 1990, p. 764.

*Adde:* FRYDMA R., «Incidence des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes. Aspects scientifiques», in *Commission nationale consultative des droits de l'homme*, p. 313, et GOBERT M., «Aspects juridiques», *idem*, p. 325.

permettre de dégager une loi propre à régir la situation. Si la femme qui se prétend la mère de l'enfant n'est pas encore partie à la relation de filiation, il ne paraît pas possible de l'écarter comme élément déterminant de la loi applicable à cette contestation. Cela a son importance, s'agissant d'une matière nouvelle, il se peut que les lois nationales et de résidence habituelle de la mère «en titre» et de l'enfant ne permettent pas la contestation de maternité alors qu'une loi nationale ou la loi de la résidence habituelle de la femme qui se prétend la mère de l'enfant le permettent. Deux hypothèses peuvent alors se présenter selon qu'il y ait accord ou non sur la loi applicable. En cas d'accord, les parties peuvent opter pour l'une des lois nationales ou de résidence habituelle en présence. L'accord doit émaner des trois parties: les deux mères et le représentant ad hoc de l'enfant. En pratique, la mère en titre et l'enfant partageront vraisemblablement la même nationalité et la même résidence habituelle. Le choix se limite à ces lois ou aux lois nationales et à la loi de résidence habituelle de la femme qui se prétend la mère. En réalité, ce choix exprimé ou tacite dans le cadre d'une procédure n'est qu'une application du principe dispositif. A défaut d'accord, il est possible qu'existe une loi commune de résidence habituelle aux trois parties, à un moment dans le temps, sinon une résidence habituelle commune (*supra* n° 253). Si ce n'est pas le cas, on se trouve alors en présence d'un vrai conflit de lois personnelles que le tribunal devra trancher en ayant recours aux méthodes traditionnelles, cumulant ou distribuant les lois ou, plus simplement, posant un choix alternatif entre les lois en présence selon le siège de l'intérêt prépondérant, ce qui orienterait vers la loi de la résidence habituelle de l'enfant, probablement la *lex fori*.

284. Voilà une hypothèse théorique qui, au départ d'une relation apparemment simple en présence d'une mère célibataire, se meut en une relation triangulaire complexe. Il ne faut pas en exagérer la difficulté, qui résulte pour partie de sa présentation théorique. Un cas pratique risque de limiter à deux les lois en présence, dont la *lex fori*. Il ne faut pas davantage négliger les différents aspects de cette présentation théorique pour deux motifs. D'une part, l'expérience montre que la pratique peut dépasser en complexité les hypothèses les plus élaborées. D'autre part, la prise en compte des lois de nationalité et de résidence habituelle de la femme qui se prétend la mère de l'enfant peuvent s'avérer, l'une ou l'autre, le seul élément d'extranéité qui permettrait l'application d'un droit matériel

connaissant la procédure en contestation de maternité. Les réserves à l'égard de ce scénario théorique s'atténueront au souvenir des limites extérieures: les dispositions impératives et l'ordre public de la *lex fori* et des autres lois de l'option.

b) *Couple non marié*

285. La loi applicable à l'action en contestation de paternité ou, plus rarement, de maternité au sein du couple non marié dépend de l'existence d'une union libre régulière ou non. Si oui, comme pour la filiation à la naissance, l'union libre pourrait être dégagée comme rapport de vie propre soumis à une loi personnelle propre. La contestation serait alors soumise à la loi régissant, par option ou à titre subsidiaire, les effets de l'union libre. N'est-ce pas une erreur? Si la filiation est un effet de l'union libre, sa contestation l'est-elle? N'est-elle pas au contraire la mise en question de l'union et partant de ses effets? La différence pratique est peu importante. Elle impose un nouveau choix aux parties parmi les mêmes lois auxquelles s'ajoute, éventuellement, une loi nationale de l'enfant distincte (par *ius soli*) ou même une loi de résidence habituelle distincte s'il ne vit avec aucun des deux membres du couple (mais par exemple à l'étranger avec le «vrai» père). L'accord sur une loi applicable, parmi les lois nationales ou de résidence habituelle en présence, lie le juge. Cet accord ne paraîtra pas chimérique aux plaideurs familiers de cette matière. Il n'est qu'une mise en pratique du principe dispositif (*supra*, n° 121), et souvent, la contestation de paternité se poursuit de l'accord de toutes les parties. Du reste, la menace d'une demande d'aliments peut emporter l'adhésion du «faux» père récalcitrant. A défaut d'accord, il est ici plus probable de trouver la résidence habituelle commune aux parties la plus proche dans le temps. Elle déterminera à titre subsidiaire la loi applicable. La loi régissant les effets de l'union libre ayant été écartée, le raisonnement est identique lorsque les partenaires ne forment pas une union vivant sous le même toit. La règle de conflit de loi subsidiaire demeure fonctionnelle en ce cas, dans le sens d'une loi commune de résidence habituelle. A défaut, le jeu traditionnel des conflits de lois personnelles devra s'appliquer. Le tribunal retiendra, généralement, la loi de la résidence habituelle de l'enfant.

*c) Couple marié*

**286.** Pas plus que pour l'union libre, l'action en contestation de paternité ou de maternité ne doit être rangée parmi les effets du mariage. Le scénario est alors identique à celui du couple non marié, les chances de résidence habituelle commune et de nationalité identique étant accrues.

**287.** Une question de procédure pourrait accentuer la complexité de l'hypothèse du couple marié ou non: l'ouverture de la procédure en contestation à l'auteur biologique de l'enfant. Cette hypothèse a été retenue pour la contestation de maternité de la mère célibataire, compte tenu de l'absence d'autre parent. Elle est toutefois aussi raisonnable en présence de l'autre parent. L'auteur biologique n'est-il pas directement intéressé? Certes, dans la plupart des systèmes, l'auteur biologique intervient postérieurement à la contestation, au moment de sa reconnaissance de l'enfant. Rien n'empêche de permettre son intervention comme demandeur dès la contestation et même de fusionner contestation et reconnaissance. De triangulaire, la relation devient carrée. Dans la pratique, ce n'est pas nécessairement plus complexe. De fait, sinon de droit, les parties sont les mêmes et s'accordent fréquemment, dans l'intérêt commun, sur l'établissement de la vérité biologique. L'accord sur une loi, parmi les lois nationales et de résidences habituelles en présence, n'en est que plus probable. Par contre, l'hypothèse augmente les chances de trouver une loi permettant d'établir la vérité biologique. En cela, le principe d'autonomie permet la poursuite d'objectifs substantiels.

*2) Reconnaissance de filiation*

*a) Mère célibataire*

**288.** La reconnaissance de filiation peut être faite soit par la vraie mère après contestation de maternité, soit par le père jusque là inconnu. Dans le premier cas, seules les lois nationales et de résidence habituelle de la mère, auteur de la reconnaissance, et de l'enfant entrent dans l'option. Dans le deuxième cas, aux lois nationales et de résidence habituelle de l'auteur de la reconnaissance et de l'enfant, il faut ajouter, en théorie, celles de la mère. En théorie, car l'utilité est restreinte. D'une part, ces lois

concordent vraisemblablement avec celle de l'enfant, d'autre part, si la mère entend s'opposer à la reconnaissance en se fondant sur l'une de ces lois, un accord sur l'option est peu probable. L'utilité est alors de peser sur le règlement du conflit des lois personnelles, en l'absence d'une loi commune de résidence habituelle ou de permettre inversement, si une des lois de la mère est distincte de celles de l'enfant, une reconnaissance qui y trouve son fondement.

*b) Couple non marié*

**289.** A l'inverse de la contestation, la reconnaissance de filiation peut s'analyser comme la conséquence d'une union libre stable et être soumise à la loi qui en régit les effets. A défaut d'union durable, la reconnaissance sera, comme dans l'hypothèse de la mère célibataire, soumise à l'option ou au règlement de conflit entre les lois nationales et de résidence habituelle des trois parties. A défaut d'accord sur l'option, le tribunal sera vraisemblablement d'autant plus prudent dans la désignation de la loi permettant la reconnaissance que celle-ci ne correspond pas à la création d'une cellule familiale. Elle peut toutefois permettre l'établissement d'une relation entre le père et l'enfant, alors même que la mère l'aurait abandonné.

*c) Couple marié*

**290.** La reconnaissance par un membre extérieur au couple marié, qui suivrait une contestation de filiation, ou la reconnaissance par un des membres du couple, nécessairement le mari, d'un enfant extérieur au mariage, ne sont pas visées ici, rentrant sous l'hypothèse de reconnaissance par l'autre membre du couple non marié. Dans le deuxième cas toutefois, l'épouse pourrait être appelée à donner son consentement sans que cela ne doive interférer sur la loi applicable. L'hypothèse visée ici est celle d'une reconnaissance par mariage ou postérieure au mariage. C'est la notion ancienne de légitimation. Conséquence du mariage, elle sera soumise à la loi qui en régit les effets.

### 3) Recherche de filiation

#### a) Mère célibataire

291. La recherche peut être celle de la «vraie» mère après contestation de maternité établie ou, plus probablement, celle d'un père dès la naissance. Comme pour la reconnaissance, les lois de résidence habituelle et de nationalité de l'enfant, de la mère et du père présumé sont en concurrence. Un accord sur la loi applicable est aléatoire, le père fuyant ses responsabilités par hypothèse. En l'absence vraisemblable de résidence habituelle commune, le conflit des lois personnelles en présence doit être tranché par le juge. Le juge pourrait appliquer la loi personnelle de l'auteur recherché, ce dernier constituant le siège du rapport de vie comme en cas d'établissement d'une filiation à la naissance. Le pouvoir ainsi laissé au juge lui permet de jouer son rôle d'arbitre, adaptant l'objectif matériel au cas d'espèce. Dans les législations contemporaines, l'objectif matériel assez généralisé vise à l'établissement de la vérité biologique. Celle-ci ne coïncide pas toujours avec l'intérêt de l'enfant, qui peut se voir imposer un père qui n'en veut pas ou qui est physiquement démuné<sup>837</sup>.

#### b) Couple non marié

292. L'hypothèse d'une action en recherche de filiation à l'égard de l'un des membres du couple, normalement le père, se présente de la même façon que l'hypothèse de recherche de filiation en présence d'une mère célibataire. Si toutefois, le couple a connu une union libre stable, l'action est soumise à la loi régissant ses effets ou à la loi de la résidence habituelle commune la plus proche dans le temps.

#### c) Couple marié

293. L'action en recherche de filiation ne se conçoit pas entre les membres de la famille légitime. Si la recherche tend à établir

<sup>837</sup> *Contra* RUBELLIN-DEVICHI J., in *Chronique de jurisprudence*, «Personnes et droit de la famille. Des éléments constitutifs du concubinage», *Rev. Trim. dr. civ.* (France), 1990, p. 53 ss., p. 63, à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 16 février 1989 (*Revue du droit de l'enfance et de la famille*, 1989, p. 81) qui accorde des subsides, non l'établissement du lien de paternité, à une jeune étrangère ayant un enfant d'un homme de soixante-huit ans dont elle était garde-malade.

une parenté extérieure au couple marié en suite d'une contestation, elle entre dans l'hypothèse du couple non marié. Il en va de même si la recherche tend à établir une filiation entre un des membres du couple marié, nécessairement le père, et un enfant extérieur. Dans les deux cas, la filiation, n'étant pas une suite du mariage, ne doit pas être soumise à la loi qui en régit les effets. Dans le deuxième cas, l'épouse pourrait être appelée à la cause pour avis, sans que cela ne doive interférer sur la loi applicable<sup>838</sup>.

#### 4) *Incidence du divorce*

294. La loi régissant les effets du divorce pourrait-elle avoir une incidence sur les filiations établies ou contestées pendant ou directement après cette procédure? Il est vrai que la contestation de paternité par exemple peut être un effet direct du divorce. N'est-il pas plus simple et logique de la soumettre à cette loi? La loi régissant le divorce est déduite des facteurs de résidence habituelle et de nationalité des deux époux. Les actions relatives à la filiation, connexes à un divorce, peuvent impliquer d'autres personnes, dont l'enfant, ou ne pas impliquer l'un des deux époux. Le principe de proximité ne serait pas respecté. Le rattachement autonome dégagé pour les différentes hypothèses de filiation est préférable.

### § 3. La nationalité

295. L'établissement de la filiation à la naissance, conjuguée au *ius soli*, permet d'établir la ou les nationalités de l'enfant au regard des codes de la nationalité du parent ou des parents. L'option de droit entre la loi de sa résidence habituelle et la loi ou les lois nationales permet de déterminer la loi personnelle de l'enfant à la naissance. Les modifications de filiation peuvent avoir une incidence sur la nationalité et, partant, indirectement sur la loi personnelle, qui pourrait faire l'objet d'une nouvelle option. Il ne faut pas s'y tromper, c'est la loi de l'Etat, non la loi d'autonomie, qui détermine la nationalité. Il n'y a pas

---

<sup>838</sup> Sur la tendance des législations ou jurisprudences récentes en faveur de l'établissement du lien de filiation, voy. FOYER J., «Problèmes de conflits de lois en matière de filiation», et Annexe 2, A.

d'interférence. Le principe d'autonomie permet simplement d'établir le lien de filiation. Il en va de même pour le mariage, auquel le principe d'autonomie s'appliquera pour établir la loi régissant le lien et ses effets, non pour déterminer si le mariage a une incidence sur la nationalité de l'un ou l'autre des époux. Cet examen-là demeure de la seule compétence de la loi de la nationalité concernée. Le principe selon lequel chaque Etat détermine souverainement quels sont ses nationaux n'est pas ébranlé. Par contre, les principes développés par la convention de La Haye de 1930 sur les cas de plurinationalité, sans être reniés, reçoivent des précisions parfois neuves quant à leur interprétation. Le développement des situations de bipatridie vécue remettra peut-être en question l'obligation de traiter un individu comme s'il n'avait qu'une nationalité (article 5). Quoi qu'il en soit, le principe de proximité propre à retenir la nationalité la plus effective en cas de pluralité demeure. Simplement, le principe d'autonomie s'applique autant à la pluripatridie d'une même personne qu'au conflit de nationalité dans une relation personnelle entre personnes de nationalités différentes. Le choix effectué par une personne entre ses nationalités l'emporte, sous réserve des limites extérieures, sur les autres facteurs de proximité: nationalité du for (article 3), nationalité de la résidence habituelle et principale (article 5)<sup>839</sup>. Cette possibilité d'option n'est pas contraire à l'évolution de la place de la volonté au sein du principe de nationalité dans les pays occidentaux (*supra* n° 173 ss.). Elle a déjà été utilisée par la jurisprudence qui, quand elle n'y fait pas ouvertement référence, tient compte, dans la détermination de la nationalité effective, de facteurs dépendant de la volonté de l'intéressé. Le statut personnel n'étant plus d'office rattaché à la nationalité, la libre option offerte au multipatride paraît moins fondamentale de ce point de vue. Elle conserve tout de même une incidence importante en permettant au bipatride d'opter pour la loi nationale qui, dans le système actuel, eût été écartée au profit de la nationalité du for ou de la résidence habituelle. Un jeune belgo-marocain pourrait ainsi opter pour sa loi nationale marocaine et dépendre de ce fait d'un statut personnel de droit musulman.

---

<sup>839</sup> La prudence des termes de la convention de La Haye «pourra être considéré» (art. 3) et «pourra... reconnaître... soit... soit...» (art. 5) permet cette adaptation sans nécessaire modification des textes.

Voy. Civ. Bruxelles, 12e ch., 23 mai 1989, *R.D.E.*, 1990, p. 347: «Attendu que... Madame Q., française de naissance, [est] devenue italienne par mariage, tout en conservant sa nationalité française; que possédant une double nationalité elle se prévaut tantôt de l'une tantôt de l'autre de ses nationalités, ce qui est son droit incontestable».

Cette solution paraît préférable à l'introduction d'un élément religieux dans le droit belge laïcisé tout en établissant une égalité d'accès au droit de l'Islam pour tout musulman qui conserverait un facteur d'extranéité: la nationalité d'un pays de droit musulman. Seul le musulman uninationnel belge devrait accepter la laïcisation de son statut personnel ou s'expatrier pour résider habituellement dans un pays de droit musulman <sup>840</sup>.

**296.** L'option de nationalité s'entend alors au sens d'un choix parmi les nationalités que possède une personne. Ce choix pourrait s'exprimer uniquement à l'occasion de l'option de droit pour le statut personnel. Dans ce cas, elle n'a pas d'incidence sur la nationalité proprement dite. La nationalité de la loi qui n'est pas choisie n'est pas perdue. Une autre optique serait d'imposer que le choix porte sur la nationalité elle-même. Actuellement, le code de la nationalité belge permet le choix unilatéral soit en faveur de la nationalité belge, par option <sup>841</sup>, soit contre, par renonciation <sup>842</sup>. Le choix serait simplement uniformisé et imposé pour tout multipatride, par exemple entre dix-huit et vingt-deux ans. L'avantage de cette solution centrant l'option sur la nationalité est de stabiliser ce dernier facteur et de régler par là même les effets des conflits positifs de nationalité (service militaire). Encore faut-il que le principe de l'option de nationalité soit accepté dans tous les ordres juridiques concernés. A défaut, une telle option, par exemple en faveur de la nationalité belge, n'impliquerait pas que l'intéressé, pour reprendre l'exemple du Belgo-marocain, ne serait plus Marocain au regard de l'Etat du

---

<sup>840</sup> L'expatriation peut se limiter à la recherche d'un for musulman compétent. Ainsi un national belge, musulman, époux d'une Marocaine a pu procéder à la dissolution du lien conjugal à Rabat par répudiation consentie (Khol) équivalente à un divorce par consentement mutuel et obtenir la reconnaissance de cette décision en Belgique conformément à l'article 570 du Code judiciaire: Anvers, 30 novembre 1982, *R.D.E.*, 1983, p. 59.

<sup>841</sup> Code de la nationalité belge, article 13, permettant, entre dix-huit et vingt-deux ans, et moyennant certaines conditions de résidence, l'option en faveur de la nationalité belge pour toute personne née en Belgique, née à l'étranger d'un auteur ou adoptant belge au moment de la déclaration ou de la naissance, ou toute personne ayant eu sa résidence principale en Belgique, avec une personne à l'autorité de laquelle elle était légalement soumise, pendant au moins un an avant l'âge de six ans. *Adde*: le projet de modification du Code de la nationalité belge introduisant un article 12 bis permettant à l'étranger né en Belgique et y ayant sa résidence principale depuis la naissance d'acquérir la nationalité belge par simple déclaration entre 18 et 30 ans (Projet 1314/1-90/91, *supra*, n° 176).

<sup>842</sup> C.N.B., article 22, § 1er, 2°, permet, à l'âge de dix-huit ans, de renoncer à la nationalité belge pour autant que le déclarant prouve posséder ou acquérir par l'effet de cette déclaration une nationalité étrangère.

Maroc, mais que, pour l'Etat belge, il ne serait que Belge. L'effet est le même que dans le système actuel de l'option de nationalité. Par contre, en sens inverse, si l'intéressé opte pour la nationalité marocaine, il n'aurait plus que cette seule nationalité. Techniquement, le mécanisme rejoint alors celui existant de la renonciation à la nationalité belge pour le multipatride.

Le désavantage du mécanisme d'option de nationalité, au sens du choix définitif parmi les nationalités que possède une personne, est d'imposer la nationalité comme facteur d'intégration. Le Belgo-marocain désirant se soumettre au droit musulman doit choisir la nationalité marocaine et devenir totalement étranger pour la Belgique. La souplesse allée au respect de la volonté individuelle est rejetée. En conséquence, l'«option de nationalité» doit se limiter au choix d'une loi nationale applicable au statut personnel sans incidence sur la multipatridie de l'intéressé, gérée au besoin conformément aux principes de la convention de La Haye. Ce faisant, le principe d'allégeance inhérent à la nationalité en pays d'Islam est davantage respecté. Seule l'application de la loi nationale dans les matières privées est écartée. Le lien politique de soumission dans le domaine du public est maintenu. Il reste que les domaines du privé et du public sont beaucoup moins nettement séparés en droit musulman.

#### § 4. L'adoption

297. La filiation sociologique n'est pas directement liée à la naissance et à la détermination du statut personnel à ce moment. Elle en est toutefois une suite qui la rend proche, dans les concepts juridiques, de la filiation biologique. L'intégration du principe d'autonomie se conçoit plus aisément dans l'adoption que dans la filiation naturelle eu égard à l'aspect contractuel de l'adoption<sup>843</sup>. L'existence en droit belge d'un acte d'adoption homologué par le tribunal de première instance, facilite les modalités et le moment d'expression de l'option du droit applicable. L'accord sur la loi

---

<sup>843</sup> Supra n° 154, *Adde* VERWILGHEN, CARLIER, DEBROUX, de BURLET, «*L'adoption internationale en droit belge*», n° 15, 29, 127; DE PAGE, vol. II, n° 1145.

applicable sera donné par l'adoptant ou les adoptants <sup>844</sup> ainsi que par l'adopté s'il est en âge de donner son consentement selon cette loi. Il y a donc une adhésion a posteriori par l'adopté à la loi choisie par l'adoptant ou les adoptants qui sert de critère de validité pour le consentement. L'option doit déterminer la loi applicable tant à l'adoption qu'à ses effets. A défaut d'option, la règle de conflit subsidiaire prévoit l'application de la loi de la résidence habituelle commune la plus proche dans le temps: le lieu précis ou l'Etat dans lequel soit les parties résident déjà, soit vont résider dès l'adoption. L'option n'a pas d'incidence sur la nationalité de l'enfant autre que celle attachée par le code de la nationalité à toute adoption. Par contre, son statut personnel en tant qu'effet de l'adoption doit être rattaché à la loi qui régit l'adoption. L'option joue, en cette matière, un rôle certain de faveur à l'adoption en permettant d'écarter, plus largement que ne le font les législations actuelles, les lois refusant l'adoption. Ceci crée des situations boiteuses. Elles sont inévitables en présence d'un ordre juridique favorable à une institution rejetée dans un autre ordre juridique. Le divorce, y compris par consentement mutuel, a connu les mêmes épisodes à une époque plus rigide ou, selon les points de vue, plus soucieuse de l'harmonie internationale. L'analyse a toutefois montré que les décisions refusant des situations boiteuses se fondaient davantage sur des conceptions de droit matériel que de droit international privé <sup>845</sup>. Le conflit se résume à nouveau entre la volonté des particuliers d'adopter ou de divorcer et les intérêts d'un Etat qui accepte ou refuse cette institution. En laissant aux individus le soin de prendre les décisions qui concernent leur vie privée, l'Etat du for est aussi respectueux des systèmes étrangers, et plus respectueux des personnes, qu'en imposant sa propre loi. Lorsque la loi nationale d'un des adoptants ne connaît pas la filiation adoptive, le droit international privé belge privilégie actuellement la loi belge au titre de *lex fori* <sup>846</sup>. En cela, il n'est pas respectueux de la loi nationale de l'adoptant. Cette application de la *lex fori* est toutefois limitée aux adoptions d'enfants de moins de quinze ans, moyennant certaines conditions de résidence en Belgique. Le but en est de limiter les adoptions de complaisance qui serviraient à

---

<sup>844</sup> Selon la loi applicable. Par exemple, alors que la loi belge permet l'adoption par une seule personne (Code Civil, article 345), la loi hollandaise l'ignore. VAN ROOIJ et POLAK, p. 208; alors que la loi espagnole permet l'adoption par un couple non marié, la loi belge l'ignore (Code civil, article 346).

<sup>845</sup> *Supra* n° 200, à propos des arrêts *Rossi* et *Bigwood II* en Belgique.

<sup>846</sup> Article 344, § 1er, b) et c) du Code Civil.

des fins migratoires. En cela, le droit international privé belge n'est pas totalement respectueux des personnes souhaitant adopter. L'élargissement de la *favor adoptionis* par le principe d'autonomie n'introduit là aucun péril. Le législateur belge reste libre d'inscrire des conditions matérielles dans son droit interne.

298. L'équilibre entre la *favor adoptionis* et le rejet de situations boiteuses s'oriente davantage, dans les tendances actuelles, vers un rattachement alternatif, parfois écarté lorsqu'une des lois en présence refuserait totalement l'adoption. Si l'on substitue aux éléments de cet équilibre abstrait, les éléments du partage entre le public et le privé, il serait nécessaire d'inclure les parents biologiques parmi les acteurs de l'option de droit. Ils sont déjà acteurs par la condition du consentement. Le choix devrait alors être commun aux parents biologiques s'il en est, aux parents adoptifs et à l'adopté. Dans ce cas, à défaut de choix, l'existence de résidences habituelles au sein d'un même Etat étant peu vraisemblable, la disparité suscite un «vrai» conflit de lois personnelles. Selon que l'intérêt se porte sur la situation présente ou sur l'intégration future, on appliquera la loi de la résidence habituelle de l'adopté ou la loi de la résidence habituelle de l'adoptant. L'objectif substantiel de l'intérêt de l'enfant servira de guide. Il faut tenir compte de l'élément de volonté introduit par l'option possible. Si les parents biologiques refusent l'option de droit, c'est qu'ils refusent vraisemblablement l'adoption. Si l'enfant réside encore dans l'Etat de ses parents biologiques, l'application de la loi de la résidence habituelle des adoptants paraît peu opportune. Par contre, l'application de la loi de la résidence habituelle de l'enfant permet d'envisager l'adoption lorsque celui-ci vit déjà avec les adoptants ou, à tout le moins, sur le même territoire. La limite externe de la fraude et des dispositions protectrices devraient permettre de veiller à ce que l'enfant n'ait pas fait l'objet d'un enlèvement et d'un déplacement forcé pour lui attribuer cette résidence <sup>847</sup>.

299. Le 15 juin 1990, la Cour d'appel de Paris a rendu deux arrêts intéressant tant les questions d'adoption que de maternité

---

<sup>847</sup> Sur la faveur à l'adoption internationale avec application de la *lex fori*, voy. Annexe 2, B.

de substitution<sup>848</sup>. Un des deux arrêts comporte des éléments d'extranéité. Les faits sont les suivants. Des époux français font appel à une mère porteuse américaine au Kentucky, afin qu'elle soit *génitrice* et *gestatrice* de leur deuxième enfant. La même mère avait déjà porté le premier enfant du couple. L'enfant naît à Louisville dans le Kentucky. L'acte de naissance mentionne le nom du mari du couple. Un jugement américain prononcé deux jours après la naissance reconnaît le français comme le père naturel de l'enfant. Dans un acte, la mère porteuse «accorde, donne et transfère tous ses droits, sa garde et son contrôle sur l'enfant au père, qui déclare s'engager à en assurer la garde permanente, l'entretien et l'éducation jusqu'à l'âge de la majorité». Un autre jugement américain valide cet acte en constatant l'abandon par la mère de ses droits et leur transfert au père. L'épouse légitime du père demande ensuite, en France, l'adoption plénière de cet enfant de façon à constituer la cellule familiale souhaitée. Le Tribunal de première instance de Paris, qui l'avait accordé pour le premier enfant, refuse l'adoption au motif que la pratique des mères porteuses est contraire à la loi et à l'ordre public. La Cour d'appel, réformant le jugement autorise l'adoption. Le raisonnement de la Cour peut être scindé en trois temps. Dans un premier temps, la Cour s'attache à la reconnaissance en France des deux décisions qui ont été prononcées aux Etats-Unis d'Amérique. La Cour rappelle que

---

848 — Un arrêt qui ne concerne que le droit interne: Paris, 15 juin 1990, *J.C.P.*, 1991, n° 13, p. 107, II, 21653, note critique de EDELMAN B. et LABRUSSE-RIOU C.: «Une demande d'adoption plénière d'un enfant né d'une mère de substitution est-elle recevable?». Les auteurs y condamnent la «Remise en cause de l'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain [car] une telle conception ne peut naître que d'une version "libérale" du droit naturel. Tout se passe comme si l'"homme" reprenait à la "sphère publique" ce qu'il lui avait "aliéné", et qu'il organisait à nouveau, dans la société civile, ses propres intérêts». *Adde*: RUBELLIN-DEVICHI J., *R.T.D.C.* (Fr.), 1990, p. 459, qui désapprouve l'arrêt.

— Un arrêt qui concerne le droit international privé: Paris, 15 juin 1990, *D.*, 1990, p. 540, note BOULANGER, et *Clunet*, 1990, p. 982, note nuancée de GAUDEMET-TALLON H.

— Sur la condamnation du principe des mères porteuses et de l'association Alma Mater en cause dans la première décision, par la Cour de cassation de France, voy. Cass. Fr., civ., 1ère Ch., 13 décembre 1989, *J.C.P.*, 90, II, 21526, note SERIAUX; *D.*, 1990, 273, Rapp. Massip; *R.T.D.C.* (fr.), 1990, 460, RUBELLIN-DEVICHI J. Ensuite d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi à l'encontre de l'arrêt du 15 juin 1990 de la Cour d'appel de Paris (semble-t-il uniquement le premier arrêt), la Cour de cassation a fermement condamné la pratique des mères porteuses: «La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes», Cass. fr. ass. plén., 31 mai 1991, *J.C.P.*, 12 juin 1991, n° 24, «Actualités»; *Rec. D.S.*, 13 juin 1991, n° 23, «Flash Dalloz».

«ces décisions étrangères statuant en matière d'état des personnes, et conformément à la législation des Etats-Unis d'Amérique localement applicable — qui est la loi personnelle de la mère — ont autorité en France de plein droit»<sup>849</sup>. Dans un deuxième temps, la Cour examine l'éventuelle contrariété de ces décisions à l'ordre public international français. Elle considère que l'effet atténué de l'ordre public international doit servir de critère s'agissant d'une décision intervenue à l'étranger. La Cour considère que «la maternité substituée, permettant à un couple atteint de stérilité du fait de la femme, d'obtenir la naissance d'un enfant pour l'exercice du droit naturel de fonder une famille par la procréation, ne heurte pas le principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes». Dans un troisième temps, ayant reconnu les décisions étrangères, la Cour autorise l'adoption au motif qu'elle «est seule de nature à assurer la parfaite cohésion de la famille constituée autour du père biologique».

Non sans raison, Hélène Gaudemet-Tallon critique le caractère artificiel du recours à l'ordre public international atténué s'agissant d'une situation judiciarisée à l'étranger par des personnes, ici françaises, dont le lieu de vie, et l'ordre juridique normalement compétent, est en France. C'est une prime au «forum shopping» pour ceux qui ont les moyens du voyage<sup>850</sup>. C'est en quelque sorte une fraude à la compétence juridictionnelle qui permet une fraude à la loi (*infra*, n° 354). En réalité, il semble bien que l'effet atténué de l'ordre public ne soit qu'un moyen technique qui ait permis à la Cour de valider une situation juridique voulue par toutes les parties intéressées, sous réserve du silence de l'enfant comme dans toute adoption ou filiation en

<sup>849</sup> Ce faisant et au vu des considérants qui précèdent, la Cour opère une vérification à partir de la règle de conflit de lois française désignant la loi nationale de la mère. Cette vérification, dont Hélène GAUDEMET-TALLON corrige la teneur à partir d'une autre règle de conflit française désignant aussi la loi américaine, ne serait pas effectuée par le juge belge sur pied de l'article 570 du Code judiciaire.

<sup>850</sup> *Clunet*, 1990, p. 993. GAUDEMET-TALLON compare cette situation à celle des répudiations effectuées dans leur pays d'origine par des immigrants musulmans vivant en France. Il y a deux réserves à cette comparaison, l'une de fond, l'autre de forme. Sur le fond, contrairement à l'espèce commentée, par sa nationalité, l'immigré conserve un lien avec le pays d'origine d'autant plus fort qu'il y va d'un droit religieux. Sur la forme, la répudiation pouvant, selon le droit musulman, se faire par procuration, le voyage n'est même pas nécessaire, une procuration étant actée au consulat dans le pays d'accueil et envoyée au mandataire dans le pays d'origine. Voy. Moudawanna, article 44: «La répudiation est la dissolution des liens du mariage prononcée par l'époux, son mandataire ou toute personne désignée par lui à cet effet...».

général. A plusieurs reprises, la Cour souligne l'élément de volonté, «considérant que la seule spécificité de la maternité de substitution [par rapport à d'autres liens de filiation artificiels] réside dans son caractère volontaire, élément qui... n'est pas étranger aux institutions et règles propres de la filiation»; considérant qu'il y a, dans le chef de la mère porteuse, «abandon volontaire, librement consenti après la naissance». Fondamentalement, n'est-ce pas cet accord matériel des parties qui leur permet d'avoir, indirectement, opté pour le droit américain en vue d'écarter la filiation biologique et pour le droit français en vue d'établir la filiation «psychologique»<sup>851</sup> et qui permet à la Cour de considérer «qu'en définitive, la maternité pour autrui, pratiquée dans des conditions exclusives de tout mercantilisme, ne heurte pas la conception française de l'ordre public international». Plus que l'espace, n'est-ce pas la volonté des parties qui a atténué l'ordre public? Ne serait-il pas préférable, dans ces conditions, d'ôter ce voile d'incertitude et de permettre à la volonté de s'exprimer ouvertement dans les limites claires fixées par le principe d'option de droit?

## § 5. Le nom

300. Le nom concentre la position de l'ensemble du statut personnel entre le droit privé et le droit public. Il est, avec le prénom, un attribut de la personne qui lui est propre. Ainsi, en 1959, le troisième principe de la déclaration des droits de l'enfant des Nations Unies précise: «L'enfant a droit, dès sa naissance, à un nom et à une nationalité.»<sup>852</sup> Ce principe est repris à l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre

---

<sup>851</sup> Arrêt in *Clunet*, p. 985. Sur le parallélisme du point de vue des effets psychologiques sur l'enfant, utilisés comme argument contre la maternité pour autrui, avec les effets d'une adoption: GOBERT M., in *Commission consultative des droits de l'homme*, p. 325. La controverse fondamentale est alors celle portant sur la disposition, par voie contractuelle d'un futur enfant conçu à cet effet: EDELMAN B. et LABRUSSE-RIOU C., *op. cit.*, note 848.

<sup>852</sup> Texte in «*Droits de l'Homme*», Recueil de documents internationaux et nationaux, Bruxelles-L.L.N., Bruylant-M.D.L., 1989, p. 62.

1989<sup>853</sup>. Le nom rattache l'individu à une famille, en amont parce qu'il en dérive généralement par filiation<sup>854</sup>, en aval parce qu'il maintient ces liens et les prolonge dans la descendance. Le nom a aussi une fonction sociale. Elle permet de situer l'homme dans la société avec plus d'élégance que le matricule qui l'accompagne généralement sur les documents administratifs. Par cela, le nom rentre dans la vie publique et sera régi par des dispositions «de police administrative»<sup>855</sup>. Ainsi, l'article 1er du décret du 6 fructidor an II (25 août 1794), toujours applicable en Belgique, porte qu'«aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance»<sup>856</sup>. Cette «police» peut s'avérer aussi contraignante que ce décret de 1808 qui a imposé aux juifs de l'empire qui n'avaient pas de nom de famille d'en adopter un en trois mois<sup>857</sup>. Alors que le «numéro» est limité à des organes particuliers ou, au mieux, au registre national, le nom dépasse les frontières. Il devra donc, pour servir correctement de moyen d'identification transfrontière, être identique dans différents ordres juridiques.

301. Il faut distinguer les questions administratives de rédaction des actes de l'état civil, régies par la *lex loci*<sup>858</sup>, des questions propres à la détermination du nom liées au statut personnel. La première série de questions peut poser des difficultés concrètes embarrassantes qui résultent notamment de

<sup>853</sup> Texte in *R.T.D.F.*, 1989, p. 229, et *Documentation du Centre de Droit de la Famille*, U.C.L., 30 novembre 1990. Article 7, al. 1: «L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité...». *Adde*: Convention de Munich du 5 septembre 1980 (C.I.E.C.) sur la loi applicable aux noms et prénoms, article 3: «Tout extrait d'acte de naissance doit indiquer les noms et prénoms de l'enfant».

<sup>854</sup> Cass. Fr., 4 juin 1946, *Dall.*, 1946, p. 357, cité par WATTE N., «Droits et devoirs des époux», p. 188, note 26.

<sup>855</sup> RIGAUX F., t. II, n° 901. Sur l'ensemble: BATIFFOL et LAGARDE, t. II, n° 403 ss.; VON OVERBECK A.E., «Person's», n° 443; SCHÄTZEL W., «Le nom des personnes en droit international», *R.C.A.D.I.*, 1958, III, vol. 95, pp. 177-261; VAN HECKE et LENAERTS, *Leerboek*, p. 205, n° 421 ss.; ERAUW J., «Beginselen», p. 144 ss.; VAN HECKE G., «Le nom des personnes en droit international privé», *Mélanges Vander Elst*, pp. 811-820; CHAFI M., «Le nom de la femme mariée en droit comparé», *R.M.D.*, 1987, pp. 151-163.

<sup>856</sup> *Adde* - Code Pénal belge, article 231: «Quiconque aura publiquement pris un nom qui ne lui appartient pas sera puni d'un emprisonnement de huit jours à trois mois...».

<sup>857</sup> Décret du 20 juillet 1808, article 1: «Ceux des sujets de notre empire qui suivent le culte hébraïque et qui jusqu'à présent n'ont pas eu de nom de famille et de prénoms fixes, seront tenus d'en adopter dans les trois mois de la publication de notre présent décret...» Ce qui s'explique par le fait que, selon l'article 3, les noms tirés de l'Ancien Testament ou de noms de villes ne sont pas admis.

<sup>858</sup> Ex.: L.S.D.I.P. (1987), article 40: «La transcription du nom dans les registres de l'état civil a lieu conformément aux principes suisses sur la tenue des registres».

niveaux différents entre des administrations anciennes et des administrations récentes et de translittérations délicates. Chaque Etat résoud ces questions avec l'aide de la Commission internationale de l'état civil<sup>859</sup> et de l'Organisation internationale de normalisation. La deuxième série de questions dépend du rattachement au statut personnel. Elle se dédouble: d'une part, à la naissance, quelle loi détermine le nom d'un enfant; d'autre part, ultérieurement, lors d'événements suscitant un rapport de droit pouvant avoir une incidence sur le nom (adoption, mariage, divorce), celui-ci sera-t-il rattaché à la loi qui régit les effets de ce rapport de droit ou demeurera-t-il une question indépendante maintenue sous l'égide du statut personnel de l'intéressé? Le parallèle avec la nationalité s'aperçoit aisément. Il est frappant aussi de constater que les idées d'abord, le droit interne ensuite, entraînant à sa suite le droit international privé, vont suivre la même évolution de l'unité à la multiplicité sous l'impulsion du principe d'égalité des sexes. L'exemple du lien conjugal est un bon révélateur. Alors que certains ordres juridiques sont de tout temps restés attachés au principe selon lequel le mariage n'a aucune incidence sur le nom des époux, et particulièrement de la femme mariée, ou n'ont accepté cette influence qu'à titre d'«usage mondain sans valeur juridique» permettant à l'épouse de prendre le nom de son mari<sup>860</sup>, d'autres qui acceptent cette influence ont évolué de l'imposition du nom du mari, au choix par les époux de l'un ou l'autre nom ou d'un troisième les réunissant<sup>861</sup>. La question du nom révèle ainsi une deuxième

<sup>859</sup> Convention de Bern du 13 septembre 1973 relative aux indications des noms de famille et des prénoms dans les registres de l'Etat civil, entrée en vigueur le 12 février 1977, signée par la Belgique le 15 juin 1980. Sur les 22 conventions de la C.I.E.C., voy. le *Recueil «Conventions et Recommandations» (1956-1987)*, Strasbourg, 1988.

<sup>860</sup> DE PAGE H., *Traité*, t. II, vol. I, n° 131; RIGAUX F., *«Les personnes»*, n° 1672; Cass., 6 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 687, prescrit l'usage du trait d'union (terme adéquat) ou d'un autre signe graphique. Comparez en Allemagne, l'appellation du concubinage: «Schrägstrich verhältnis», littéralement: «liaison à barre» «parce que, sur la boîte aux lettres, une barre et non pas un trait d'union sépare les noms de famille des concubins: Franz Francke/ Karin Karrer» (STURM F., *«D.i.p. allemand»*, p. 40, note 24).

<sup>861</sup> Selon les références de la note 855, on peut, semble-t-il, classer dans les pays où

— le mariage n'a pas d'incidence sur le nom: les pays de droit musulman. Le plus souvent, la question n'est même pas soulevée: Algérie, SAADI N., p. 72; Tunisie, CHAMARI A.C., p. 50; voy. toutefois pour le Maroc, Mudawanna, article 94: «La femme mariée conserve son nom de famille; elle l'utilise pour sa signature; le mari ne peut l'obliger à porter le même nom que lui, ni lui imposer sa parenté.»

— le mariage n'a pas d'incidence automatique, mais l'épouse peut choisir le nom du mari (Royaume-Uni, Etats-Unis) ou l'ajouter (Danemark, Pays-Bas, Belgique, France) ou les époux peuvent utiliser un troisième nom composé (Etats socialistes).

caractéristique du statut personnel en droit international privé: l'influence du droit interne. Alors que législation, jurisprudence et doctrine évoluent assez nettement du rattachement du nom aux effets du mariage vers le rattachement indépendant à la loi personnelle <sup>862</sup>, celle-ci peut subir l'incidence du principe d'autonomie: même si les deux stades sont distincts, pourquoi les époux ne pourraient-ils pas, dans certaines limites, choisir la loi qui régit leur nom alors que, selon la loi de plusieurs Etats, ils peuvent tout simplement choisir leur nom? <sup>863</sup> Surtout si les deux stades sont distincts. Car là gît à nouveau le risque de confusion, comme en matière contractuelle: croire que liberté de choisir concrètement le nom et liberté d'option de droit se confondent en un seul choix. L'incidence du principe général d'autonomie est certaine, notamment en ce que la liberté interne permet de situer la matière dans la sphère du privé pour le contenu du nom; l'intérêt social, soumis aux dispositions impératives se limitant à l'obligation d'avoir un nom. Cette incidence ne doit toutefois pas faire oublier les deux étapes nécessaires à l'application correcte du principe d'autonomie et de ses limites.

---

— le mariage a une incidence automatique sur le nom de l'épouse (Amérique Latine, Suisse, R.F.A.: à défaut de choix par les époux d'un nom matrimonial (Ehename) étant l'un des deux noms de famille).

<sup>862</sup> WATTE N., «Droits et devoirs des époux», n° 291, avec cumul limitatif en cas de nationalité différente; VAN HECKE G., «Le nom en droit international privé», p. 816, avec droit international privé comparé. RIGAUX F., t. II, n° 902: «loi qui régit les effets de l'état nouveau»; mais plus tard, in *Annuaire I.D.I.*, session d'Helsinki, vol. 61-II, 1986, p. 79, projet de résolution: «Les effets de la dissolution du mariage sur les noms que les époux ou que l'un d'eux ont acquis par l'effet du mariage sont déterminés pour chacun, selon leur statut personnel.», qui deviendra 4 a) de la résolution: «Ne sont pas soumis à la loi appliquée à la dissolution du mariage, notamment: a) les effets de la dissolution sur le nom que les époux ou l'un d'eux ont acquis par mariage» (pp. 126 et 298). BATIFFOL et LAGARDE, t. II, n° 404 et note 1; et surtout l'article 1er de la Convention de Munich du 5 septembre 1980, de la C.I.E.C. sur la loi applicable aux noms et prénoms, signée, non encore ratifiée, par le Belgique: «Les nom et prénoms d'une personne sont déterminés par la loi de l'Etat dont elle est ressortissante», avec une réserve possible pour les Etats contractants en faveur de leur loi interne au titre de loi de la résidence habituelle (article 6). Le rapport explicatif précise que la matière des noms et prénoms est «soustraite au domaine d'application des règles de conflit concernant la filiation, les effets de l'adoption et les effets du mariage» pour faire «l'objet d'une règle de conflit autonome» (*Recueil des Conventions et Recommandations*, p. 259).

<sup>863</sup> Sur la jurisprudence allemande et l'important arrêt B.G.H., 12 mai 1971 (*B.G.H.Z.*, 56, p. 193; *St AZ*, 1971, p. 216 ss., *Fam. RZ*, 1971, p. 394 ss., note STURM F.) plaçant le nom sous la loi personnelle de la femme et non plus la loi des effets du mariage, mais introduisant en même temps la possibilité pour la femme de choisir la loi des effets du mariage, ce qui revient, en cas de mariage mixte, au choix entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle, voy. outre VAN HECKE G., «Le nom en droit international privé»; WATTE N., «Droits et devoirs des époux», p. 199; ROCHAT Ch., p. 207; SAUVEPLANNE J.G., «New trends», p. 70.

**302.** Le principe d'autonomie acquis, aucun motif a priori n'indique de l'exclure du premier événement qui a une incidence sur le nom, sur sa création, même avant ses changements éventuels: la naissance. L'option de droit sera plus simple que celle offerte aux parents pour déterminer la filiation au moment de la naissance. Alors que le rapport de vie qualifié de filiation à la fois précède la naissance dans sa source — la relation entre les parents — et la suit dans ses effets — la relation des parents à l'enfant — le nom n'est qu'une suite de la naissance. Il peut se déterminer, quant à la loi applicable, sans référence directe à la relation parents-enfants et aux diverses lois possibles. Seule est retenue la loi personnelle de l'enfant. Elle résulte de l'option faite par les parents entre la loi de sa nationalité, choisie s'il en est plusieurs, et la loi de sa résidence habituelle. La loi choisie peut très bien coïncider avec la loi de la filiation et la loi des effets du mariage. Dans l'hypothèse habituelle d'un couple vivant ensemble avec l'enfant, à défaut d'option, la loi de la résidence habituelle sera la loi de la cellule familiale.

**303.** Lors d'événements ultérieurs, l'option peut être redéfinie. Le principe de la mutabilité ayant été admis, l'option pourra être revue dans d'autres hypothèses que l'adoption, le mariage ou le divorce. Ceci n'est pas contraire à la stabilité souhaitable du nom dans le temps et dans l'espace. D'une part, cette stabilité est relativisée dans le système de common law, par exemple <sup>864</sup>. D'autre part, le changement se limite à préférer que son nom soit régi par la loi nationale plutôt que par la loi de la résidence habituelle, ou l'inverse. Le nom ne change pas de ce fait. Seules les conditions de son changement éventuel, par exemple lors d'un mariage, peuvent différer. Bien évidemment, les lois «de police administrative» jouent leur rôle en qualité de dispositions impératives ou d'ordre public de la *lex fori*. Le choix ainsi limité paraît assurer une sécurité plus grande et une simplicité réelle au regard des hésitations actuelles de la jurisprudence, tantôt sur la détermination du nom par filiation paternelle ou maternelle à

---

<sup>864</sup> VON OVERBECK A.E., «Person's», n° 44; p. 184; SUTTON G., «Le nom aux Etats-Unis», *Rev. trim. dr. civ. (Fr.)*, 1990, pp. 427-445. En faveur du choix matériel entre le nom de famille de la mère ou du père par les parents ou l'enfant plutôt qu'une attribution automatique, voy. DE PAGE, t. II, vol. I, n° 105, p. 119. Sur le «nom d'usage» en droit français selon la loi du 23 décembre 1985, art. 43, LINDON R., «La nouvelle disposition législative relative à la transmission de l'usage du nom», *D.*, 1986, C. 82.

la naissance <sup>865</sup>, tantôt entre le rattachement autonome ou dépendant des institutions l'influençant (mariage, divorce, adoption); tantôt entre les différentes combinaisons distributives ou cumulatives des lois personnelles.

304. Les codifications récentes qui ont introduit une part importante d'autonomie pour la loi applicable au nom poursuivent davantage des objectifs matériels liés au droit interne (R.F.A.) ou à la protection de leurs ressortissants (Suisse) que l'établissement d'une règle de conflit par l'option simple entre la loi de la résidence habituelle et la loi nationale pour régir la détermination du nom et les conditions de sa modification. Ce n'est pas sans raison que les deux pays ayant introduit la possibilité d'option dans leur codification, la Suisse et l'Allemagne, appartiennent à la catégorie des pays dont le droit interne prévoit un effet certain du mariage sur le nom <sup>866</sup>.

### § 6. La capacité

305. En 1927, Marcel Caleb écrit : «Jamais par exemple on n'a essayé de faire rentrer la capacité des contractants dans le domaine de l'autonomie: en effet la recherche de la loi compétente est très simple, la compétence de la loi nationale n'est pas contestée» <sup>867</sup>. Pourtant, les jurisprudences avaient déjà évolué par souci de justice matérielle de protection du tiers de bonne foi pour, éventuellement, excuser l'ignorance de la loi étrangère. C'est la jurisprudence *Lizardi* de 1861 <sup>868</sup>. Le stade

<sup>865</sup> Possibilité ouverte en Belgique par l'article 57 nouveau du Code civil (loi du 30 mars 1984) lorsqu'il prescrit l'indication dans l'acte de naissance du nom de l'enfant qui pourrait donc être différent de celui du père. VAN HECKE G., «Le nom en droit international privé», p. 813; WATTE N., «Droits et devoirs des époux», p. 184; ERAUW J., «Beginnselen», p. 146.

<sup>866</sup> Sur les tendances actuelles, par pays : voy. Annexe 2, C.

<sup>867</sup> CALEB M., p. 170; en 1888, de l'autre côté de la Manche, Lord MACNAGHTEN in *Cooper v. Cooper* 13 App. Cas. 88, 108, avait écrit: «It is difficult to suppose that Mrs Cooper could confer capacity on herself by contemplating a different country as the place where the contract was to be fulfilled», in MORRIS J.H.C., p. 229, note 13.

<sup>868</sup> *Supra* n° 197 et note 662. C'est aussi l'objet de l'article 11 de la Convention de Rome qui régit la validité du contrat entre présents par la loi du lieu de conclusion. Elle ne sera écartée «par une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part». Le rapport (p. 59) parle de «loi du lieu de conclusion», alors que l'article parle d'un «contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays», ce qui n'est pas nécessairement la même chose (*infra*, note 871).

suisant invitera d'abord à soumettre la capacité à la loi du contrat désigné objectivement, ensuite à accepter que, même si cette loi du contrat est une loi choisie par les parties, elle régisse également la capacité des contractants<sup>869</sup>. La *favor validitatis* est certaine. La question devient alors de déterminer, comme en matière de nom, à quel moment le rattachement de la capacité doit être autonome et régi par la loi personnelle du domicile ou de la nationalité selon les systèmes, à quel moment il doit être dépendant de l'institution pour laquelle la capacité est examinée. Rabel avait proposé de distinguer les rapports patrimoniaux, soumis à la loi du contrat, des rapports familiaux, soumis à la loi personnelle<sup>870</sup>. Glenn, qui ne relève pas moins de huit causes d'éviction du rattachement autonome selon l'article 3, alinéa 3, du Code Civil français, propose le critère de distinction entre le public et le privé. Si l'acte en cause intéresse «l'organisation étatique», il faut y appliquer la loi de l'Etat concerné (de la nationalité ou du for), si l'acte ne met que des intérêts privés en cause, il faut «évaluer toute la conduite des parties et la nature de l'affaire pour arriver à la solution la plus juste et la plus équitable»<sup>871</sup>. Voici retrouvé le critère central de partage entre l'autonomie privée et l'intérêt social.

<sup>869</sup> VON OVERBECK A.E., n° 31.

<sup>870</sup> RABEL E., p. 211-212.

<sup>871</sup> GLENN Ph., «La capacité», pp. 239 ss. Dans le même sens, on aurait pu retenir les dispositions de l'article 8 de la Convention de Rome pour régler également la capacité (visée à l'article 11). L'article 8 de la Convention de Rome est ainsi rédigé:

- «1. L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de la présente convention si le contrat ou la disposition étaient valables.
2. Toutefois, pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe précédent».

Les termes «existence et validité du contrat» pourraient inclure la capacité. Cette interprétation est contredite par l'article 11 et par le sens limité donné dans le rapport des experts au consentement visé à l'alinéa 2: il ne soulèverait que la question du silence d'une partie. (Rapport, p. 47; GAUDEMET-TALLON H., p. 271; LAGARDE P., «Le nouveau droit international privé des contrats», p. 326). Dans l'hypothèse avancée, la capacité, selon l'article 8, alinéa 1, serait régie par la loi du contrat avec, à l'alinéa 2, la limite du principe de proximité au profit de la loi de la résidence habituelle (à laquelle pourrait être substituée la loi personnelle qui serait souvent la loi de la résidence habituelle, mais pourrait être la loi nationale).

L'article 11 de la Convention de Rome, inspiré de la jurisprudence *Lizardi*, se lit:

«Dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part».

La situation actuelle dans les différents Etats est floue. Les principes oscillent entre un besoin de sécurité du statut personnel rattachant de façon rigide la capacité à la loi personnelle, et un besoin de souplesse du commerce international *sentu lato*, tantôt rattachant la capacité à l'institution concernée, tantôt apportant des atténuations d'équité au principe général <sup>872</sup>.

306. L'autonomie permet, avec davantage de sécurité, de savoir à quelle loi mesurer la capacité. Initialement, la capacité est déterminée par la loi personnelle attribuée par option à l'enfant dès sa naissance: loi nationale ou loi de la résidence habituelle. Cette loi est rendue publique et mentionnée sur tout document d'identité au même titre que la date de naissance. La vérification de la capacité est aisée. L'autonomie permet à toute personne, notamment à l'occasion d'un nouveau rapport de vie, d'opter pour une loi personnelle autre moyennant homologation par le tribunal. Le rattachement autonome à la loi personnelle, facilement vérifiable, peut dès lors devenir la règle. Deux objections principales peuvent être formulées. L'une critique la souplesse. La protection de l'incapable est mise en péril par la facilité d'opter lui-même pour une loi le rendant capable. Il ne faut pas négliger les limites internes et externes. Selon les limites internes, le choix est restreint à la loi nationale ou à la loi de résidence habituelle. Rien n'invite à croire que l'une de ces lois proches rendrait inconsidérément l'incapable selon une loi, capable selon l'autre. Selon les limites externes, les dispositions impératives de la *lex fori* et de la loi qui n'a pas été choisie peuvent être invoquées. Vraisemblablement, elles rentreront toutefois en conflit avec des dispositions impératives de la loi choisie. Celles-ci doivent être préférées sous peine d'enlever en la matière toute consistance à l'option de droit (*supra* n° 258). Reste l'ordre public de la *lex fori* et de la loi qui n'a pas été choisie. Si vraiment il paraît inacceptable que l'intéressé soit capable ou incapable selon la loi choisie, l'ordre public en écartera les effets. Inversement, la deuxième objection critique la rigidité. Le rattachement autonome à la loi personnelle, dont le choix est restreint à la loi nationale ou à la loi de résidence habituelle, limite la *favor validitatis* des contrats. Certes, l'éventail des lois possibles, et donc les chances de capacité, sont réduites en nombre. Le principe d'autonomie ainsi compris révèle, à l'encontre des présumés peut-être, une rigidité plus forte sur ce point. Cette rigidité,

---

<sup>872</sup> Pour la situation comparée dans les différents Etats: voy. Annexe 2, D.

maintenant un choix, ne paraît pas excessive. La simplicité et la sécurité la compensent. En outre, le rapprochement des conditions de capacité (âge, mariage) entre les droits matériels permet de croire que le choix de la loi nationale ou de la loi de la résidence habituelle ouvre suffisamment de possibilités de contracter. Plus que d'une interprétation du principe d'autonomie, cette rigidité découle du maintien de la capacité au sein de la catégorie de rattachement du statut personnel. C'est montrer l'importance de cette catégorie dont la segmentation propre à cerner plus précisément les rapports de vie n'implique pas la disparition (*supra* n° 207). Une adaptation pourrait être envisagée pour faciliter le commerce international. Lorsque la nouvelle option, modifiant la loi personnelle, est destinée uniquement à permettre un contrat, elle serait autorisée par mention expresse dans le contrat, sans homologation, et limitée au contrat. Le choix demeure restreint aux lois nationales et de résidence habituelle, dont l'une n'est pas nécessairement la loi du contrat, sous contrôle des limites externes.

## Section 2. La vie commune

307. Si le mariage demeure la forme habituelle de vie commune, ce n'en est plus la seule, loin s'en faut. D'une part, il n'est pas certain que la communauté de vie soulevant des questions juridiques propres au statut de la personne doive se limiter aux unions consacrant une relation sexuelle. D'autre part, au sein de ces dernières, le mariage réglementé par l'Etat en est une forme; l'union libre, non soumise à une réglementation propre, en est une autre. L'absence de réglementation propre ne doit pas tromper; «hors la loi» en cela qu'elle n'est pas régie spécifiquement comme rapport de vie, l'union libre n'échappe pas au droit en général qui l'intègre comme catégorie particulière dans plusieurs domaines: droit social, droit fiscal... Le droit international privé peut d'autant moins l'ignorer que non réglementée dans tel ordre juridique, l'union libre pourrait l'être plus rapidement et plus largement dans tel autre. En conséquence, le choix du droit qui y serait appliqué peut revêtir plus d'importance que pour le mariage dont, somme toute, les législations matérielles ne sont pas fondamentalement différentes, à défaut d'être identiques. Ces raisons fondent la

distinction, au sein d'une section titrée *vie commune*, entre le mariage (§ 1) et l'union libre (§ 2) (*infra*, n° 358 ss.).

308. L'ensemble de cette section comporte une autre volonté synthétique. Partant des étapes scandant une vie dans ses rapports personnels, la division du chapitre a retenu la naissance, la vie commune, les enfants et le décès. La section consacrée à la vie commune examine comme un tout la création, les effets et le relâchement du rapport de vie. Sont ainsi couverts les éléments traditionnels de célébration du mariage, d'effets personnels ou patrimoniaux du mariage et du divorce. Le droit ne peut s'abstraire totalement de la réalité d'unicité de ce rapport de vie. Quelle que soit son extension dans le temps et dans l'espace, c'est, à la base, une même histoire d'amour. Le caractère unique de chacune de ces «tranches de vie commune» n'élude pas la possibilité de leur multiplicité successive ou simultanée dans le temps ou dans l'espace. Chacune est et doit être vue comme un tout interférant parfois avec d'autres rapports de vie. Cette unité ne rejette pas la segmentation relevée au sein du statut personnel et développée dans les analyses et codifications récentes (*supra* n° 207). Chaque stade de la vie concrète est mieux cerné et plus facilement arbitré par les tribunaux. Il faut reconnaître toutefois que la relation amoureuse est ainsi marquée par les contentieux possibles, plutôt qu'englobée au sein d'une certaine harmonie qui, après tout, demeure la réalité heureuse, pour un nombre certain de vies partagées. Si la doctrine doit porter attention aux enseignements de la jurisprudence, elle ne peut réfléchir le droit avec, pour seule source et fin, le procès. Il faut reconnaître à l'autonomie de la volonté le mérite de concilier l'approche globale du même rapport de vie avec la souplesse d'adaptation nécessaire à chaque stade. Le mariage sera, de sa création à sa dissolution, régi, dans ses différents aspects, par une seule et même loi: la loi personnelle du mariage résultant de l'option de droit. Si besoin en est, la mutabilité de l'option permettra d'adapter la loi du mariage à la situation nouvelle <sup>873</sup>.

---

<sup>873</sup> En faveur d'un rattachement unique pour les effets du mariage et le divorce mais distinct pour les régimes matrimoniaux, ROCHAT Ch., p. 305; sur les effets du mariage, FADLALLAH I., p. 65 ss.

## § 1. Le mariage

### 1. La création du lien (célébration)

309. En dehors des Etats-Unis, soumettant l'ensemble du «contrat» de mariage à la *lex loci celebrationis*, la plupart des systèmes distinguent, pour déterminer la loi applicable au mariage, les conditions de forme des conditions de fond.

#### 1) Forme

310. La distinction entre la forme et le fond paraît devoir se maintenir et, avec elle, l'interprétation impérative du principe *locus regit actum*, appliqué à la forme du mariage<sup>874</sup>. Attribut de la territorialité, la compétence confiée par un Etat à des autorités publiques pour «célébrer» une union à laquelle la loi entend attribuer des effets s'accompagne du respect des formes imposées par cet Etat et pratiquées par lesdites autorités. Rien n'indique qu'un pluralisme d'autorités et de formes ne puisse pas être instauré par l'Etat, mais la limite demeure: sont seules possibles ces formes et ces autorités habilitées<sup>875</sup>. L'inverse, et par exemple l'introduction d'un principe d'autonomie permettant aux futurs époux le choix de la forme, autrement dit l'interprétation facultative de l'adage, ruine le principe même d'une union consacrée par l'Etat, aucun contrôle des formes et autorités

<sup>874</sup> Sur les interprétations impérative, alternative ou facultative de l'adage, RIGAUX F., *Traité*, t. II, n° 854 ss.; DYER A., p. 23.

<sup>875</sup> C'est en ce sens qu'il faut considérer l'admission des mariages consulaires par l'Etat sur le territoire duquel le consul agit moyennant habilitation quant à ce, non seulement par l'Etat du consul mais aussi par la loi de l'Etat qui l'a accrédité. L'article 5 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires dit clairement:

«Les fonctions consulaires consistent à... f) agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil... *pour autant que* les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas» (italiques ajoutées).

C'est ainsi que la codification allemande de droit international privé autorise expressément comme seule forme non nationale, le mariage consulaire, à l'article 13 (3) du E.G.B.G.B.:

«En R.F.A., le mariage ne peut être célébré que dans la forme prescrite par la loi allemande. Le mariage de fiancés dont aucun n'est allemand peut cependant être célébré devant toute personne dûment autorisée par le Gouvernement de l'Etat dont l'un des fiancés est ressortissant et selon la forme prescrite par la loi de cet Etat.»

Sur les mariages consulaires, *supra*, note 682.

invoquées n'étant possible. L'impérativité des règles de forme, lorsqu'elle concerne une institution légitimée à ces conditions par l'Etat, se laisse peut-être mieux saisir si on la rapproche des règles de compétence régissant l'autre extrémité du rapport de vie, le divorce. Des personnes peuvent divorcer ou se marier devant les autorités d'un autre Etat justifiant de leur compétence internationale. Mais que ce soit en Belgique ou à l'étranger, seules les autorités habilitées par l'Etat pour prononcer la rupture du lien conjugal le feront avec les effets que cet Etat y attache<sup>876</sup>. Toute condition respectée, une répudiation actée par un Cadi à Casablanca est valable en la forme. La même répudiation actée par le même Cadi à Bruxelles ne l'est pas<sup>877</sup>. Nul n'est besoin d'exciper à cet effet de l'ordre public. Seuls les tribunaux sont compétents, en Belgique, pour dissoudre le lien conjugal. Cela dit, les tenants de l'assimilation pure et simple du mariage à un contrat privé ne pourront en exclure le libre choix des formes par les parties, éventuellement limité, comme le fond, au choix parmi les lois nationales et de résidence habituelle en présence. Pourquoi la forme serait-elle soumise à une loi à laquelle le fond échappe? «Si les parties à un contrat peuvent substituer à la loi du lieu de conclusion la loi qui régit l'acte au fond, pourquoi ne pas reconnaître pareille liberté aux époux en une matière où le statut personnel est directement intéressé?»<sup>878</sup> L'argument, qui n'est pas sans pertinence, n'est pas partagé pour un motif plus pratique que théorique. Les époux, en choisissant le mariage plutôt que le concubinage, souhaitent conférer à leur union la sanction et la protection spécifiques qu'y confère l'Etat. Il est normal, ce faisant, qu'ils acceptent les formalités imposées par l'Etat, généralement dans un souci de publicité et de preuve. Ces formalités exceptionnelles touchent moins leur vie privée que les dispositions de fond qui régleront leurs rapports quotidiens. Imposer à l'Etat des formes non prévues par lui alourdirait considérablement l'administration de la justice, rendant les preuves aléatoires. A

<sup>876</sup> Voy. EGBGB (1986), art. 17, al. 2: «Sur le territoire de la R.F.A., seul un tribunal peut prononcer le divorce». Est écarté l'amendement proposé par le Max-Planck-Institut ainsi rédigé: «Un divorce ou une dissolution du mariage réalisé à l'intérieur du pays sans la participation de l'autorité étatique est valable s'il est valable selon le droit des Etats dont les conjoints sont nationaux» (*RabelZ.*, 1983, p. 701).

<sup>877</sup> TAVERNE M., «La dissolution», n° 18 ss.; LENOBLE J., n° 4 ss.; CARLIER J.-Y., «Répudiation», n° 15; J.P. Etterbeek, 8 juillet 1977, *R.D.E.*, 1978, n° 2, p. 15. Pour la même position au Royaume-Uni, CHESHIRE et NORTH, p. 662; *supra*, n° 202 et *infra*, n° 354.

<sup>878</sup> BATIFFOL et LAGARDE, t. II, n° 425, p. 58, qui nuancent la réponse négative de la jurisprudence.

l'exception du projet italien, les codifications et jurisprudences contemporaines privilégient l'interprétation impérative de l'adage *locus regit actum* <sup>879</sup>.

**311.** Le mariage concordataire, introduit par le Concordat du Latran, signé le 11 février 1929 par le Saint-Siège et modifié le 18 février 1984, donne un bon exemple de la pluralité de formes qu'un Etat peut accepter sur son territoire même si ces formes demeurent les seules possibles. Son intérêt résidait pourtant en ce que, contrairement aux mariages consulaires, il comportait des effets sur le fond qui permettaient d'y voir une forme du principe d'autonomie appliquée au mariage dès le deuxième quart du siècle <sup>880</sup>. En choisissant le mariage canonique, auquel l'Etat

<sup>879</sup> Pour cette position sur la forme dans les différents Etats: voy. Annexe 2, E, 1°.

<sup>880</sup> Sur l'ensemble : RIGAUX F., «L'article 34 du Concordat du Latran et le droit international», in *Mélanges Mgr H. Wagnon*, Louven, U.C.L., 1976, pp. 395 à 424; *Traité*, t. II, n° 853; pour la modification de 1984, t. I, 1987, p. 258, n° 379 et le texte in COPPOLA R., «Osservazioni sull' accordo di modificazioni del Concordato lateranense», in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1984, pp. 697-708. Voici le texte des alinéas 1 et 3 de l'article 34 du Concordat de Latran de 1929:

«L'Etat italien voulant redonner à l'institution du mariage, qui est la base de la famille, une dignité conforme aux traditions catholiques de son peuple, reconnaît au sacrement du mariage réglé par le droit canonique les effets civils. (...)

Aussitôt après la célébration du mariage, le curé expliquera aux époux les effets civils du mariage, en donnant lecture des articles du Code civil concernant les droits et les devoirs des époux et rédigera l'acte de mariage dont il transmettra dans les cinq jours une copie intégrale à la commune, afin qu'il soit transcrit dans les registres de l'état civil.» (Traduction française de Louis MISSEREY, «Le Concordat du Latran», dans *Les accords du Latran*, Paris, Spes, Blond et Gay, s.d., p. 105, repris dans RIGAUX F., «L'article 34...», p. 396). L'article 8 du nouveau Concordat de 1984 maintient la reconnaissance des effets civils au mariage religieux.

On rapprochera ce texte du «Protocole d'accord administratif relatif à l'application des règles régissant l'état des personnes sur les territoires des royaumes du Maroc et de Belgique» du 26 septembre 1979, qui ne touche qu'à la forme, donnant une application du principe des mariages consulaires. Le texte, non publié au Moniteur, se trouve in «Documentation sur le statut juridique des musulmans en Belgique», p. 73. Sur l'incidence de la non publication quant à la force obligatoire de l'accord, voir VERHOEVEN J., «Etat des personnes et compétences consulaires. A propos d'un accord belgo-marocain», *J.T.*, 1980, p. 717. Voici les articles 1 et 2:

«Article 1. En ce qui concerne les ressortissants marocains en Belgique et les ressortissants belges au Maroc et conformément aux dispositions de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963, les fonctionnaires consulaires exerçant leurs fonctions dans l'un et l'autre Etat pourront agir en qualité de notaire et d'officier de l'état civil afin de dresser suivant les règles prévues par leur législation nationale les actes concernant l'état des personnes relatifs à leurs ressortissants.

La validité de ces actes sera sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours à une formalité supplémentaire d'aucune sorte reconnue dans l'Etat de résidence pour autant que ses lois et règlements ne s'y opposent pas.

Le fonctionnaire consulaire qui a dressé un acte de mariage en application du présent article en informera sans retard et sans frais l'officier de l'état civil du lieu de

reconnaissait des effets civils, moyennant respect des conditions de transcription <sup>881</sup>, les époux choisissaient de pouvoir faire régir leur mariage par le droit canonique et, par exemple, de le faire annuler selon ce droit par les autorités ecclésiastiques. Trois remarques doivent tempérer ce constat:

1. Le choix de la loi applicable est introduit indirectement par le choix de la forme.
2. L'autonomie de fond porte sur un conflit interpersonnel interne, même si les étrangers ont accès à la forme du mariage concordataire <sup>882</sup>.
3. Répondant à l'évolution du droit civil, l'accord modificatif du 18 février 1984 a, selon l'interprétation dominante, supprimé

---

résidence de l'époux situé dans l'Etat de résidence au moyen d'un certificat de mariage indiquant l'identité des conjoints, le lieu et la date du mariage.

*Article 2.* Sous réserve des conditions de validité exigées par la loi nationale de chacune des parties, les mariages mixtes entre conjoints de nationalité marocaine et de nationalité belge sur le territoire belge doivent avant toute célébration devant l'autorité consulaire marocaine être précédés d'une célébration dans les formes prévues par la législation belge. Les fonctionnaires consulaires du Maroc ne célébreront le mariage suivant les règles de statut personnel appliquées à leurs ressortissants que sur justification de cette première célébration.

Les mariages contractés entre Belges ou entre Belges et personnes d'autres nationalités célébrés au Maroc dans les formes qui y sont usitées sont considérés comme valables en Belgique à condition que chacune des parties contractantes ait satisfait aux conditions de fond prescrites par son statut personnel pour contracter mariage.

<sup>881</sup> Les mariages religieux célébrés avant le concordat pouvaient, après celui-ci, être validés de commun accord par les époux, moyennant une transcription lui donnant des effets civils. En 1941, aux Etats-Unis, une décision a refusé la qualité d'héritier à l'enfant italien d'un immigré venu aux U.S.A. dès après son mariage en 1901 sans plus retourner en Italie, où sa femme meurt en 1912, jusqu'à son propre décès en 1936. La motivation fonde l'invalidité du mariage sur sa non transcription civile commune, par les deux époux, après le Concordat du Latran et sa non validité avant le Concordat. L'interprétation du tribunal paraît correcte si le mariage n'était pas valide en la forme au moment de sa célébration, sauf à tenir compte de l'empêchement matériel à sa validation commune en 1929, compte tenu du décès de l'épouse. (La doctrine de l'«*interest analyse*» a critiqué le jugement estimant que l'Etat du lieu du décès avait intérêt à régler la situation.) (*Vernagi V. Guidetti*, 308 Mass 450, 32 NE 2d 272 (1941) in NORTH P.M., p. 76; HANOTIAU B., p. 268).

<sup>882</sup> Pour d'autres conflits interpersonnels, voy. LIPSTEIN K. et SZASZY I., p. 42. L'article 34 du Concordat a toutefois permis de reconnaître en Italie des mariages religieux célébrés à l'étranger et n'ayant pas de validité dans cet ordre juridique. Voy. Cort. Cass. It., 25 juin 1979, n° 557, *Fontana c. Grilowa*, *Riv. dir. int. pr. pr.*, 1979, p. 550, confirme l'arrêt de la Cour d'appel refusant l'annulation sollicitée par un Italien de la transcription civile de son mariage avec une Russe dans une église catholique à Bucarest. La Cour de cassation constata que le droit roumain ne reconnaît pas ce mariage mais que l'article 34 du Concordat sort ses effets, même civils, au-delà du territoire italien. L'élément de volonté est également important, la Cour d'appel, suivie par la Cour de cassation, ayant souligné que «*era infine pacifica la circostanza della concorde volonta degli sposi di aver voluto conseguire gli effetti civili ed il permanere di tale volonta*» (pp. 552 et 556).

la dualité des règles de fond. Quelle que soit sa forme, le mariage est désormais soumis au droit civil pour ses effets civils. L'annulation du mariage par les autorités ecclésiastiques pourra, comme un autre jugement étranger, faire l'objet d'une reconnaissance par la Cour d'appel (article 8, alinéa 2).

312. Un exemple similaire s'emprunte à la loi tanzanienne du 1er mai 1971 sur le mariage. Les futurs époux peuvent opter pour un mariage devant l'officier de l'état civil ou devant le Cadi musulman. Selon le choix, le mariage est rattaché respectivement au statut monogamique ou au statut polygamique. Sauf lorsque les deux époux sont chrétiens, une union monogamique peut encore être transformée en union polygamique par déclaration ultérieure devant le magistrat <sup>883</sup>.

## 2) Fond

### a) Formalités

313. L'option de droit peut aisément être consignée dans l'acte de mariage à l'initiative de l'officier de l'état civil (supra n° 263). Si l'option désigne un droit qui autorise les époux à disposer librement en certaines matières, un contrat plus précis sera utile. L'option doit pouvoir être formulée préalablement au mariage dans un acte public, par exemple, en Belgique, par acte notarié. Le même acte peut alors contenir les dispositions relatives aux relations personnelles et patrimoniales entre époux. L'autorité constate l'accord exprès des deux futurs époux. L'article 14, alinéa 4, du nouveau E.G.B.G.B. (1986), relatif aux options de droit pour les effets du mariage, prévoit, en Allemagne, la forme notariée. Faite à l'étranger, l'option y observera les formes requises pour un contrat de mariage selon la *lex loci* ou la loi choisie. L'article 53 de la L.S.D.I.P. (1987), relatif aux régimes matrimoniaux, ne prévoit, pour l'élection de droit, qu'une convention écrite ou son insertion dans le contrat de mariage. Sa validité est régie au fond par le droit choisi (art. 53, al. 1), en la forme, par la *lex loci celebrationis* ou la loi applicable au fond pour le contrat de mariage (art. 56).

---

<sup>883</sup> BOULANGER Fr., p. 652. Dans le même sens d'option entre le statut civil et le statut religieux pour les mariages internationaux lorsqu'un époux est libanais, voy. GANNAGE P., p. 363. *Adde, supra*, n° 142 et 242, note 787.

*b) Etendue de l'option*

**314.** L'option est ouverte entre les différentes lois nationales et lois de résidences habituelles des futurs époux au moment du mariage. Les effets du mariage sur la nationalité ou la résidence habituelle ne devraient pas être pris en compte, le choix intervenant avant et pouvant faire l'objet d'une mutation soit volontaire par nouvelle option, soit automatique par nouvelle concrétisation du facteur de rattachement comme un changement de nationalité ou de résidence habituelle. Il paraît toutefois raisonnable de permettre de tenir compte des effets immédiats du mariage sur les facteurs de rattachement. Si l'un des époux change automatiquement de nationalité le jour même du mariage, si, dès le lendemain, les époux vont établir leur résidence habituelle à l'étranger, ils devraient pouvoir opter pour ces lois.

**315.** Un Marocain épouse une Hollandaise en Belgique, pays dans lequel ils résident habituellement. Trois lois sont possibles: marocaine, néerlandaise, belge. En vue de rencontrer les modifications éventuelles, il est utile de prévoir une formulation abstraite et concrète de l'option: «loi marocaine au titre de loi nationale du mari», «loi hollandaise au titre de loi nationale de l'épouse», «loi belge au titre de loi de la résidence habituelle soit de l'épouse, soit du mari, soit commune». Si les époux n'émettent pas de choix, la règle de conflit subsidiaire prévoit l'application de la loi de la résidence habituelle commune la plus proche dans le temps. Si les futurs époux cohabitent déjà à Bruxelles, ce sera la loi belge. Sinon, ce sera le lieu de leur première résidence conjugale dès le mariage, par exemple, la loi luxembourgeoise, s'ils décident de se fixer directement au Luxembourg.

*c) Domaine de la loi*

**316.** La loi choisie ou désignée par les époux régit l'ensemble de la relation conjugale: la validité du mariage, les relations personnelles et patrimoniales entre époux, le relâchement du mariage par séparation, divorce ou annulation. Si les époux le souhaitent, l'ensemble de leur relation peut ainsi être régi en permanence par une même loi. Le rapport de vie ne peut être soumis à différentes lois par dépeçage vertical (célébration du

mariage, effets, divorce) ou horizontal (effets personnels, régimes matrimoniaux). Cette rigidité peut être tempérée par la mutabilité de l'option. Relativement à la validité du mariage, la loi choisie ou désignée subsidiairement au moment du mariage déterminera les conditions de fond classiques: consentement, empêchement, âge. L'âge, en qualité de critère de capacité spécifique au mariage, est ainsi régi par la loi personnelle du mariage, alors que l'âge de la capacité générale est fixé par la loi personnelle autonome.

317. Si l'examen de la validité du mariage se pose ultérieurement, lors d'une procédure en divorce, annulation, succession, il faut résoudre le conflit mobile selon le principe général, en se reportant à la loi concrètement appliquée au moment du mariage (*supra*, n° 253 et 281). Il en va de même pour le conflit de droit transitoire si le contenu de cette loi s'est modifié. Si un problème réel de qualification ne peut être évité par l'interprétation large des concepts autonomes du droit international privé, le rattachement *lege causae* l'emporte. La loi n'étant plus imposée mais ayant été choisie au moment du mariage, ou pouvant avoir été choisie, les parties doivent en connaître les conséquences et ne pas espérer une qualification autre de la *lex fori*. Si le couple maroco-hollandais s'est référé à la loi de la résidence habituelle commune et a eu sa première résidence conjugale en Belgique, c'est la loi belge (conflit mobile), en son contenu au moment du mariage (conflit de droit transitoire) qui doit, à tout moment, servir à l'examen de la validité au fond du mariage. Si le mariage a été célébré uniquement en la forme civile belge sans être suivi d'une cérémonie au consulat du Maroc devant «la présence simultanée de deux adouls»<sup>884</sup>, il sera valable quelle que soit la *lex fori*, s'agissant d'une condition qui doit, selon la *lex causae* choisie, la loi belge, être qualifiée de formelle. Si, par contre, les époux ont fait choix de la loi marocaine, loi nationale du mari, dans les mêmes conditions de célébration, le mariage devra être invalidé, quelle que soit la *lex fori*, pour non respect d'une condition de fond selon la loi marocaine, le conflit de qualification étant tranché par la *lex causae* choisie par les époux.

---

<sup>884</sup> Code de statut personnel marocain, article 5, 1°. Selon la jurisprudence et la doctrine marocaines et le droit musulman en général, cette condition de présence de deux témoins musulmans, ainsi que la présence du Wali (tuteur matrimonial), seraient des conditions de fond et non de forme; PRUVOST L.: «Le contrat de mariage», p. 20.

318. Certaines conditions ne posent pas de problème de qualification, mais pourraient soulever une question d'ordre public. C'est le cas des empêchements raciaux ou religieux. Inversant le «couple témoin», voici un mariage entre un Hollandais et une Marocaine résidant en Belgique. Les époux célèbrent le mariage à Bruxelles et désignent la loi belge. Conformément au droit musulman, l'article 29, 4° du Code de statut personnel marocain stipule: «Sont prohibés... 4° le mariage d'une musulmane avec un non-musulman»<sup>885</sup>. A défaut de conversion du mari, le mariage sera vraisemblablement boiteux. Même si le principe d'autonomie était accepté, une juridiction marocaine ou d'un autre pays de droit musulman invoquerait l'ordre public. Qu'en est-il si les époux choisissent la loi marocaine au titre de loi nationale de l'épouse? L'hypothèse étonnante paraît devoir se réduire au cas d'école. Devant un tribunal belge, l'ordre public international ne devra même pas être invoqué pour rejeter l'empêchement religieux: le mariage ne peut, par hypothèse, avoir été confirmé par une célébration devant les autorités marocaines. Il doit donc être invalidé par application de la qualification *lege causae*: le mariage n'ayant pas été célébré en présence des témoins musulmans et du Wali, il est invalide par absence d'une condition de fond selon la *lex causae*, la loi marocaine, sans qu'il ne soit nécessaire de viser l'empêchement religieux. Reste la possibilité de considérer l'exigence de présence de témoins musulmans et du Wali contraire à l'ordre public international belge en son fondement religieux. La décision sera question d'interprétation, notamment au regard de l'intensité de rattachement du couple à l'ordre juridique belge, par exemple en cas de binationalité du mari. Il est toutefois certain que le choix, accordé aux époux et utilisé par eux, d'une des lois nationales visant cette condition atténue grandement la possibilité d'invoquer l'ordre public à l'encontre de cette loi. Ce serait alors davantage le choix lui-même qui, conformément aux limites externes du principe d'autonomie, serait, sur ce point, écarté pour violation de l'ordre public. En présence d'un choix commun de vie privée dont les effets, de par la loi appliquée, ne paraissent pas porter atteinte à «l'ordre social, économique et politique» établi en Belgique <sup>886</sup>, l'interprétation sera prudente. Il est possible que

---

<sup>885</sup> Sur le même empêchement religieux dans les autres pays de droit musulman, voy. supra n° 139 et 140 et références notes 419, 421, 422 et 428.

<sup>886</sup> Cass. b., 4 mai 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 625.

l'examen doive porter plus d'attention à la liberté du consentement donné par l'épouse au choix du droit applicable.

Par ailleurs, le choix porte sur une loi applicable, non sur des dispositions matérielles. Si toutefois la loi applicable permet aux époux de régler certains points personnels ou matériels par voie de contrat, il leur est loisible d'introduire des dispositions précises sur ces différentes matières. Ce pourra vraisemblablement être le cas en matière de régimes matrimoniaux ou même d'effets personnels du mariage (*supra*, n° 144, 150 et *infra*, 378, 385).

*d) Application dans le temps et l'espace*

**319.** La loi choisie ou désignée reste en principe applicable jusqu'à dissolution de la communauté de vie par annulation, divorce ou décès. Deux circonstances peuvent entraîner la modification dans le temps de la loi appliquée: la volonté et la matérialisation nouvelle du facteur de rattachement. De par leur commune volonté, les époux peuvent, à tout moment, modifier leur option. La modification doit être soumise à l'homologation du tribunal. La deuxième circonstance de modification résulte de ce que tant l'option que la désignation subsidiaire portent sur les critères d'une loi applicable, non sur la loi appliquée. Par volonté aussi ou par la force des choses, la concrétisation du facteur de rattachement peut changer. La loi appliquée en est modifiée sans changement du critère de loi applicable. Un des époux peut acquérir une nouvelle nationalité. S'il perd la nationalité sur laquelle le choix s'était porté, le changement est automatique. Sinon, il faudrait une nouvelle option. Le couple maroco-hollandais disposait d'une résidence habituelle commune en Belgique. Celle-ci avait été choisie pour désigner la loi applicable. Si seule l'épouse transfère sa résidence habituelle aux Pays-Bas, la loi appliquée devient-elle la loi hollandaise? Cela dépendra de la formulation initiale. Si la loi belge a été visée au titre de loi de la résidence habituelle du mari, il n'y a pas de changement. Si elle a été visée au titre de loi de la résidence habituelle de l'épouse, il y a changement. Si c'était au titre de loi de la résidence habituelle commune, ce qui sera le cas le plus fréquent tant par option qu'à titre subsidiaire, cette résidence habituelle commune disparaît. Toutefois, sauf établissement d'une autre résidence habituelle commune ou nouvelle option, elle demeure la résidence

habituelle commune la plus proche dans le temps, applicable selon la règle de conflit subsidiaire.

320. Les conventions matérielles que les époux auraient conclues à un moment quelconque en conformité avec la loi applicable au mariage devraient rester valables, même si, par nouvelle concrétisation du facteur de rattachement, la loi appliquée change. Il reste que les limites résultant des dispositions impératives et de l'ordre public de la *lex fori*, de la nouvelle loi applicable et des lois pour lesquelles une option serait possible doivent être respectées. Ne pas accepter la stabilité des dispositions matérielles mettrait en péril la sécurité des relations contractuelles. Par exemple, en matière de régimes matrimoniaux, des dispositions précises deviendraient caduques parce que les époux ont changé de pays. Le maintien de ces dispositions est plus prudent. Rien n'empêche les époux de les modifier ou de les adapter à la nouvelle loi qui régit leur mariage, en raison du déplacement dans l'espace. Ainsi, le couple maroco-hollandais peut, conformément à la loi belge choisie, avoir signé un contrat de mariage emportant régime matrimonial de communauté universelle. Déplaçant leur résidence habituelle au Maroc, leur union est, sauf option nouvelle qui y serait autorisée, soumise à la loi marocaine tant en cas d'adoption du système d'autonomie par le Maroc au titre de loi de la résidence habituelle commune qu'en cas de maintien des règles de conflit actuelles au titre de loi nationale du mari. Le régime matrimonial des époux est alors soumis à la séparation de biens pure et simple. Limité à un changement général, l'effet serait acceptable. Si des dispositions très précises ont été prises sur certains biens, la complexité des effets acceptés pour le passé, refusés pour le futur, risque d'être difficilement surmontable. Par contre, le maintien des clauses contractuelles pourrait être rejeté en cas de litige devant les tribunaux marocains pour contrariété à l'ordre public. Ce n'est pas certain eu égard au respect des contrats en droit musulman<sup>887</sup>. Le régime légal de séparation de biens ne paraît

---

<sup>887</sup> Il est intéressant de relever la règle de conflit de lois pour la validité du contrat de mariage inscrite dans le Dahir du 12 août 1913, sur la condition civile des Français et des étrangers (toujours d'application) (*B.O.*, 12 septembre 1913, p. 77; *Documentation*, p. 195). Si l'article 14, alinéa 1, prévoit que la validité intrinsèque du contrat de mariage et ses effets sont régis par la loi nationale du mari au moment du contrat ou par la loi nationale commune, l'alinéa 2 ajoute: «la même loi décide si et dans quelle mesure les époux ont la liberté de se référer à une autre loi. Lorsqu'ils s'y sont référés, c'est cette dernière loi qui détermine les effets du contrat de mariage». Si, dans l'esprit français, les mots «contrat de mariage» visaient manifestement le régime matrimonial,

pas devoir faire l'objet d'une protection entraînant le jeu de l'ordre public ou de dispositions impératives. Le plus prudent sera d'engager les époux à adapter leur contrat sur les questions qui pourraient faire l'objet d'une sanction selon la nouvelle loi applicable au mariage. L'exemple montre assez que, tout en raisonnant à partir d'un ordre juridique, l'harmonie réelle n'est envisageable qu'au prix d'une large extension des principes proposés. La solution est plus aisée si les époux peuvent, au Maroc, opter pour le maintien de la loi belge, si le mari est binational, par exemple, ou à tout le moins pour une loi plus proche, comme la loi hollandaise. La conjonction du conflit mobile et du conflit de droit transitoire sera systématisée par l'examen de la mutabilité de l'option de droit pour la matière des régimes matrimoniaux dans laquelle ces techniques sont déjà rencontrées actuellement (*infra*, n° 338 ss.).

e) *L'option dans le droit international privé contemporain*

321. Cette introduction du principe d'autonomie pour les conditions matérielles de validité du mariage par l'option de droit est assez peu développée dans le droit international privé contemporain. En 1975, une variante du projet de Convention de La Haye sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages introduisait la «nouveau remarquable que les parties mêmes puissent choisir la loi régissant leur capacité matrimoniale». Cette variante n'a pas été retenue dans le texte définitif de la Convention du 14 mars 1978<sup>888</sup>. Dans les codifications et jurisprudences récentes, on trouve non pas une possibilité formelle d'option de droit mais une souplesse informelle qui écarte les lois personnelles (nationales ou de domicile), si celles-ci ne permettent pas d'établir la validité du mariage. La *favor matrimonii*, manifeste dans les codifications allemande et suisse, joue un rôle déterminant en ce sens et n'est écartée en général que par une notion de fraude trop vaguement définie<sup>889</sup>.

---

l'interprétation musulmane du mariage comme contrat pourrait étendre cette règle de conflit à l'ensemble du mariage.

<sup>888</sup> Conférence de La Haye, *Actes et Documents*, 13e session, t. III, Rapport DYER-BÖHMER, p. 133. Pour plus de détails, Annexe 2, E, 2°, *in fine*.

<sup>889</sup> Sur la situation dans les différents États relativement aux conditions de fond pour la validité du mariage, voy. Annexe 2, E, 2°.

**322.** Le principe d'application distributive des lois nationales est bien illustré par l'arrêt *Dhont/Josi*, prononcé en 1981 par la Cour de Cassation de Belgique<sup>890</sup>. L'examen porte sur les effets en Belgique d'un mariage célébré à titre posthume en France entre une Belge et un Français, décédé dans un accident de voiture en Belgique. La veuve assigne la compagnie d'assurances qui refuse indemnisation au motif de non validité du mariage. Sous le bénéfice de l'application distributive retenue par la Cour d'Appel, la Cour, appliquant la loi française au Français décédé, la loi belge à la Belge vivante, constate que le consentement posthume étant autorisé par la loi française, le mariage est valide. L'exception d'ordre public est par ailleurs écartée. Si la décision est équitable en l'espèce, la doctrine a relevé l'aléa du raisonnement: l'inversion des données inverse la solution. L'épouse eût-elle été française et le mari belge que l'application distributive conduisait à invalider le mariage. Ce constat motive une analyse différente de François Rigaux. Seule la célébration formelle du mariage est posthume, le consentement étant supposé préalable au décès. S'agissant d'une condition de forme, la *lex loci celebrationis*, loi française, s'applique en toute hypothèse.

La simulation du principe d'autonomie à ce cas est assez riche. Pourrait-on, si le principe d'autonomie était retenu, considérer qu'il y a eu, dans le chef des époux, option pour le droit français? L'expression d'une option commune pour la loi française au titre de loi nationale du mari pose problème. S'il est malaisé de déduire le consentement du silence du mort, il n'est pas impossible de constater que la volonté est exprimée, selon les formes requises, par la seule partie qui en a la possibilité. La demande d'autorisation de mariage posthume au Président de la République Française vaut option expresse en faveur du droit français. Elle est unilatérale comme d'autres le seraient en matière de statut personnel. La loi choisie, en l'admettant, valide l'unilatéralité. L'option de droit en faveur de la loi française acceptée, le problème de qualification s'efface et le mariage posthume peut aussi bien être considéré comme touchant au

<sup>890</sup> Cass., 1ère ch., 2 avril 1981, *Dhont/Josi, Pas.*, 1981, I, p. 835, conclus. VELU J.; *R.C.J.B.*, 1983, p. 499, note RIGAUX F.; *R.C.D.I.P.*, 1983, p. 59, note VERWILGHEN M.; *R.W.*, 1982-1983, col. 922, note ERAUW J.. L'arrêt de la Cour d'Appel: Liège, 3ème ch., 6 février 1980, *J.T.*, 1980, p. 492.

fond, à la forme <sup>891</sup> ou aux deux <sup>892</sup>. Sans doute renforce-t-elle la thèse d'une règle de forme au regard d'une interprétation purement française de l'institution permise *lege causae* (*supra*, n° 317).

**323.** Un arrêt de la Cour de cassation de France a, en 1983, introduit un revirement de jurisprudence en acceptant la reconnaissance de plein droit des répudiations unilatérales intervenues à l'étranger sans qu'il ne soit besoin d'y opposer l'ordre public international français dans son effet atténué à l'égard d'un droit régulièrement acquis à l'étranger entre étrangers dans le respect de leur statut personnel. Ce faisant, la Cour de cassation suivait les conclusions de l'Avocat général Gulphe, dont un attendu révèle une attention portée aux conditions de validité du mariage selon la volonté des époux considérant que «pour être soumis au régime de leur statut personnel, ils [les époux] ont choisi de contracter mariage au Maroc» <sup>893</sup>. Cette affirmation paraît accorder d'autant plus de poids au choix des époux qu'en réalité, d'une part, au regard du droit marocain, un mariage célébré en France dans le respect des conditions de fond marocaines, par exemple au consulat en présence du Cadi et du Wali, eut été parfaitement valable; d'autre part, au regard du droit international privé français, la loi applicable au statut personnel de ces deux Marocains ne dépend nullement du lieu de célébration du mariage. Cette affirmation souligne aussi l'unicité du rapport de vie familiale défendue ici, puisque, au moment de la dissolution, c'est notamment à la volonté émise implicitement lors de la célébration du mariage qu'il est fait référence.

**324.** Absente des codifications récentes, l'option de droit se rencontre dans certains textes relatifs à la célébration du mariage. En France, l'instruction générale sur l'état civil de 1987 (n° 1043-87) autorise, en son paragraphe 541, les maires de France à célébrer le mariage des étrangers selon les conditions de fond de la loi française si les parties refusent de produire un

---

<sup>891</sup> RIGAUX F., *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 499; VAN HECKE et LENAERTS, *Leerboek*, n° 459, p. 219.

<sup>892</sup> VERWILGHEN M., *R.C.D.I.P.*, 1983, p. 59, et FALLON M., «Chronique de Jurisprudence: Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1980-1987)», *R.T.D.F.*, 1988, 209.

<sup>893</sup> Cass. Fr., 3 novembre 1983, «La semaine juridique», *J.Cl. Périodique*, 1984, II, n° 20121, ccl. GULPHE.

«certificat de coutume» établissant la teneur de leur loi nationale ou si celui qu'elles produisent révèle un empêchement ignoré de la loi française. Ils doivent toutefois avertir les étrangers que «leur union risque de ne pas être reconnue à l'étranger et pourrait même être éventuellement annulée en France»<sup>894</sup>. Cette directive qualifiée d'«insolite»<sup>895</sup> a été justifiée par la volonté de faciliter le travail des fonctionnaires<sup>896</sup> et par le principe de non-application d'office du droit étranger par l'autorité française, étendant en quelque sorte à l'autorité administrative le principe dispositif qui permettrait au juge de ne pas soulever d'office la règle de conflit prescrivant l'application d'un droit étranger.<sup>897</sup> Elle peut aussi s'analyser pour partie comme une option de droit possible pour la loi française, *lex loci celebrationis*, par simple non production d'un certificat de coutume. Cette analyse privilégiant une option volontaire de droit est renforcée par l'abandon de la jurisprudence *Bisbal*, dont résulte l'application d'office du droit étranger (*supra*, n° 121). Par contre, le rejet, à l'initiative de l'officier de l'état civil, du droit étranger formulant un «empêchement ignoré de la loi française» recouvre l'exception d'ordre public.

325. Moins insolite est la législation suédoise de 1973. Traditionnellement, la Suède appliquait la loi nationale en matière de statut personnel, à l'inverse du Danemark, de la Norvège et de l'Islande. Les traités nordiques de 1931 et 1934<sup>898</sup> y ont substitué la loi du domicile uniquement pour les relations entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède. La proximité du droit matériel facilitait cette étape. Les traités prévoient toutefois que la loi nationale peut toujours être appliquée dans les cas où les systèmes légaux sont différents et où les personnes en cause peuvent légitimement préférer l'application de leur loi nationale. Ainsi, selon l'article 1er de la convention de 1931, la capacité à mariage sera régie par la loi nationale de l'époux qui le demande. Inversement, alors que le

<sup>894</sup> RUDE-ANTOINE E., pp. 68 et 102; voy. le même contenu dans l'instruction générale du 21 septembre 1955, in *R.C.D.I.P.*, 1955, p. 574; BATIFFOL H., «Une évolution possible de la conception du statut personnel», 1961, p. 216; BATIFFOL et LAGARDE, t. II, p. 31, n° 406 et 413; VAN HECKE G., «Principes et méthodes», p. 539.

<sup>895</sup> BATIFFOL H., *idem*, p. 221.

<sup>896</sup> VAN HECKE G., «Principes et méthodes», p. 574.

<sup>897</sup> L'instruction elle-même, critiquée par BATIFFOL et LAGARDE, t. II, p. 39.

<sup>898</sup> Traité de Stockholm du 6 février 1931 sur le mariage, l'adoption et la garde; Traité de Copenhague du 19 novembre 1934 sur les successions et libéralités. Voy. BOGDAN M., p. 682.

droit commun pour les autres étrangers prévoit l'application de la loi nationale, la loi suédoise de 1973 permet à une personne résidant depuis au moins deux ans dans un pays autre que celui de sa nationalité de demander aux autorités suédoises l'application de la loi de son domicile aux conditions de fond de la validité du mariage, pour autant que l'autre partie y consente <sup>899</sup>. La règle vaut autant pour les Suédois domiciliés à l'étranger que pour les étrangers domiciliés en Suède ou ailleurs. Dans ce dernier cas, ils devront obtenir une autorisation gouvernementale. A l'occasion de cette modification législative, le ministre de la justice aurait déclaré que des considérations pratiques devaient permettre l'usage de deux facteurs, la nationalité et le domicile <sup>900</sup>.

326. En Indonésie, la loi sur le mariage de 1974 unifie le droit familial interne qui était soumis à des conflits interpersonnels. En présence de personnes de nationalités différentes, elle prévoit l'application des lois nationales, mais permet à l'étranger d'opter pour la loi indonésienne <sup>901</sup>.

327. Hormis la loi suédoise, en ce qu'elle vise également les Suédois à l'étranger, ces différents textes se caractérisent par une volonté d'application de la *lex fori*, plus que par un souci de respect de la personne et de la réalité de son environnement social tel qu'elle le perçoit. Le «modèle» suédois, même s'il est limité par le sens des migrations vers son territoire, allie l'adaptabilité aux réalités sociales avec la tentative de dégager un principe général.

#### f) *Mariage polygamique*

328. L'introduction du principe d'autonomie n'a pas d'incidence notable sur la validité du mariage polygamique. L'application distributive des lois nationales conduit déjà une partie de la doctrine, peu suivie par la jurisprudence, à admettre

<sup>899</sup> PALSON L., *Int'l Encycl.*, n° 66 et «Marriage», 1981, p. 92; Act on Certain International Relationship concerning marriage and guardianship du 8 juillet 1904, modifié en 1973.

<sup>900</sup> BOGDAN M., p. 688.

<sup>901</sup> LIPSTEIN et SZASZY, *Int'l Encycl.*, p. 14. Pour les conflits interethniques qui seraient maintenus, la loi ne prévoyant rien, certains auteurs considèrent que les parties peuvent exercer un choix. KATZ AND KATZ, «The new Indonesian marriage law. A Mirror of Indonesia's political, cultural and legal Systems», *Am. J. Comp. L.*, 1975, pp. 653-681, p. 679. Sur les conflits interpersonnels, *supra*, n° 242.

la validité du mariage polygamique lorsque la loi nationale du mari le permet sans devoir avoir égard à la loi nationale de l'épouse<sup>902</sup>. Deux arguments peuvent être opposés à cette doctrine. La condition peut être considérée comme bilatérale: selon sa loi nationale, l'épouse est en droit d'être la seule épouse. Faut-il, une fois écartée l'hypothèse du mariage potentiellement polygamique, considérer qu'en se mariant et se sachant la seconde épouse, la femme peut renoncer à ce droit qu'elle tire de son statut personnel? C'est centrer la question sur le deuxième argument: ce statut personnel est-il d'ordre public? L'effectivité de l'exception d'ordre public sera *in casu* jugée à l'aune du principe de proximité, tant par rapport à l'espace, selon que le mariage a lieu dans un pays de droit musulman ou non, que par rapport à la personne selon son statut personnel.

Dans la jurisprudence belge, le mariage polygamique entre Marocains est valable s'il a été célébré au Maroc. La célébration d'un mariage polygamique est refusée en Belgique. Le mariage polygamique entre un Marocain et une Belge, dont la célébration est refusée en Belgique, sera, s'il est célébré au Maroc, plus facilement validé si l'épouse belge est de religion musulmane. C'est bien l'ordre public qui est en jeu, tant territorialement - sinon pourquoi refuser le mariage polygamique en Belgique, conforme au statut personnel des intéressés? - que personnellement - sinon pourquoi refuser le mariage polygamique d'une Belge à l'étranger, alors que le statut personnel de son mari le permet<sup>903</sup>?

<sup>902</sup> FALLON M., «Chronique relations familiales (1980-1987)», *R.T.D.F.*, 1988, p. 210, n° 24, *contra* VERWILGHEN M., *Juriclasser*, n° 70. Pour d'autres développements: VAN HECKE G., «Le mariage polygamique devant les tribunaux belges», pp. 7-12; VAN HECKE et RIGAUX, «Examen de jurisprudence», *R.C.J.B.*, 1976, p. 228, n° 14; TAVERNE M., «Quelques réflexions à propos de la polygamie»; BALLION F., pp. 69-94; HANOTIAU B., «Chronique de jurisprudence - Droit international privé - Les personnes et les relations familiales (1974-79)», *R.T.D.F.*, 1980, p. 235, spéc. n° 10; MERCIER P.; FADLALLAH I., «La famille légitime», p. 184; LORENZEN E.G., «Polygamy and the conflict of laws», in *Selected articles*, p. 394..

<sup>903</sup> Bruxelles, 28 décembre 1987, *R.D.E.*, p. 151; Civ. Bruxelles, 20 novembre 1990, *R.D.E.*, 1990, p. 351, a refusé les effets pécuniers (pension alimentaire) d'un mariage polygamique «célébré» entre Marocains au Maroc, le mari étant engagé dans les liens d'un premier mariage avec une Belge. En invoquant ainsi l'ordre public international belge, le tribunal parvient à priver l'épouse marocaine de la pension alimentaire que lui reconnaît la loi marocaine régissant son statut personnel. Est-ce bien faire droit aux principes fondamentaux de l'ordre social, économique et politique belge? Contre cette décision, voy. la note de FOGLETS M.Cl., «Quelques réflexions à propos de la régularisation rétroactive des mariages *solo consensu*», *idem*, p. 354 et le jugement prononcé en premier degré et réformé par le Tribunal de première instance, J.P. Saint-Gilles, 5 avril 1990, *idem*, p. 357.

329. Sans doute l'introduction de l'option de droit devrait-elle atténuer l'effet de l'ordre public pour avoir égard à la volonté exprimée des parties. Si la deuxième épouse belge d'un ressortissant marocain accepte l'option en faveur du droit marocain, ce mariage devrait-il être invalidé? Non, sauf à considérer la monogamie *in abstracto* comme un principe fondamental à l'ordre social, économique et politique du pays ou, plus subtilement, à considérer que le principe d'égalité des sexes est atteint en ce que l'épouse ne peut pas pratiquer la polyandrie (antonyme de «polygynie», non de polygamie). De son côté, la première épouse belge peut-elle s'opposer au deuxième mariage de son mari marocain, alors que les époux avaient opté pour le droit marocain? Un tribunal hollandais en a jugé ainsi<sup>904</sup>. La décision se comprend: même si le contrat de mariage visait explicitement le droit musulman, l'option de droit n'est pas introduite dans le droit positif des Pays-Bas pour la validité du mariage. La décision a relevé le lien social étroit avec la Hollande. Van Rooij et Pollak se demandent si on ne va pas vers une attitude plus libérale vis-à-vis des mariages polygamiques conclus à l'étranger avec le consentement explicite de toutes les parties concernées<sup>905</sup>.

Cette réflexion, qui atténue l'ordre public personnel, maintient l'ordre public territorial. Confronté au principe d'autonomie, le débat devient moins une question d'espèce qu'une question de principe entre l'étendue des sphères du privé et du public. C'est le noeud gordien du principe d'autonomie. Le trancher d'autorité, à l'exemple d'Alexandre, consommerait la rupture entre le droit et l'ordre social. Seul l'ordre public comme limite externe peut, par sa souplesse, le serrer et le desserrer, à l'image de l'évolution de la société. Il reste que l'épouse belge peut, selon le droit matériel marocain pour lequel elle aurait opté, prévoir dans son contrat de mariage l'exclusion de la polygamie (supra n° 144 et 150). Cette liberté contractuelle, conforme à la loi choisie, serait parfaitement valable et doit être conseillée. L'ordre public belge ne sera, sur ce point, guère enclin à s'y opposer.

Si le principe d'autonomie confère une unicité aux différents moments du rapport de vie commune et si le principe d'une

904 Rb Arnhem, 2 octobre 1975, *N.I.L.R.*, 1980, p. 229.

905 VAN ROOIJ et POLLAK, p. 191.

option de droit unique pour l'ensemble du rapport de vie a été dégagé, il demeure utile de distinguer les effets (B) et le relâchement (C), tant eu égard à la réalité présente qu'aux adaptations possibles du principe d'autonomie à chaque stade.

### **B Les effets**

**330.** Les effets du mariage se subdivisent en effets personnels (1) et effets patrimoniaux (2). Les rapports avec les enfants sont abordés séparément (section 3, n° 360 ss.).

#### **1) Les effets personnels**

**331.** La loi personnelle du mariage, désignée au moment de la création du lien, en régit les effets. Les effets personnels recouvrent traditionnellement les «droits et devoirs réciproques des époux»<sup>906</sup>, étant essentiellement la cohabitation, la fidélité, le secours et l'assistance, l'exercice de la profession. La capacité et le nom des époux ont fait l'objet d'un rattachement autonome (*supra* n° 300 et 305). Cette loi pourrait être modifiée en raison de trois facteurs:

- 1° le changement de contenu qui se règle selon le droit transitoire;
- 2° le changement de nationalité ou de résidence habituelle qui se règle selon les principes de conflit mobile appliquant la nouvelle loi aux effets futurs dans le respect des droits acquis;
- 3° la désignation d'une autre loi par option nouvelle des parties homologuée par le tribunal. Cette nouvelle loi s'applique également aux effets futurs sans porter atteinte aux droits acquis.

La combinaison de ces trois facteurs de mutabilité sera approfondie pour la matière dans laquelle cette question est déjà connue: les régimes matrimoniaux (*infra*, n° 338 ss).

---

<sup>906</sup> Ou mieux : «respectifs», selon le titre de l'ouvrage de Nadine WATTE, 1987.

**332.** Très concrètement, dans les limites autorisées par la loi désignée, les parties peuvent prendre des dispositions matérielles régissant leurs relations personnelles. Les seules limites demeurent les dispositions impératives et l'ordre public de la *lex fori* et des lois non retenues par option. Un couple dont le mari est marocain et la femme belge peut parfaitement prendre des dispositions matérielles sur les tâches réciproques, l'usage du nom, la résidence conjugale... Si un litige était soumis au juge belge, il pourrait écarter les dispositions qui seraient jugées contraires aux normes impératives du régime primaire mais, même dans ce cas, le contrat signé par les époux le guiderait dans l'interprétation des obligations réciproques. Ainsi, si, selon l'article 214 du Code Civil, la résidence conjugale des époux est fixée de commun accord ou, à défaut, par le juge de paix, les parties pourront s'accorder dans leur contrat. Si la résidence conjugale est déplacée et qu'il y a désaccord, le contrat pourra guider le juge dans son choix. De son côté, le droit marocain devrait respecter, avec les mêmes limites, l'application du principe d'autonomie aux contrats entre époux quelle que soit leur nationalité<sup>907</sup>.

**333.** Les codifications récentes se caractérisent par la recherche d'une loi applicable en proposant des alternatives en cascades courtes (Suisse) ou longues (R.F.A.) s'achevant avec la souplesse du principe de proximité comme bouée de sauvetage. L'application du principe d'autonomie y a trouvé une place limitée, plus proche des rattachements alternatifs favorisant un choix de la *lex fori*<sup>908</sup>. L'article 14 du E.G.B.G.B. (1986) introduit, au sein du rattachement en cascade selon l'échelle de Kegel, la possibilité d'opter tantôt pour une loi nationale commune même si l'un des époux possède une autre nationalité plus effective, tantôt pour la loi nationale d'un seul des deux époux si les époux n'ont pas eu de nationalité commune, n'ont plus de résidence habituelle dans le même Etat et que la nationalité d'aucun ne coïncide avec leur résidence habituelle. Il n'est plus permis d'écrire que la solution des conflits de lois relatifs aux effets du mariage n'est «jamais la loi choisie par les parties»<sup>909</sup>.

---

907 SAREHANE F., p. 241.

908 Pour la situation dans les différents pays relativement aux effets personnels du mariage, voy. von BAR Ch., «Personal effects of Marriage», *Int'l Encycl.*, vol. III, ch. 17, 1985, 48 p.; réservé sur le principe d'autonomie, n° 32 et Annexe 2, E, 3°.

909 BATIFFOL H., «La crise du contrat», 1968, p. 24

## 2) Les aliments

**334.** Les aliments entre époux font généralement l'objet d'une catégorie propre. Ils s'insèrent entre, d'un côté, les relations personnelles, en ce qu'ils pallient au non-exercice en nature du devoir de secours et d'assistance et, de l'autre côté, les questions patrimoniales après le relâchement du lien conjugal, tenant compte des moyens de chacun ou veillant à la compensation soufferte pour la perte de la pension de survie par l'époux divorcé, généralement la femme. A ce stade, postérieur à la dissolution, l'obligation alimentaire peut également revêtir un caractère indemnitaire. La base du principe demeure toutefois le mariage ayant existé entre parties. Il paraîtrait dès lors normal de rattacher les aliments entre époux à la loi régissant les effets du mariage, c'est-à-dire, selon la notion élargie résultant du principe d'autonomie, la loi personnelle du mariage. Faudrait-il avoir ici égard à une situation particulière et, comme dans d'autres matières, protéger la partie faible, étant le créancier d'aliments? Dans la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires<sup>910</sup>, cet objectif matériel est atteint par un rattachement en cascade privilégiant la loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments (article 4) pour y substituer si, par cette loi, le créancier ne peut obtenir des aliments du débiteur, dans l'ordre, la loi nationale commune (article 5) ou la *lex fori* (article 6). En cas de dissolution du lien conjugal, par divorce, séparation de corps, nullité ou annulation, c'est la loi appliquée à la dissolution qui régira les aliments (article 8). Cette règle peut, indirectement, entraîner l'application d'une loi choisie si le divorce est régi par une règle de conflit qui permet l'option de droit, comme le prévoit le droit international privé des Pays-Bas (*infra*, n° 354).

**335.** L'application du principe d'autonomie proposé soumettrait l'obligation alimentaire à la loi communément choisie par les époux ou, à défaut, à la loi de leur résidence habituelle commune la plus proche dans le temps. Il se pourrait que l'une ou l'autre ne permette pas à l'époux demandeur

---

<sup>910</sup> Signée par la Belgique le 9 novembre 1976, mais non ratifiée; cette convention est en vigueur dans dix Etats; voy. aussi PALSSON L., «Family conflict of laws», p. 358.

d'obtenir des aliments. A défaut d'accord <sup>911</sup>, l'option ne pourra être modifiée pour y remédier. Le créancier d'aliment doit-il assumer cette situation comme conséquence de l'exercice de son libre choix? La question se reposera pour l'enfant auquel l'option de droit aura été imposée (*infra*, n° 364). Une exception, commune aux aliments, devrait protéger la partie faible. Deux solutions peuvent être sérieusement avancées: un rattachement en cascade conforme à la Convention de La Haye ou une seule clause d'exception garantissant le principe de proximité en faveur du créancier d'aliment. La première solution pourrait s'envisager par soustraction simple des aliments au principe d'autonomie et maintien de la Convention de La Haye. Elle rompt malheureusement l'unicité du rapport de vie et la simplicité de sa gestion. La deuxième solution introduirait, au sein du principe d'autonomie, une disposition proche de celle protégeant les consommateurs, à l'article 5 de la Convention de Rome, précisant que la loi normalement applicable en vertu de l'option de droit ou de la règle de conflit subsidiaire ne peut avoir pour effet de priver le créancier d'aliments de la pension alimentaire qu'il pourrait obtenir en vertu de la loi de sa résidence habituelle. La disposition a deux travers. Il n'est pas certain que la loi de sa résidence habituelle prévoit une pension alimentaire. Elle peut en outre mener à des abus par déplacement de la résidence habituelle vers l'Etat assurant la plus «belle pension». La clause d'exception pourrait, comme dans certaines codifications, être le simple rappel du principe de proximité: à défaut d'obtention d'une pension alimentaire par la loi normalement applicable, il sera fait application parmi les lois accordant des aliments de la loi de l'Etat ayant le lien le plus étroit avec la situation. N'est-ce pas négliger les limites externes garantissant le principe de proximité? Les dispositions impératives de la *lex fori* ou des lois non choisies pourront s'appliquer. En principe, la loi ne prévoyant pas de pension alimentaire ne devrait pas l'interdire par une disposition impérative qui s'opposerait à celle-ci. Si tel était le cas, l'ordre public de ces ordres juridiques devrait-il s'incliner? N'est-ce pas le seul cas à retenir, celui d'absence de toute pension, le créancier d'aliments devant, assumant sa liberté, accepter une pension moins importante que celle qui serait accordée par une autre

---

<sup>911</sup> En cas d'accord, par exemple suite à un divorce par consentement mutuel, la détermination de la pension alimentaire à quelque niveau que ce soit, y compris son absence, est déjà acceptée. Voy. JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., «De aluipweg...», p. 10.

loi? <sup>912</sup> Ce paraît être l'équilibre entre le respect de la vie privée et la protection sociale. Certes, il se peut que, l'Etat du for ne prévoyant lui-même aucune pension alimentaire, le tribunal ne fasse pas usage de l'exception d'ordre public. Dans cette hypothèse, une clause d'exception ne serait pas ratifiée et une clause échappatoire générale ne serait pas appliquée.

En conclusion, l'option de droit, assortie des limites imposées par les principes de proximité et de justice, particulièrement les dispositions impératives et l'ordre public de la *lex fori*, donnent des garanties suffisantes en faveur de l'attribution d'une pension alimentaire, rendant inutile une disposition exceptionnelle en vue de protéger la partie faible <sup>913</sup>.

### 3) *Les effets patrimoniaux (régimes matrimoniaux)*

336. Les effets patrimoniaux du mariage, du vivant des époux, sont réglés par ce qu'il est convenu d'appeler les régimes matrimoniaux. Précédé en ce domaine par la liberté contractuelle, le principe d'autonomie ne devrait pas rencontrer d'obstacle majeur. Décrivant le droit interne, Caleb notait en 1927 que, si les effets personnels du mariage sont «organisés d'office et d'autorité par le législateur, qui a intérêt à voir triompher sa propre conception du mariage et de la famille», il n'en va pas de même des effets réels qui peuvent être soumis à la volonté des parties; le législateur n'y ayant pas d'intérêt «n'intervient qu'à

<sup>912</sup> Voy. Rb. Breda, 16 décembre 1988, *N.I.P.R.*, 1988, n° 206, refusant, conformément au droit marocain, une pension alimentaire après divorce entre ex-époux marocains ayant divorcé au Maroc au motif qu'il y va d'un choix implicite du droit marocain.

<sup>913</sup> Sur les aliments et compensations des droits à la pension comme effets du mariage dissout, voy. *Annuaire I.D.I.*, session d'Helsinki, vol. 61, II, 1986, p. 304, point 8 de la résolution sur la loi applicable à certains effets du mariage; E.G.B.G.B. (1986), article 17, al. 3, soumettant en principe la compensation à la loi des effets du mariage pour autant qu'elle soit prévue par la loi nationale d'un des conjoints au moment du divorce ou si un conjoint a acquis des expectatives de pension auprès d'un assureur établi en R.F.A. ou si les effets généraux du mariage ont été régis à un moment quelconque par une loi prévoyant la compensation. Une disposition matérielle ajoute que la compensation ne sera pas «contraire à l'équité, compte tenu de la situation économique de chaque conjoint» (cfr. Convention de la Haye du 2 octobre 1973, article 11). Sur la notion de compensation des droits à la pension en R.F.A. et dans certains Etats aux Etats-Unis, FRANCK R., «Le divorce en droit international privé allemand», in *Travaux Com. français de droit international privé*, 1979, p. 68. Sur la situation comparée du droit international privé pour les effets alimentaires, voy. Tableau, Annexe 2, I.

titre supplétif comme un notaire»<sup>914</sup>. Le doigt était mis sur le point central: le rapport entre l'intérêt privé et l'intérêt public.

**337.** Alors que, pour l'essentiel des systèmes anglo-saxons et de droit musulman, le mariage n'a pas d'incidence directe sur les biens des époux, ce qui n'interdit pas de contracter à leur sujet, les systèmes européens maintiennent, pour la plupart et avec des nuances, les régimes matrimoniaux au sein du statut personnel en tant qu'effet du mariage. Toutefois, ils permettent également aux époux de veiller à la gestion de leur patrimoine par voie contractuelle. Dans l'ensemble des rapports patrimoniaux, qu'il s'agisse des régimes matrimoniaux ou des successions, les codifications vont asseoir l'autorité du principe d'autonomie<sup>915</sup>.

**338.** La question délicate porte sur la mutabilité des régimes matrimoniaux combinée au conflit mobile. Pour l'aborder correctement, il convient de faire une double distinction, l'une de rappel, au sein du principe d'autonomie, l'autre au sein de la mutabilité. Attiré précisément par la liberté contractuelle qui s'y est imposée, le principe d'autonomie sera mal appliqué si les deux degrés du raisonnement ne sont pas fermement maintenus. Le premier degré est le choix, par option, d'une loi applicable *in abstracto*: l'une des lois nationales ou de résidence habituelle en présence. Le deuxième degré est le contenu de cette loi. Si elle permet la liberté contractuelle en matière de régimes matrimoniaux, un contrat comportant des dispositions précises peut être rédigé<sup>916</sup>. Voyons l'autre distinction avant de combiner les deux. Tant la loi choisie *in abstracto* que la loi désignée *in abstracto* par la règle de conflit subsidiaire peuvent se modifier de deux façons: soit en tant que loi applicable *in abstracto* par expression d'un choix nouveau, homologué par le tribunal; soit dans la loi appliquée *in concreto* par modification de la

<sup>914</sup> CALEB M., p. 313.

<sup>915</sup> Pour la situation dans différents Etats en matière de régime matrimoniaux: voy. DROZ G.A.L., «Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé», *R.C.A.D.I.*, 1974, II, vol. 143, pp. 1 à 138; VERWILGHEN M., (dir.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités; droit international privé et comparé*, Bruxelles, Union internationale du notariat latin (Livre bleu), 2 t., 1979; *adde* Annexe 2, E, 4°.

<sup>916</sup> Voy. le raisonnement correct chez DONNEDIEU de VABRES H., s'opposant à SURVILLE, p. 522; «Bien loin que l'autonomie de la volonté soit la transposition dans les rapports internationaux de la liberté des conventions matrimoniales telle que la prévoit le droit interne»; pour le raisonnement mélangeant les deux niveaux: SURVILLE, «Du rôle de la volonté dans la solution des questions du droit international privé que soulève le contrat de mariage», *Rev. crit. législ. et jurisp.*, 1888, p. 173, se référant à Jean VOET.

matérialisation du facteur de rattachement. Dans ce dernier cas, c'est l'acquisition d'une nouvelle nationalité ou la modification de la résidence habituelle qui suscite un conflit mobile. Pour distinguer les deux hypothèses, la première sera appelée mutabilité abstraite voulue, la deuxième mutabilité abstraite automatique. Le droit matériel applicable peut, lui aussi, se modifier soit par la volonté, si un contrat comporte des dispositions précises, soit par un fait extérieur, étant le changement de la loi suscitant un conflit de droit transitoire. Ce seront respectivement la mutabilité matérielle voulue et la mutabilité matérielle légale<sup>917</sup>. Le problème complémentaire de conflit transitoire de droit international privé est écarté. A défaut de dispositions précises dans le texte, il peut s'intégrer au mécanisme de la mutabilité abstraite automatique.

Avant d'examiner les différentes combinaisons, il faut établir un présupposé résultant de l'étude de l'évolution du statut personnel. En soi, la mutabilité juridique d'une matière de statut personnel n'est pas condamnable. Selon l'expression de Von Overbeck, rien n'oblige à considérer que «les époux vivent un régime comme des croyants vivent une religion»<sup>918</sup>. La sécurité visée est mieux atteinte par la connaissance qu'ont les parties du droit choisi. Si ce droit est celui de la résidence habituelle des époux, hypothèse la plus fréquente par application de la règle de conflit subsidiaire ou d'une option en ce sens, il est certain que les époux en auront meilleure connaissance si ce droit est bien celui de leur résidence habituelle actuelle et non celui de leur première résidence conjugale. Pour cela, la mutabilité doit être automatique. L'harmonie des solutions dépend de l'extension de l'acceptation des systèmes. La protection des tiers nécessite des mesures de publicité notamment sur les documents d'identité. Chaque mutabilité et ses principales combinaisons sont illustrées par le couple Mohamed Marocain (M.M.) et Béatrice Belge (B.B.), ayant initialement opté pour la loi belge, loi de résidence habituelle de Béatrice.

---

<sup>917</sup> Non pas «automatique» pour distinguer l'incidence de la loi de celle des faits.

<sup>918</sup> VON OBERBECK A.E., *Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse*, C.E.D.I.D.A.C., p. 65.

a) *Mutabilité abstraite voulue*

**339.** La mutabilité abstraite voulue par expression d'une nouvelle option ne pose pas de problème particulier. M.M. et B.B. optent pour la loi nationale de M.M. Il se peut toutefois qu'une disposition impérative du droit auquel les époux étaient soumis, ici le droit belge, interdise l'option abstraite par simple désignation d'un droit étranger, sans précision du régime appliqué. C'est précisément le cas des articles 1389 du Code Civil belge, lorsqu'un des époux est belge<sup>919</sup> et 1409 du B.G.B. allemand<sup>920</sup>. La disposition est étonnante en ce qu'elle pourrait entraîner la pétrification du droit étranger désigné, ce qui n'est pas souhaitable, à défaut d'une volonté expresse des parties d'être soumises à un régime précis plutôt qu'à une loi qui peut évoluer.

b) *Mutabilité matérielle voulue*

**340.** De même, la mutabilité matérielle voulue, qui modifie le contenu d'un contrat, ne pose pas de problème. Selon la loi belge, M.M. et B.B. prennent des dispositions matérielles. Dans les deux cas, il faudra recourir aux formalités d'homologation et de publicité prévues. Pour le surplus, «le droit choisi (ou désigné subsidiairement) reste applicable tant que les époux n'ont pas modifié ou révoqué ce choix» (L.S.D.I.P., art. 53, al. 3).

c) *Mutabilité abstraite voulue et mutabilité matérielle voulue*

**341.** La combinaison des deux mutabilités voulues se résume à un nouveau contrat matériel. Il est possible si la nouvelle loi pour laquelle les époux optent l'autorise. M.M. et B.B., ayant opté pour la loi marocaine, prennent des dispositions matérielles, comme cette loi les y autorise.

---

<sup>919</sup> RIGAUX F., t. II, n° 1250.

<sup>920</sup> «Ne peut être choisie comme loi régissant le régime matrimonial une loi abrogée ou étrangère» (tel que modifié par la loi du 25 juillet 1986).

*d) Mutabilité abstraite automatique*

342. Le changement de concrétisation du facteur de rattachement va entraîner automatiquement l'application d'une nouvelle loi. M.M. et B.B. vont établir leur résidence habituelle au Maroc. Cette loi régit désormais leur mariage. Ce serait le cas même si seule B.B. modifiait sa résidence habituelle, compte tenu du choix exprimé comme étant la loi de la résidence habituelle de l'épouse. Ce conflit mobile est généralement refusé dans la doctrine actuelle rattachant le régime matrimonial à un point fixe, sauf expression d'une nouvelle volonté. Aucune raison *a priori* n'impose le refus de la mutabilité automatique. La raison principale invoquée est que «tout changement de régime matrimonial durant le mariage nécessite des opérations assez complexes de liquidation, de transfert des biens ou de partage, qui ne sauraient découler de la seule opération de la loi»<sup>921</sup>. Cela est vrai. L'argument doit toutefois être mis en balance avec la réalité de la vie et l'intérêt des tiers. La réalité de la vie est que le «pays d'intégration prépondérante» des intéressés devient celui de la nouvelle résidence habituelle. Faut-il, à chaque fois, leur imposer une modification volontaire lourde? Il peut, et ce serait le cas le plus fréquent, n'y avoir eu aucune option de droit dans le contrat de mariage. Croit-on que le couple, de nombreuses années plus tard, se sait régi par la loi d'une ancienne résidence conjugale parce qu'il n'a pas émis de choix? L'intérêt des tiers est mieux sauvegardé par la mutabilité. Ils peuvent connaître beaucoup plus facilement la résidence habituelle actuelle des époux que leur première résidence conjugale. Seule la mutabilité abstraite est ici visée. C'est celle qui touche à la loi applicable désignée ou choisie sous la seule mention «loi de résidence habituelle de» ou «loi nationale de». L'acte ne doit donc pas être modifié. La publicité est stable. Si, initialement, M.M. et B.B. avaient choisi la «communauté de biens réduite aux acquêts», parce que c'était la loi de résidence habituelle de B.B., la mention explicite du régime matériel ne pourra être modifiée par le simple déplacement de la résidence habituelle. Tant le respect du contrat précis entre parties que l'intérêt des tiers imposent en ce cas l'immutabilité matérielle automatique.

---

<sup>921</sup> RIGAUX F., t. II, n° 1261; ERAUW J., «Beginselen», p. 167; VAN HECKE et LENAERTS, p. 275, n° 580 et 581.

Le conflit mobile soumet les époux à un régime nouveau. Du régime de communauté réduite aux acquêts, M.M. et B.B. passent à un régime de séparation de biens. Il faut considérer les biens acquis sous le régime précédent comme communs. Le nouveau régime ne rétroagit pas automatiquement. Les biens futurs seront propres. Ce «système des wagons»<sup>922</sup> par lequel les époux traînent derrière eux autant de régimes matrimoniaux qu'ils ont eu de résidences peut paraître complexe. Il faut relever quatre atténuations. Premièrement, les systèmes ne sont pas nombreux dans le monde. Deuxièmement, le conflit mobile semblerait accepté dans les systèmes actuels, qui privilégient la nationalité commune en cas de nationalité devenue commune durant le mariage ou en cas de changement de nationalité des deux époux. Troisièmement, les biens antérieurs sont, en partie, «liquidés» par vente en cas de changement transfrontière de résidence habituelle. Ces liquidités rentrent dans le nouveau régime ou sont facilement partageables. Quatrièmement, les époux peuvent, par convention, aussi bien prévoir l'immutabilité de leur option que remédier aux conséquences de la mutabilité par un nouveau contrat ou un contrat de partage au moment du changement. C'est la solution retenue à l'article 8, alinéa 2 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, dans le cadre de la mutabilité automatique visée à l'article 7, limitée aux cas d'absence de choix initial de loi applicable<sup>923</sup>.

343. En conclusion, sans être atteint, l'intérêt de la société paraît mieux protégé. L'intérêt privé des époux, s'il rencontre quelques difficultés, les compense par la simplicité d'un principe général rattachant le régime matrimonial à leur lieu de vie et par la possibilité d'y apporter des aménagements volontaires. Dans la codification allemande (E.G.B.G.B., 1986, art. 15), la mutabilité automatique est refusée avec certitude lorsque la loi est désignée selon les règles de conflit applicables aux effets généraux du mariage et, semble-t-il, également lorsque la loi appliquée résulte d'un choix. La codification suisse (L.S.D.I.P.,

---

<sup>922</sup> VON OVERBECK A.E., «Régimes matrimoniaux et successions dans le droit international privé suisse», p. 66.

<sup>923</sup> Convention de La Haye du 14 mars 1978, article 8: «Le changement de la loi applicable... n'a d'effet que pour l'avenir... Toutefois, les époux peuvent... soumettre l'ensemble de leurs biens à la nouvelle loi...». *Adde*: le § 7 de l'Ö-IPR-G (Autriche), *supra*, note 831.

1987, article 55)<sup>924</sup> a adopté la position inverse, la mutabilité abstraite automatique y est consacrée. Avec précision, la loi suisse exclut la mutabilité matérielle automatique par la dernière proposition de l'alinéa 2 pouvant viser aussi bien un contrat conclu alors que le mariage était «interne» qu'un contrat conclu dans le cadre d'un mariage déjà international, conformément à la loi applicable. De même, les parties peuvent, dans leur option de droit ou ultérieurement, prévoir l'immutabilité du contenu de la loi applicable en cas de conflit mobile, qu'il convient de distinguer d'une pétrification de ce droit qui ne pourrait se faire que par adoption d'un régime précis. A la différence du système défendu ici, l'article 55, al. 1 de la L.S.D.I.P. prévoit la rétroactivité du nouveau régime, sauf convention contraire. Cette position facilite la liquidation de l'ancien régime en évitant le «système des wagons»<sup>925</sup>. Par contre, elle remet en question les droits acquis sous l'ancien régime. Si, comme M.M. et B.B., les époux passent d'un régime de communauté à un régime de séparation, les biens acquis antérieurement sont désormais présumés acquis séparément. La preuve en sera rapportée par tout document. Or il est vraisemblable que les époux, se sachant en communauté, possèdent des factures ou comptes établis au nom tantôt de l'un tantôt de l'autre. L'effet sera atténué pour des contrats conclus en commun, ce qui sera probablement le cas pour des biens immobiliers, par exemple. En cas de désaccord, le tribunal tranchera. Inversement, des époux passant d'un régime de séparation à un régime de communauté pourraient, ne s'en souciant pas s'il s'agit initialement du régime subsidiaire, être très surpris par la mise en commun rétroactive de biens dont l'un ou l'autre était devenu propriétaire après le mariage. L'entrée en vigueur du régime de communauté pour le futur paraît plus aisément praticable, rien n'empêchant les époux de décider de mettre leurs biens passés en commun, mais rien ne mettant leur droit acquis en péril s'ils ne songent pas à établir une convention.

<sup>924</sup> Article 55.

- «1. En cas de transfert du domicile des époux d'un Etat dans un autre, le droit du nouveau domicile est applicable et rétroagit au jour du mariage. Les époux peuvent convenir par écrit d'exclure la rétroactivité.
2. Le changement de domicile n'a pas d'effet sur le droit applicable lorsque les époux sont convenus par écrit de maintenir le droit antérieur ou lorsqu'ils sont liés par un contrat de mariage.»

La disposition ne vise, *expressis verbis*, que le domicile. Elle paraît devoir s'appliquer *mutatis mutandis* au changement de nationalité.

<sup>925</sup> VON OVERBECK A.E., «Régimes matrimoniaux et successions dans le droit international privé suisse», p. 66.

**344.** Parmi les passages d'un régime matrimonial à un autre, il est difficile, sociologiquement, de prévoir l'hypothèse la plus fréquente, compte tenu des deux facteurs prépondérants au sein des migrations contemporaines, la stabilisation des étrangers venus de pays de droit musulman (séparation de biens) et la mobilité des étrangers européens dont les régimes peuvent être très différents (séparation de biens en Angleterre). Seuls de nombreux retours au pays d'origine dans la première catégorie pourraient susciter d'importants passages d'un régime de communauté, choisi ou appliqué subsidiairement au titre de résidence habituelle, vers un régime de séparation. Cette hypothèse est peu vraisemblable (*supra* n° 216). Les autres mouvements migratoires sont imprévisibles. L'ensemble de ce constat ne peut servir à fonder l'une ou l'autre théorie sur la mutabilité automatique. Le système retenu, d'une loi unique pour le rapport de vie qu'est le mariage<sup>926</sup>, conduit à proposer la mutabilité automatique à l'exclusion de la rétroactivité<sup>927</sup>. Pour l'ensemble de leur relation, les époux demeurent alors, tout choix sauf, soumis à la loi traduisant l'intégration prépondérante: nouvelle nationalité ou nouvelle résidence habituelle.

---

<sup>926</sup> ERAUW J., «Beginselen», p. 167, relève que deux systèmes différents sont proposés selon que les effets sont personnels ou patrimoniaux.

<sup>927</sup> Ce régime, dominant aux Etats-Unis, y est consacré par le § 258 du Restatement 2d (p. 109 ss.). Il a été jugé contraire à l'ordre public international français malgré la volonté contraire des époux (Paris, 3 décembre 1980, *R.C.D.I.P.*, 1981, p. 501, note GAUDEMET-TALLON H., notamment sur l'objet de la contrariété à l'ordre public: la règle de conflit ou le droit matériel américain, dans celui-ci la divisibilité ou la mutabilité du régime matrimonial); *Adde Annuaire I.D.I.*, session de Dijon, vol. 59-II, 1982, p. 247; Résolution sur le problème intertemporel en droit international privé, notamment point 6: «En particulier, lorsqu'il s'agit de situations juridiques continues concernant le statut personnel, les droits réels ou les obligations, le statut personnel établi et les droits acquis avant la survenance d'une modification du droit en la matière devraient être protégés dans toute la mesure du possible». Le projet de résolution de l'Institut de droit international sur «l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées» ne se prononce pas sur la rétroactivité automatique laissant aux parties la liberté «de donner au choix postérieur de la loi applicable un effet rétroactif, sous réserve des droits acquis par les tiers» (art. 5, al. 2) et laissant «au juge la possibilité d'interpréter, en l'absence de précisions sur l'effet rétroactif du choix de la loi applicable, la volonté des parties» (*I.D.I.*, Session de Bâle, Travaux préparatoires, vol. 64-I, 1991, p. 74).

e) *Mutabilité abstraite automatique et mutabilité abstraite voulue ou mutabilité matérielle voulue*

345. La combinaison du conflit mobile engendré par la mutabilité abstraite automatique avec une mutabilité volontaire, qu'elle soit abstraite par changement d'option ou matérielle par modification des dispositions du contrat, est heureuse et permet aux parties de résoudre explicitement les différentes questions soulevées par le conflit mobile. Il faut toutefois être attentif à ce que la mutabilité volontaire qui intervient après le conflit mobile doit se faire en conformité avec la loi qui, selon le nouveau rattachement, est applicable<sup>928</sup>. Si cette mutabilité n'est pas autorisée selon la loi de la nouvelle résidence ou de la nouvelle nationalité, les époux prudents pourraient modifier leur option ou les dispositions de leur contrat avant la modification du facteur de rattachement. La question sera alors celle de la reconnaissance de leur contrat par les autorités du nouvel ordre juridique auquel ils sont soumis. Elle peut s'avérer plus aisée que l'obtention ultérieure d'une modification du contrat. M.M. et B.B. qui transportent leur résidence au Maroc peuvent opter pour la loi nationale de B.B. ou rédiger un contrat précisant leur régime. Si le droit marocain, quod non, leur refusait la possibilité d'un tel contrat, ils auraient pu envisager de le rédiger avant leur départ au Maroc.

f) *Mutabilité matérielle légale*

346. La mutabilité matérielle légale recouvre le conflit de droit matériel transitoire. La loi interne belge, choisie par le couple, en tant que loi de la résidence habituelle de B.B., se modifie. Ce fut le cas en Belgique, lorsque la loi du 14 juillet 1976 introduisit notamment le régime primaire et la mutabilité des conventions matrimoniales<sup>929</sup>. Les époux sont soumis à la nouvelle loi, sauf les dispositions précises de leurs contrats qui n'iraient pas à l'encontre de normes impératives de cette loi.

<sup>928</sup> Ce point de vue, dans la doctrine belge, au regard du droit positif actuel: RIGAUX F., t. II, n° 1261; ERAUW J., «Beginnelsen», p. 168; VAN HECKE et LENAERTS, p. 275, n° 580.

<sup>929</sup> *Moniteur b.* 18 septembre 1976. Pour un cas, voy. Civ. Bruxelles, 23 mai 1989, R.D.E., 1990, p. 346, considérant que la nouvelle loi belge invalide une clause fixant la contribution des époux aux charges du mariage. La même décision distingue bien l'option pour le droit belge des clauses matérielles que ce droit permet.

*g) Mutabilité matérielle légale et mutabilité abstraite voulue ou mutabilité matérielle voulue*

**347.** La combinaison de la mutabilité matérielle légale avec la mutabilité volontaire abstraite ou matérielle permet, par une nouvelle option ou un nouveau contrat, d'adapter la situation au droit nouveau, voire d'y échapper. Toute modification devra, une fois l'entrée en vigueur du droit nouveau, respecter celui-ci et notamment les dispositions de droit transitoire qu'il édicte. Sauf dispositions impératives du droit nouveau qui auraient un effet rétroactif, une modification antérieure à l'entrée en vigueur du nouveau droit pourrait s'avérer utile. M.M. et B.B. pourraient opter pour le droit marocain. Si la nouvelle loi l'autorise, ils pourraient aussi rédiger un contrat de séparation pure et simple<sup>930</sup>. Ce faisant, ils ne doivent pas opter pour une nouvelle loi régissant l'ensemble de leur rapport de vie et ils restent soumis à la loi belge en général pour l'ensemble de leurs rapports matrimoniaux.

*h) Mutabilité matérielle légale et mutabilité abstraite automatique*

**348.** La conjugaison du conflit transitoire et du conflit mobile se posait davantage dans l'hypothèse où le conflit mobile qui ne permettait pas la modification automatique de la loi applicable était suivi d'une modification du droit interne de cette loi. Lorsque, complémentaiement, une attitude volontaire avait consacré la rupture des liens avec l'Etat de rattachement, l'application de son droit modifié devenait absurde. Le cas s'est posé pour les réfugiés tchèques et roumains venus en Occident qui n'étaient pas de plein droit soumis à la loi de leur nouvelle résidence habituelle en raison du refus de la mutabilité abstraite automatique, ou en raison de l'impossibilité de substituer de plein droit une loi de résidence à leur loi nationale. Dans le même temps, en raison de la modification du droit de leur loi nationale, ils auraient été soumis aux nouvelles lois socialistes<sup>931</sup>. Dans ce cas, l'acceptation de la mutabilité automatique par application de

---

<sup>930</sup> L'article 1394 du code civil belge (1976) le permet.

<sup>931</sup> BATIFFOL et LAGARDE, t. II, n° 619-1; RIGAUX F., t. I, n° 388, t. II, n° 1260 (avec référence au t. I, 1ère éd.); VAN HECKE et LENAERTS, p. 276, n° 582; VERHOEVEN J., R.C.A.D.I., 1985, III, n° 70 et 84 sur l'incidence de la reconnaissance ou non du nouvel Etat (divorce des Russes après la révolution).

la loi de la nouvelle intégration prépondérante paraît préférable à la pétrification artificielle de l'ancienne loi, par exemple de première résidence habituelle des intéressés. Le système proposé ici écarte précisément ces difficultés, par la mutabilité automatique en suite d'un conflit mobile si le facteur qui se modifie servait de rattachement; par la mutabilité volontaire en cas contraire, par exemple si la personne change de résidence alors qu'elle était soumise à sa loi nationale qui correspondait au lieu de sa résidence.

### C. *Le relâchement ou la dissolution du lien (divorce)*

349. La crise, le relâchement, le divorce, sont des étapes du rapport de vie conjugale qui l'amènent à son terme. Les praticiens savent que les désaccords juridiques qui surviennent à ce stade sont bien souvent le reflet d'une grande difficulté à vivre la rupture. Quelles que soient les causes de la séparation, il est rare que les parties s'y accordent avec le même élan que celui qui a conduit à leur union. De là il ressort que ce n'est bien souvent qu'à ce stade final du rapport de vie que les tribunaux en sont saisis pour la première fois, quand ce ne sera pas plus tard encore, à l'occasion d'une succession. Ceci explique deux constantes dans la manière de traiter le divorce international. La première est le détachement du divorce du reste du rapport de vie. Dans la segmentation générale du statut personnel, la dissolution est un procès propre. Au mieux, il sera encore fait référence au mariage si la validité même en est contestée. La deuxième constante est, comme la première, une forme de détachement, celle du rapport de vie d'avec le droit qui doit le régir. Tant en raison de la mobilité que de la stabilisation, qui peut avoir suivi un déplacement, la pratique a senti que souvent la loi qui régissait ces époux au moment du mariage ne «colle» plus à leur réalité au moment de la séparation. De diverses manières, une règle de conflits propre à la dissolution est alors dégagée. L'usage abondant de la *lex fori* par les tribunaux n'est pas que paresse. Il révèle aussi un fait social, le tribunal saisi est, en principe, celui du lieu de vie des époux; eux-mêmes, et fréquemment leurs conseils, songent d'abord à l'application de la loi du for. Celle-ci n'est écartée que si le conseil juridique s'avise d'une meilleure chance d'atteindre le résultat matériel souhaité par application d'une loi autre que la *lex fori*.

350. Ce double détachement est contraire à la réalité de vie. Pour les époux, l'évolution de la crise vers la dissolution est rarement instantanée, même si certains événements consomment la rupture. De même, il est rare qu'ils aient connaissance et songent à l'application d'une loi autre que celle qui avait régi leur mariage ou le divorce de leurs proches et amis. Sur ce dernier élément, le facteur d'intégration joue un rôle important. Des communautés étrangères soudées font davantage connaître à leurs membres la référence possible à une loi nationale. Le «téléphone arabe» fonctionne. Si le statut personnel concerné est celui du droit musulman, son unicité, englobant largement les matières de relations personnelles fera ressentir plus fortement encore son rejet. Pierre Gannage relève bien qu'à cet endroit, «la dislocation du droit international privé de la famille dans les systèmes laïcisés, en plus de ses inconvénients propres, se heurte souvent à l'indivisibilité du statut matrimonial dans les systèmes confessionnels... Ce choc - ajoute-t-il - ne pourra le plus souvent être surmonté que par la désignation complète d'un statut qui devra être appliqué dans son ensemble aux divers éléments de l'institution matrimoniale et pourra être combiné avec d'autres». <sup>932</sup> Le système proposé répond à cet objectif. Tout en permettant l'adaptabilité dans le temps, il repose sur un principe général dont la concrétisation, la loi choisie ou désignée, régit l'ensemble de la relation conjugale. Par ailleurs, la loi de la résidence habituelle, qui serait vraisemblablement d'application courante par choix ou défaut de choix, combinée à la mutabilité automatique en cas de conflit mobile, assure l'adaptation du droit à la réalité de vie, tandis que sa correction par l'option de droit laissée aux époux à tout moment leur permet, dans certaines limites, de matérialiser le principe de proximité dans un autre ordre juridique.

351. Appliqué au divorce, le principe d'autonomie pose la question du moment de son expression. Comment une loi désignée ou choisie par les parties devrait-elle encore les régir au moment du divorce? Si la loi de la résidence habituelle commune a été désignée subsidiairement ou choisie, l'adaptation est certaine. Si une loi autre, selon la nationalité ou la résidence habituelle d'un seul époux, a été désignée, l'adaptation sera

---

<sup>932</sup> *Annuaire I.D.I.*, Session d'Helsinki, vol. 61, II, p. 74 et *R.C.A.D.I.*, 1979, III, p. 366; ERAUW J., «Beginselen», p. 170: «Er zou moeten voor gezorgd worden dat één zelfde wet alle gevolgen van het huwelijk, inclusief de regeling van de ontbinding, beheerste».

possible par accord. A défaut, la loi résultant d'un choix doit s'appliquer. Aucun motif ne permet de croire qu'elle met fondamentalement en péril les intérêts d'une des parties alors que les deux époux y ont expressément souscrit. Au besoin, les dispositions impératives ou l'ordre public y portent remède. En dehors de cette hypothèse, seule l'urgence devrait encore permettre la substitution de la *lex fori* à la loi désignée si le magistrat n'est pas en mesure de prendre connaissance de cette loi <sup>933</sup>. Cela paraîtrait étonnant, les parties en ayant en principe connaissance. Plus vraisemblablement, les parties renonceraient par là à s'en prévaloir, ce qui équivaudrait à une nouvelle option. L'application d'office du droit étranger désigné pourrait ainsi être singulièrement atténuée par le principe d'autonomie. Alors qu'à tout moment les parties peuvent formuler une option nouvelle, pourquoi imposer au magistrat l'application d'un droit dont elles ne se prévaudraient pas? Ce n'est qu'une application du principe dispositif. Toute contestation sera évitée en maintenant le caractère exprès de la nouvelle option: le tribunal peut interroger les parties sur ce point, le cas échéant après réouverture des débats.

Normalement, le problème des législations refusant le divorce devient marginal. D'une part, elles tendent à disparaître, d'autre part, l'option possible des époux, tant au moment du mariage que du divorce, garantit le choix d'une loi permettant le divorce si tel est leur souhait. Les effets de la jurisprudence *Bigwood II* sont écartés (*supra* n° 200). Reste l'hypothèse d'une loi choisie ou désignée ne connaissant pas le divorce, alors qu'un des époux refuse d'en changer. Les possibilités en sont réduites. L'ordre public devra équilibrer les intérêts en présence. Le recours à l'ordre public sera limité compte tenu de la volonté d'indissolubilité du lien conjugal exprimée par un des époux au moment de la rupture, mais aussi par l'autre époux au moment du mariage par choix d'une loi prévoyant l'indissolubilité ou défaut de choix contraire.

**352.** La question de la dissolution des mariages boiteux ne devrait pas poser de difficultés si la loi applicable au moment du divorce est encore celle qui a permis la célébration du mariage. Si, par modification, les époux ont à un moment quelconque, opté pour une loi ne reconnaissant pas leur mariage, ils ont

---

<sup>933</sup> Cass., 12 décembre 1985, *Rev. not. b.*, 1986, p. 353, note VANDER ELST R.

nécessairement dû régulariser la situation au regard de cette loi. A défaut, l'homologation de la nouvelle option eût été refusée ou eût constaté l'inexistence du mariage en prenant au besoin des dispositions pour gérer l'effet rétroactif de la déclaration d'inexistence.

**353.** La difficulté réelle réside dans la mutabilité automatique en raison du conflit mobile qui, n'ayant pas été corrigée par une nouvelle option, soumettrait les époux à une loi niant l'existence même de leur union. Il paraît vraisemblable que les époux aient connaissance de cette situation. S'ils ne la corrigent pas, c'est qu'en réalité, ils souhaitent mettre un terme à leur union. Il est possible qu'ils ne distinguent pas l'inexistence de la rupture. La manoeuvre peut être le fait d'un seul époux si la loi choisie est celle de sa résidence habituelle. Assez hypothétique, le cas peut se présenter. Voici une Marocaine musulmane épousant à Bruxelles un Belge non musulman. Les époux optent pour la loi belge, mais au titre de loi de la résidence habituelle de l'épouse. L'union est un échec et la femme retourne au Maroc. Si le système proposé n'y est pas appliqué et si l'empêchement religieux est maintenu, le mariage est tenu pour inexistant au Maroc <sup>934</sup>. Le mari belge, de son côté, sera toujours tenu pour marié et ne pourra se prévaloir de la loi normalement applicable, loi marocaine, pour obtenir le divorce. Deux solutions sont possibles pour le divorce. Soit l'usage de l'ordre public et l'application de la *lex fori*. Soit, plus correctement, l'usage de la loi qui avait permis la validité du mariage <sup>935</sup>.

**354.** Dans la matière du divorce, les législations et jurisprudences contemporaines se caractérisent, pour les motifs évoqués, liés aussi à la *favor divortii*, par une tendance à privilégier la *lex fori*. L'introduction assez avancée de l'autonomie de la volonté peut même servir cet objectif. C'est ainsi que dans la loi néerlandaise sur les divorces internationaux (1981), l'option, conjointe ou non contestée, pour la loi néerlandaise est la règle de conflit principale. L'option se réalisant à l'occasion du litige est davantage, en l'état actuel du droit international privé, une application du principe dispositif (*supra*, n° 121) <sup>936</sup>.

---

<sup>934</sup> MOULAY R'CHID A., «La condition de la femme au Maroc», p. 257, note 20.

<sup>935</sup> Sur la même question en droit international privé positif belge, RIGAUX F., t. II, p. 274, n° 959.

<sup>936</sup> Pour la situation au regard du divorce international dans les différents pays: PALSSON L., *Int'l Encycl.*, n° 99 ss. et Annexe 2, F.

Dans divers pays, dont plusieurs n'ont pas étendu l'autonomie de la volonté au divorce, celle-ci s'insinue par trois moyens détournés. Les deux premiers s'apparentent au règlement de conflit de juridiction. L'un est classique. Il relève de la compétence directe. Par choix concerté, ou même unilatéral, un tribunal est saisi en vue d'obtenir l'application d'un droit précis (*supra*, n° 125) <sup>937</sup>. L'alignement de la loi applicable sur le conflit de juridiction favorise cette technique dans les pays anglo-saxons. Les théories de la fraude et du *forum non conveniens* tentent d'y mettre un frein <sup>938</sup>. Dans les pays européens, la prépondérance accordée à la *lex fori*, lorsqu'elle correspond à la loi nationale, accentue la justification de compétence des tribunaux en raison de la nationalité d'un des époux <sup>939</sup>. En outre, la prorogation de compétence acceptée s'impose lorsque le caractère d'ordre public des règles de conflit de juridiction est rejeté. L'examen du tribunal se limite alors à sa compétence interne ou à la reconnaissance de sa décision dans l'ordre juridique auquel les époux paraissent se rattacher <sup>940</sup>.

Cette compétence indirecte, vue du côté de l'ordre juridique requis de reconnaître la décision autorisant la dissolution, fournit le deuxième moyen détourné par lequel le principe d'autonomie s'introduit en cette matière. La reconnaissance d'un divorce étranger, et notamment la compétence de l'autorité l'ayant prononcé, est favorisée par l'accord des parties parfois jugé

<sup>937</sup> BATIFFOL H., «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», pp. 303-314.

<sup>938</sup> VITTA E., pp. 92; ANSAY T., p. 51 et réf. à GRAVESON, «The tenth session of the Hague conference of P.I.L.», *I.C.L.Q.*, 1965, p. 552; LIPSTEIN et SZASZY, p. 18.

<sup>939</sup> — Belgique: suite à la loi du 27 juin 1960, voy. MARTIN-BOSLY B. et VERWILGHEN M., «Le divorce en droit international privé belge à la lumière de la jurisprudence récente», *Nrd. Tijds. voor I.P.R.*, 1974, p. 51, spéc. p. 61, n° 3; FALLON M., «La compétence des tribunaux belges en matière de divorce d'époux de nationalités différentes lorsque le demandeur est belge», *J.T.* 1986, pp. 245-251; «Actualité du divorce international dans la jurisprudence belge», *R.T.D.F.*, 1986, pp. 428-438.

— Suisse: L.S.D.I.P., articles 60 et 61, ROCHAT Ch., p. 283.

— France: maintien de la compétence en raison de la nationalité française du demandeur pour des obligations contractées en France; compétence étendue aux matières extra-patrimoniales, dont le divorce (article 14 du Code Civil), BATIFFOL et LAGARDE, t. II, n° 680, note 6.

— Italie: projet, art. 30, compétence des tribunaux italiens si un des époux est de nationalité italienne ou si le mariage a été célébré en Italie.

— Convention de La Haye du 1er juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps: article 2, al. 4 et 5, compétence en raison de la nationalité du demandeur combinée avec des conditions de résidence.

<sup>940</sup> GONZALES CAMPOS J.D., p. 274.

«contractuel»<sup>941</sup>. Le cas des répudiations en est un autre exemple. La jurisprudence belge reconnaît les répudiations intervenues à l'étranger, notamment lorsque l'épouse a, durant la procédure, ou à un moment quelconque ultérieurement, marqué de façon expresse ou tacite mais certaine, son accord sur cette dissolution<sup>942</sup>. Il en va ainsi lorsqu'elle s'en prévaut en vue d'un

<sup>941</sup> En Belgique, voy. Civ. Bruxelles, 15 mars et 24 mai 1988, *R.T.D.F.*, 1990, p. 368, *supra* n° 261, reconnaissance d'un divorce par consentement mutuel obtenu à Saint-Domingue, les époux n'y ayant jamais résidé.

<sup>942</sup> Civ. Bruxelles, 3 février 1982, *R.T.D.F.*, 1982, p. 212; CARLIER J.-Y., «Répudiations», p. 104, n° 21; ROMMEL G., «Quelques problèmes», p. 33. L'accord de l'épouse peut intervenir valablement devant le consul du Maroc à Bruxelles (J.P. Forest, 21 novembre 1989, *R.D.E.*, 1989, p. 311).

— En France, avant l'élargissement de la jurisprudence (Cass. fr., 1ère ch., 3 novembre 1983, *J.C.P.*, 1984, n° 20131, concl. Gulphe, *supra*, n° 323) et la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 (MONEGER F., *R.C.D.I.P.*, 1984, pp. 29 et 267, et DECROUX P., *Clunet*, 1985, pp. 49 à 99; voy. notamment l'article 13, al. 2, qui permet à la femme française de se prévaloir de la répudiation) qui ont fixé la reconnaissance de plein droit en rejetant l'exception d'ordre public, voy. pour l'ancienne jurisprudence FADLALLAH I., «Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français», *R.C.D.I.P.*, 1981, p. 17, n° 9. Pour un regard critique sur la jurisprudence française actuelle: NIBOYET-HOEGY M.L., note sous Cass., 1ère ch., 8 décembre 1987, aff. *Mediane et Bouzlif*, *R.C.D.I.P.*, 1989, p. 733; SINAY-CITERMANN A., Cass., 1ère ch., 1er mars 1988, aff. *Senoussi*, *R.C.D.I.P.*, 1989, p. 271, et DEPRESZ J., «Droit international privé et conflits de civilisations», p. 167, n° 78 ss., qui défend la reconnaissance de plein droit sans usage de principe de l'ordre public par réalisme, mais avec vérification d'une compétence étrangère non frauduleuse.

— En Suisse, l'article 65, al. 2, de la L.S.D.I.P. (1987) touche aux deux moyens d'introduction de l'autonomie de la volonté rapportés. Sans viser spécifiquement les répudiations, il permet de couvrir l'incompétence du tribunal étranger, dont aucun des époux ou seul l'époux demandeur serait national, et de reconnaître le divorce ainsi autorisé si «l'époux défendeur a expressément consenti à la reconnaissance de la décision en Suisse». Voy. MEZGER, in *Trav. de l'Inst. de drt. comparé sur le divorce*, 1980, p. 124.

— Aux Pays-Bas, la loi du 25 mars 1981 sur les divorces internationaux prévoit, parmi d'autres, ce mode de reconnaissance de la répudiation à l'article 3, c), pendant de l'autonomie introduite dans le conflit de lois. Sur le débat quant à la place de la répudiation au sein de l'article 2, al. 2, ou de l'article 3, voy. WENDELS A., *Internationale echtscheiding*, Tjeenkwillink, Swolle, 1983, p. 106, pour la première solution; et FETERIS W.C., «Erkenning in Nederland van verstotingen», *Ars Aequi* 33, 1984, p. 10, pour la deuxième solution; *adde* DE BOER Th. M., «Internationaal privaatrecht: verstoting in Nederland», *Ars Aequi*, 1989/3, pp. 182-190.

— En Angleterre, par contre, le consentement paraît n'avoir aucune incidence sur la question de reconnaissance des répudiations. Les répudiations qui ont fait l'objet d'une procédure sont soumises, comme les autres divorces, aux conditions de compétence par domicile, résidence ou nationalité et de validité dans l'Etat d'envoi. Si elles n'ont pas fait l'objet d'une procédure, elles ne sont reconnues que si la compétence des autorités de l'Etat d'envoi était justifiée par un domicile of origin (CHESHIRE et NORTH, pp. 659 ss.). *Adde, supra*, n° 202 et 310.

— Aux Etats-Unis, voy. *Avitzur v. Avitzur*, 58 N.Y. 2d 108, 446 N.E. 2d 136; cert. denied, 464 U.S. 817 (1983), cité par RIGAUD F., «Vie privée»; pour un cas, non pas de reconnaissance de répudiation intervenue entre époux, mais de sécularisation de l'obligation religieuse pour le mari de répudier son épouse. Dans un contrat religieux (*Ketubah*), des époux juifs s'engageaient, en cas de divorce, à comparaître devant le

mariage. En pratique, le parquet convoque même l'épouse pour lui demander si elle marque son accord sur la répudiation et lui explique qu'il peut y aller de son intérêt plutôt que de devoir introduire une nouvelle procédure en divorce <sup>943</sup>.

Le troisième moyen détourné insère le principe d'autonomie au sein même du règlement de conflit de lois. Les parties peuvent convenir de ne pas soulever les règles de conflits de lois. Implicitement, elles optent pour la *lex fori*. C'est la question de l'application d'office des règles de conflit déjà examinée dans la première partie (*supra*, n° 121). Si le principe dispositif s'étend aux règles de conflit de lois, le tribunal n'est pas tenu de les soulever alors qu'aucune partie ne s'en prévaut. Ici, par hypothèse, comme moyen détourné d'introduire l'option de droit, c'est de commun accord ou par assentiment tacite que les parties procèdent. En réalité, ce n'est ni une condition théorique du principe dispositif, ni le cas le plus fréquemment rencontré par la pratique qui se nourrit davantage de la simple ignorance des règles de conflit.

**355.** L'introduction de l'option de droit dès le début du rapport de vie, au moment de la célébration du mariage, écarte les difficultés d'exercice et d'appréciation soulevées par ces applications détournées du principe d'autonomie. La loi applicable est désignée, les parties peuvent, de façon expresse, opérer un nouveau choix. A défaut, le tribunal, dès qu'il relève des éléments d'extranéité, applique d'office cette loi dans le respect des limites externes.

**356.** Forme particulière de dissolution, l'annulation du mariage repose sur la contestation de sa validité. De ce fait, c'est à la loi applicable au moment de la célébration qu'il faudra se reporter (*supra* n° 253, 281 et 317).

**357.** Une fois la dissolution du mariage prononcée par un acte définitif, le rapport de vie cesse. La loi personnelle propre à ce

---

rabbin pour le Ghett. La Cour d'appel de New York donne injonction au mari de comparaître devant le rabbin en se fondant «solely upon the application of essential principles of contract laws».

<sup>943</sup> BALLION F., Premier substitut émérite du Procureur du roi à Bruxelles, déclaration lors du colloque: *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?*, 4 mai 1990, U.C.L., L.L.N., *adde* «La pratique judiciaire et administrative et le droit maghrébin des personnes dans l'arrondissement judiciaire de Bruxelles», *J.J.P.*, 1989, pp. 69-94.

rapport n'a plus de raison d'être. Chaque ex-époux retrouve sa loi personnelle propre étant, à défaut d'option, la loi de sa résidence habituelle. Il est possible toutefois que des effets survivent à la dissolution<sup>944</sup>. C'est le cas certainement des relations entre les parents et les enfants. Elles sont examinées comme rapport de vie distinct (*infra* n° 360 ss.). Ce peut également être le cas entre époux pour des motifs patrimoniaux étant essentiellement les pensions alimentaires ou compensations de rentes. En principe, ces questions auront été réglées dans le cadre de la dissolution. Il se peut toutefois que la question soit réintroduite, l'un des ex-époux souhaitant par exemple une modification de la pension alimentaire. Il n'est pas possible de maintenir artificiellement en vie une loi commune dont la concrétisation ne peut être fixée. Il n'est pas davantage possible de se référer à la nouvelle loi personnelle d'un des deux époux qui pourrait ainsi, par son seul fait, modifier considérablement les données juridiques du droit applicable à la pension. La seule solution consiste à appliquer aux conséquences du rapport de vie le dernier droit qui l'a régi, étant celui qui a servi de base à sa dissolution et qui a été, ou eût dû être, appliqué à la fixation des pensions alimentaires. La mutabilité conventionnelle de ce droit peut être acceptée. Rien n'empêche les époux de créer un nouveau rapport de droit. La mutabilité automatique ne peut l'être pour la raison évoquée: un conflit mobile ne saurait modifier un facteur de rattachement qui n'est plus concrétisé. La modification matérielle du droit dans le temps doit-elle être prise en compte? Oui, comme pour une question de droit transitoire interne. Le plus souvent, des dispositions formelles régleront le droit transitoire.

## § 2. L'union libre

**358.** L'union libre n'est pas approfondie ici, mais simplement confrontée au principe d'autonomie proposé<sup>945</sup>. D'essence plus

---

<sup>944</sup> Voy. les travaux de l'Institut de droit international sur «la loi applicable aux effets du mariage après sa dissolution», *Annuaire I.D.I.*, Session d'Helsinki, vol. 61-I, 1985, Rapport de RIGAUX F., pp. 359-453; vol. 61-II, 1986, discussion pp. 67 à 130 et résolution pp. 284 à 304.

<sup>945</sup> Voy. — en droit international privé: GAUTIER P.Y., «L'union libre en droit international privé. Etude de droit positif et prospectif», Thèse, Paris I, 1986, cité par LAGARDE P., «Principe de proximité», note 314, et STRIEWE P., «Ausländisches und internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft», *Osnabrücker*

libre, elle est peut-être encore moins limitée par les frontières que ne l'est le mariage. En outre, l'union libre ayant moins d'incidence directe ou indirecte sur la nationalité des partenaires, les cas d'union qui restent «mixtes» sont proportionnellement plus nombreux en cas de concubinage qu'en cas de mariage. C'est dire que le droit international privé ne doit pas l'ignorer. La liberté même de cette union rendrait présomptueuse une définition autre que négative: l'union qui n'est pas consacrée officiellement par la loi sous le titre de mariage. C'est que l'union libre est multiple. Elle peut «doubler» un mariage. Ainsi en est-il d'un certain nombre de travailleurs migrants vivant en concubinage, le conjoint légal étant resté au pays. Elle peut être temporaire ou durable, bi ou homosexuelle, bi ou multilatérale. Dans ce dernier cas, elle est vie communautaire. Si elle crée un rapport de vie commune, elle ne consacre pas nécessairement des relations sexuelles<sup>946</sup>. Elle peut être «à étages» et comporter une vie communautaire large, ayant en son sein à la fois des couples mariés, non mariés, homosexuels, des isolés et des enfants<sup>947</sup>. Face à cette diversité, la définition classique retient comme union libre «l'union d'un homme et d'une femme existant hors mariage et présentant une certaine stabilité»<sup>948</sup>. La Cour d'appel de New York a, en 1989, élargi cette définition pour inclure, dans la notion de famille, un couple homosexuel: «a more realistic, and certainly equally valid view of a family includes two adult

---

*Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Band 4, Carl Heymanns Verlag, Cologne, 1986, 484 p.; C.R. par LAGARDE P. in *R.C.D.I.P.*, 1987, p. 668.

— en droit interne et comparé: JEANMART N., *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Bruxelles, Larcier, 2e éd., 1986; DE PAGE, t. II, vol. II, n° 841 ss.; CORNU G., «Droit civil», pp. 76 ss.; LABRUSSE-RIOU C., «Les personnes», pp. 237 ss.; RUBELLIN-DEVICHI J., «Chronique de jurisprudence; Des éléments constitutifs du concubinage», *Rev. trim. dt. civ. (Fr.)*, 1989, p. 53, et *idem* (dir.), «Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques», Paris, C.N.R.S., 1989, 321 p.; Travaux du colloque de Berkeley de l'Int'l. assoc. of legal science sur «Cohabitation without marriage», *Am. Journ. of Comp. Law*, 1981, vol. 29, pp. 217-429; MELTON R.L., «Legal rights of unmarried heterosexual and homosexual couples and evolving definitions of "family"», *I. Fam. L.*, 1991, pp. 497-517.

<sup>946</sup> *Contra*, CORNU G., «Droit civil», qui tout en soulignant que le «phénomène [est] irréductiblement polymorphe» (p. 97), le caractérise par «l'existence de relations sexuelles hors mariage» (p. 76).

<sup>947</sup> Un exemple intéressant par sa diversité interne, sa dispersion transfrontière et son mode de fonctionnement sont les coopératives européennes Longo Mai. CATY G.F., *Les héritiers contestés: Longo Mai et les médias d'Europe*, Anthropos, Paris, 1983.

<sup>948</sup> DE PAGE, t. II, vol. II, n° 843; JEANMART N., n° 4 et 6; sur les lois danoise et suédoise réglementant, à l'image du mariage, les unions homosexuelles, voy. RIGAUX F., «Vie privée», n° 483; Suède: The homosexual cohabitantes Act, SFS 1987 - 232 amendé par SFS, 1988-152. Danemark: The Danish Registered Partnership Act, L n° 372 du 7 juin 1989.

lifetime partners whose relationship is long-term and characterized by an emotional and financial commitment and interdependence»<sup>948b</sup>.

359. Affranchie de la tutelle légale, l'union libre devrait pouvoir accueillir aisément le principe d'autonomie<sup>949</sup>. Davantage peut-être que dans les mariages, l'option de droit est utilement prolongée par un contrat comportant des dispositions matérielles. Le juge saisi d'un différend au moment de la dissolution peut se référer à une «loi», celle des parties, le contrat. L'admissibilité du rapport de vie sous forme d'une union libre pose la question de la non contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Celle-ci s'apprécie au regard de la loi du tribunal saisi. Les tribunaux suivent en cela l'évolution des mœurs. Si, dans un premier temps, l'existence d'un rapport de vie personnelle, pouvant avoir des effets juridiques, est admise comme n'étant pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, dans un deuxième temps, la loi régissant cette union, qui comporterait des éléments d'extranéité, sera déterminée dans les mêmes conditions que pour le mariage. Si les parties ont opté en faveur de la loi nationale ou de la loi de la résidence habituelle de l'un d'eux, celle-ci s'appliquera. A défaut, c'est la loi commune de la résidence habituelle qui s'appliquera. L'autonomie ne doit pas ici être élargie par une option non limitée. Le principe demeure le rattachement d'un rapport personnel à un ordre juridique proche. C'est au sein de la loi désignée que la «liberté» de l'union s'affirme par liberté contractuelle. Pourrait-on, dans le cadre d'une communauté large transfrontière, considérer qu'il y a vie commune au sein de plusieurs lieux dans des Etats différents? Si oui, le rattachement à un Etat à défaut d'option devient difficile et il faudrait prévoir l'application de la *lex fori* à titre subsidiaire. La validité de forme et de fond du contrat qui établirait des dispositions matérielles propres à régler cette vie commune serait, comme dans l'ensemble du système, jugée au regard de la loi choisie ou désignée subsidiairement. C'est au regard de cette loi qu'à un deuxième stade, la conformité des dispositions concrètes avec l'ordre public et les bonnes mœurs

---

<sup>948b</sup> *Braschi v. Stahl Assoc. Co.*, 74 N.Y. 2d 201, 211, 543, N.E. 2d 49, 53-54, 544, N.Y.S. 2d 784, 792 (1989); MELTON R.L., p. 516.

<sup>949</sup> En R.F.A., HENRICH C., *Internationales Familienrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort am Main, 1989, «admet en principe une complète autonomie de la volonté pour les contrats conclus entre concubins»; C.R. LAGARDE P., *R.C.D.I.P.*, 1990, p. 242.

sera examinée. N'étant pas soumise, comme le mariage, aux dispositions impératives de cette loi, l'union libre bénéficiera d'une autonomie contractuelle matérielle plus large. Les différentes étapes de la vie commune, création, effets, dissolution, peuvent, pour la recherche de la loi applicable, se calquer *mutatis mutandis* sur le mariage. L'existence de dispositions matérielles, plus vraisemblable et plus large que pour le mariage, dans la mesure où les parties auraient décidé de signer un contrat, aura pour effet, paradoxalement, de donner une plus grande stabilité à l'union libre qu'au mariage. Les mutabilités automatiques ne pourraient l'atteindre. Faut-il soumettre un couple qui prendrait des dispositions similaires à celles réglementant le mariage au droit familial légal? <sup>950</sup> Ce serait contester la liberté de son union. L'option de droit et les dispositions matérielles du contrat doivent être acceptées comme telles dans les limites de l'ordre public. Autre chose est de permettre au tribunal, en cas de lacune ou d'absence de dispositions matérielles, de se référer par identité de motif au droit familial de la loi désignée si l'union dont il a à juger s'y apparente.

### Section 3. Les rapports parents-enfants

**360.** «L'espace, c'est un endroit où on est libre, c'est un endroit où on ne sent pas le temps passer, l'espace, c'est la liberté, l'infini, c'est un endroit que les hommes ne devraient pas toucher» <sup>951</sup>

Ces variations sur l'espace de l'enfant Gertrude nous disent avec quelle force de contrainte la vie imposera le cloisonnement du temps et de l'espace à l'enfant. La relation transfrontière parents-enfants connaîtra ces contraintes. Le droit international privé ne peut que faiblement tenter de prévenir les déchirements et d'éviter les blessures lorsqu'il est sollicité. L'évolution des mœurs et du droit dans les sociétés occidentales autonomise la

<sup>950</sup> ERAUW J., «De verloving in het I.P.R. met enkele beschouwingen over het concubinaat», n° 2734, propose une application par analogie des règles de conflits en matière de mariage. *Contra* VAN HECKE et LENAERTS, p. 229, n° 489. En faveur d'une notion de «possession d'état d'époux», assimilant l'union libre stable au mariage, LABRUSSE-RIOU C., «Les personnes», p. 248.

<sup>951</sup> Parmi les très beaux textes d'enfants classés caractériels rassemblés par Elisabeth BING sous le titre: «... et je nageai jusqu'à la page. Vers un atelier d'écriture.», Paris, éd. des Femmes, 1976, p. 98.

relation du parent à l'enfant <sup>952</sup>. Le divorce, souvent suivi d'un remariage, accentue le caractère propre de cette relation. Placée autrefois au sein d'une relation plus longue entre les parents, la relation parents-enfants est devenue, souvent, la relation plus durable qui survit à la dissolution du couple. Tels sont les motifs de traiter ce rapport de vie séparément et de voir la place qu'y trouve le principe d'autonomie.

**361.** A la naissance, une fois la filiation établie selon la loi personnelle des parents ou de leur union, une fois la transmission de nationalité examinée, la loi personnelle de l'enfant est fixée par option entre la loi de la résidence habituelle de l'enfant et sa ou ses lois nationales. Cette option est exprimée par les parents dans l'acte de naissance. Le principe d'autonomie trouve sa place, mais il revêt un caractère d'unilatéralité: l'autonomie juridique nécessitant la capacité d'exercice des droits, ce sont les parents qui décident. Ainsi, normalement placée dans le cadre de l'autorité parentale, cette situation engendre toutefois un rapport de vie particulier entre les parents et l'enfant, ce dernier n'en ayant aucune maîtrise. Ce déséquilibre n'est qu'un volet d'une dominante du rapport parents-enfants: une des parties est en position de faiblesse. Dans la relation homme-femme, la désignation de la femme comme partie faible est contestée, jugée obsolète, lorsque l'égalité de droit est établie. Dans la relation parents-enfants, la partie faible est certaine: l'enfant. Le droit international privé ne peut à lui seul veiller à l'équilibre des forces. C'est un rôle substantiel qui appartient au droit matériel et au pouvoir laissé au magistrat dans l'intérêt de l'enfant. Ce n'est pas dire que le droit international privé doive être étranger à ce choix. Droit du rattachement à un ordre juridique, la souplesse qu'il permettra dans cette tâche sera l'un des lieux où le juge pourra consacrer l'intérêt de l'enfant. C'est davantage en maintenant un principe de proximité souple qu'en désignant abstraitement la loi personnelle de l'enfant que le droit international privé veille à l'intérêt de cette partie faible. Dans ses dispositions matérielles, la loi personnelle de l'enfant pourrait lui être défavorable. La sécurité et un minimum de cohésion du système proposé veulent que le principe de proximité ne soit pas laissé à l'entière discrétion du tribunal. Un rattachement en

---

<sup>952</sup> Voy. l'article 9, al. 3 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, du 20 novembre 1989, prévoyant le droit aux relations personnelles régulières entre l'enfant et chaque parent.

cascade accompagné d'une clause d'exception remplit cet objectif (Annexe 1, Projet de convention, article 13).

**362.** Le rapport met en présence les parents et l'enfant. Dans le cas habituel d'absence de contentieux, l'unité familiale appelle l'unité de législation. Tout indique alors de soumettre l'enfant à la loi qui régit la relation parentale et ses effets. C'est soit la loi choisie, soit la loi de la résidence habituelle commune qui, dans ce cas, sera commune aux parents et à l'enfant. En cas de séparation, la dissolution devrait mettre un terme à la loi du rapport de vie. Rien ne justifie que l'enfant y demeure artificiellement soumis au motif que cette loi a régi la dissolution de l'union de ses parents. L'enfant étant le centre commun des deux relations enfant-père et enfant-mère, il s'indique de ne pas le soumettre à deux lois différentes. Pour ce motif et non parce qu'il y a lieu de lui appliquer «son» droit matériel par hypothèse inconnu, l'enfant doit être soumis, à titre subsidiaire, à la loi de sa résidence habituelle qui sera commune au parent gardien s'il en est. En cas de garde alternée transfrontière, la fixation de l'Etat de résidence habituelle devra faire l'objet d'un accord entre parties ou d'une décision de justice. La règle de conflit de loi aux rapports parents-enfants s'énonce donc par l'application à titre principal de la loi régissant le rapport de vie commune des parents ou, à défaut de vie commune, à titre subsidiaire, de la loi de la résidence habituelle de l'enfant. Cette loi régira les effets personnels et patrimoniaux des rapports entre parents et enfants. Elle fixera la possibilité d'établir des contrats comportant des dispositions matérielles, soit entre parents au sujet des enfants, soit entre parents et enfants. La technique contractuelle étant une méthode éducative usitée, rien n'empêche de penser que certaines législations pourraient y accorder des effets juridiques dans le cadre de tribunaux de la jeunesse, par exemple avant que l'enfant n'ait atteint la pleine capacité juridique, mais alors qu'il ferait preuve de raison. La responsabilité des enfants, bien que couverte par celle des parents, est déjà largement développée dans le secteur de la consommation de biens et de titres bancaires <sup>953</sup>. En cas de rupture du lien de vie commune unissant

---

<sup>953</sup> Où l'on se trouve en présence d'une partie doublement faible: enfant et consommateur. Sur la «négociation» comme outil pour la justice des enfants: GARAPON A., «La notion d'engagement dans la justice française contemporaine», LEROY E., «L'ordre négocié, l'oralité juridique et les mutations techniques et sociales», *Cahiers Sciences-Technologie-Société*, 1986, n° 12, pp. 117-133; FOLETS M.Cl., «Khalid. Négocier le droit en situation d'immigration», extrait de Thèse, Leuven, K.U.L., 1990, dactyl., pp. 424-438.

les parents, les effets personnels se traduiraient pour partie en garde alternée ou garde et droit de visite; les effets patrimoniaux en «contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants», étant une pension alimentaire.

363. Le phénomène de la garde joue un rôle clé qui risque d'introduire un cercle vicieux: la loi de la résidence habituelle de l'enfant détermine la garde qui détermine la résidence habituelle de l'enfant. Le raisonnement est erroné à son point de départ. La garde est déterminée dans le cadre de la dissolution du lien de vie commune unissant les parents; sauf option nouvelle, cette dissolution est soumise à la loi qui régissait l'ensemble de la vie familiale. L'homologation d'une option nouvelle, propre à la dissolution, devrait être rejetée s'il apparaît que, malgré l'accord des parents, elle porte gravement préjudice aux intérêts de l'enfant. Une autre façon, peut-être plus simple, de résoudre la question, est de considérer que, dès qu'il n'y a plus de loi régissant le rapport de vie commune aux parents et aux enfants, l'enfant est soumis à la loi de sa résidence habituelle propre. Celle-ci risque toutefois, à ce stade, d'être une pure question de fait. La garde *de facto* désignant la loi de la résidence habituelle de l'enfant, la solution à la question épineuse des «legal kidnapping» ne serait pas facilitée<sup>954</sup>. La conjonction d'un enlèvement d'enfant et de l'accord des parties sur la loi applicable à la dissolution de leur union paraît toutefois peu probable. C'est dès lors assez sereinement que l'application de la loi régissant les effets de la vie commune devrait être appliquée aux relations parents-enfants. Elle ne serait écartée qu'après décision de justice, au profit de la loi de la résidence habituelle de l'enfant si la

<sup>954</sup> OCHINSKY S., «L'enlèvement international d'enfants», *J.T.*, 1982, pp. 437-438, 1986, p. 434; «Le 'légal kidnapping' et ses solutions en droit conventionnel», in *Mélanges Vander Elst*, t. II, pp. 647-654; DE VALKENNEER, «La convention de Luxembourg et la garde des enfants», *Rev. not. b.*, 1987, pp. 6-14; ERAUW J., «De eerste passen in de lange mars tegen 'legal kidnapping': het Europees Verdrag van 20 mei 1980 in werking», *R.W.*, 1985-1986, col. 1973-1986; RIGAUX F., «Le statut des mineurs, l'autorité parentale et les obligations alimentaires en droit international privé», *T.P.R.*, 1982, pp. 311-326; VAN GYSEL A.Ch., «Le rapt international d'enfants: un problème sans solution?», *J.P.*, 1986, n° 97, p. 8; VERWILGHEN M., «Conflits de lois relatifs à la protection de la personne des mineurs. Théories et réalités du droit international privé belge», *R.T.D.F.*, 1980, p. 5; LHOEST O., «Droits et devoirs des parents à l'égard des enfants», in CARLIER et VERWILGHEN (dir.), *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?*, L.L.N., Academia, 1989, pp. 105-116; WATTE N., «Les nouvelles conventions de la Haye et de Luxembourg en matière d'enlèvement international et de garde des enfants», *R.T.D.F.*, 1983, pp. 5 ss.; SHAPIRA A., «Private international law. Aspects of child custody and child kidnapping cases», *R.C.A.D.I.*, 1989, t. 214, pp. 127-250; *C.R.I.*, 2ème Rapport, vol. III, pp. 993-1008.

décision acte la séparation des parties, pas nécessairement déjà la dissolution de leur union; au profit d'une autre loi si le tribunal homologue l'option nouvelle. Ce système ne résout pas nécessairement le problème des enlèvements d'enfants entre parents<sup>955</sup>. Il a toutefois le mérite de supprimer le caractère légal de ces enlèvements si les ordres juridiques concernés l'adoptent. Il serait possible de s'y référer dans des conventions bilatérales pour une phase transitoire: l'enfant serait soumis à la loi choisie par les parties pour régir leur relation. Cette loi pourrait, pour les besoins d'une convention, être limitée aux relations parents-enfants. A défaut de choix, l'enfant serait soumis à la loi de sa résidence habituelle.

**364.** Les effets patrimoniaux des relations parents-enfants recouvrent, pour partie, les pensions alimentaires. La transposition de la règle qui a été développée d'une part pour les effets personnels de la relation parents-enfants, d'autre part pour les aliments en général (*supra*, n° 334), invite à l'application de la loi régissant les effets généraux de la relation entre parents étant soit la loi choisie soit la loi de la résidence habituelle commune à toutes les parties, l'enfant y compris. A défaut, c'est-à-dire en cas

---

<sup>955</sup> Une des solutions efficaces que l'expérience dégage est l'établissement de commissions mixtes chargées d'instruire les dossiers cas par cas. Voy. OCHINSKY S., p. 654; impression confirmée lors d'entretiens à Alger en janvier 1990 avec Mrs Roby BOIS, conseiller à l'Ambassade de France et BEKIOUA directeur au ministère algérien de la justice, tous deux membres de la commission mixte chargée de l'examen des dossiers d'enfants enlevés, dans le cadre de la convention entre l'Algérie et la France relative aux enfants issus de couples mixtes séparés, signée le 21 juin 1988 (J.O.R.A., 27 juillet 1988, p. 828; *J.O.* (Fr.), 19 août 1988, loi n° 88-809 du 12 juillet 1988; Décret n° 88-879). Cette commission mixte était toutefois limitée aux litiges antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention et instituée pour une durée d'un an (article 12). Sur cette convention, MONEGER F., «La convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens du 21 juin 1988», *Clunet*, 1989, pp. 46-62; MONIN-HERSAN P. et STURLESE B., «L'entrée en vigueur de la convention franco-algérienne du 21 juin 1988: un nouvel espoir pour les enfants déchirés», *Gaz. Pal.*, 31 août-1er septembre 1988, p. 2; MEBROUKINE A., «La Convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés - Le point de vue d'un Algérien», *R.C.D.I.P.*, 1991, pp. 1-39 et *Le droit international privé algérien de la famille*, in *Actes du colloque «Musulmans en Belgique, un statut juridique spécifique?», L.L.N., U.C.L., à paraître, n° 48. Les conventions signées entre la France et le Maroc d'une part, la Tunisie d'autre part, ne revêtent pas la même efficacité pratique en raison de l'absence de commissions mixtes (Décret n° 88-555 du 30 juin 1983, portant publication d'une convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République tunisienne, relativement à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde des enfants, de droit de visite et d'obligations alimentaires, signée à Paris, le 18 mars 1982, *J.O.*, 1983, p. 1998, et Décret n° 88-435 du 27 mai 1983 portant publication de la convention entre la République française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, signée à Rabat, le 10 août 1981, *J.O.*, 1983, p. 1643; sur cette convention, voy. DECROUX P. et MONEGER F.).*

de dissolution, la contribution alimentaire pour l'enfant serait régie par la loi de sa résidence habituelle, correspondant à la loi subsidiaire pour les effets personnels et à la loi du créancier d'aliments, loi subsidiaire pour les aliments en général. Faut-il réexaminer la nécessité d'une protection particulière de l'enfant, partie plus faible? Cette protection a été jugée suffisante par les limites externes, dispositions impératives et surtout ordre public, pour le créancier d'aliments en général (*supra*, n° 335). Elle l'est également pour l'enfant. Si le for saisi connaît le principe de la contribution alimentaire, son exclusion dans une autre législation serait écartée comme contraire à l'ordre public. Par contre, une clause échappatoire qui viserait à accorder à l'enfant la pension la plus élevée parmi les lois d'Etats ayant un lien étroit avec le rapport de vie est difficilement acceptable par les Etats. Il est préférable alors de prévoir une clause matérielle stipulant qu'en aucun cas l'enfant ne pourra être privé d'aliments proportionnels à ses besoins et aux moyens de ses parents <sup>956</sup>.

**365.** Les mesures situées entre les relations personnelles et patrimoniales des parents et des enfants, comme la tutelle, peuvent être soumises au même principe. Le cas échéant, la *lex fori* devra suppléer aux questions procédurales, comme l'organisation d'un conseil de famille ou permettre la prise de toute mesure nécessaire. En réalité *lex fori* et loi de la résidence habituelle de l'enfant formeront en principe une même loi s'appliquant en ce cas, compte tenu de l'absence de résidence commune à toutes les parties.

Lorsque l'enfant atteint sa majorité, les rapports parents-enfants ne cessent pas pour autant. Ils peuvent même se renverser en faveur d'un parent demandeur d'aliment. Les forces s'étant équilibrées, le principe général de l'application, sauf option, de la loi de la résidence habituelle commune ou à défaut de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments ne rencontre pas d'obstacle.

L'application de la loi de résidence habituelle de l'enfant domine largement les législations et jurisprudences

---

<sup>956</sup> Cfr. Convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, article 11. Pour un rattachement autonome du statut des obligations alimentaires par rapport aux relations de famille: VERWILGHEN M., «Contribution à l'étude historique du droit international privé des obligations alimentaires», *Mélanges Vander Elst*, pp. 863-883.

contemporaines <sup>957</sup>. L'introduction du principe d'autonomie, circonscrit à l'hypothèse d'une famille unie, ne l'ébranle pas, recouvrant *de facto* la même loi dans de nombreuses hypothèses ou, dans certains cas, une autre loi trouvant son titre de proximité en ce qu'elle régit l'ensemble de la famille.

#### Section 4. Le décès

366. Fin de tout rapport de vie autre que dans la mémoire intime, le décès ne peut, matériellement, être le point de départ d'un nouveau rapport au sein du statut personnel. Il en est toutefois le terme et à ce titre pourrait y trouver place. En réalité, le rapport qui s'instaure à cette occasion est doublement limité: en ses effets qui sont essentiellement matériels, si l'on en exclut l'incidence sur les possibilités de remariage; en ses protagonistes qui sont les héritiers du *de cuius*. Le principe de proximité s'est introduit dans la matière des successions, comme dans celle des régimes matrimoniaux, sous couvert de liberté contractuelle. Cependant, il n'y a pas de contrat. Il y a une volonté, on ne peut plus unilatérale, exprimée, et actée sous condition suspensive de décès. Il serait erroné, se fondant sur la liberté testamentaire, d'affirmer sans nuances que la règle de conflit principale est la volonté exprimée par le *de cuius*. Les héritiers ne sont pas nécessairement tenus d'adhérer à la volonté du mort. Sauf à trouver des dispositions impératives ou un ordre public qui interdirait de contrevenir à la volonté du *de cuius* parce qu'il y aurait une sorte de violation de sa mémoire ou si le *de cuius* a pris des dispositions contraignantes pour ses héritiers, ceux-ci peuvent parfaitement s'accorder sur le partage. Ce règlement amiable est fréquent dans les familles unies.

Les héritiers et les légataires ne pourraient-ils de même, s'ils souhaitent s'écarter des volontés du testateur, s'accorder sur la loi applicable à la succession et la liquider dans le respect des dispositions qu'ils choisissent? Un tribunal saisi à cet effet pourrait-il, si le testament ne lui a pas été celé, passer outre la volonté du *de cuius*, constater la volonté des parties de régir la succession selon telle loi et trancher en conséquence? Vue sous cet

---

<sup>957</sup> Pour la situation dans les différents Etats au regard des relations parents-enfants: voy. Annexe 2, G.

angle, la gestion des biens du *de cuius* ne se rapporte plus au statut personnel. C'est un contrat de partage dans lequel les parties, soit s'accorderont, soit s'en référeront à la volonté du *de cuius* ou à l'ordonnancement de la loi. Comme tout autre, c'est un contrat où l'autonomie de la volonté domine. Si les parties optent pour une loi, c'est cette loi qui établira la validité de leur option et la possibilité de contracter matériellement un partage autre que ne le fit le *de cuius*. La différence avec les régimes matrimoniaux, du point de vue de l'appartenance au statut personnel, est que ces derniers se doublent toujours d'une relation personnelle entre les protagonistes, qui sont à l'origine du rapport de vie. Ici, si des relations personnelles peuvent exister entre les héritiers, elles sont indépendantes du patrimoine qui leur échoit du fait d'un rapport personnel ayant existé avec le *de cuius*.

367. La raison veut que l'on distingue les situations avant et après le décès. Avant le décès, il existe un rapport personnel entre le *de cuius* et ses futurs héritiers. Il est normal que les rapports matériels qui accompagnent ces rapports personnels soient, à ce moment, soumis au statut personnel. La volonté que le testateur exprime à ce moment est une volonté qui entre dans le cadre général des rapports de vie du statut personnel, même si elle est destinée à sortir ses effets à l'échéance de ce rapport de vie. La particularité gît en ce que, pour des raisons psychologiques, sociologiques et historiques, le testament est, la plupart du temps, rédigé en secret. Si l'habitude était prise, en raison d'un rapport différent à la mort et de l'absence de déchirements entre les héritiers, de faire du testament un acte public, du vivant du testateur, comme l'acte de mariage, la volonté du testateur eût sans doute été soumise ouvertement au statut personnel et, en son sein, aux dispositions protectrices du conjoint et des descendants<sup>958</sup>.

Par contre, après le décès, il n'y a plus que des biens à partager. Ce n'est pas un lien personnel mais sa rupture qui établit la potentialité de propriété des héritiers. A ce stade, deux raisonnements sont possibles. Le premier conduit à placer la succession dans le statut réel. Il n'y a plus rien qui relie *directement* les biens au statut personnel. Si le testateur était limité dans ses droits de tester, en raison de liens personnels, s'il

---

<sup>958</sup> Actuellement, sur les pactes successoraux, voy. Convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de morts, chapitre III: «Successions contractuelles», Annexe 2.H.

devait préserver une réserve pour ses proches, ceux-ci, après son décès, sont libres. Ils peuvent accepter ou refuser la succession, ils peuvent s'accorder sur d'autres quotités de partage. La seule condition devient l'accord unanime des parties en cause, héritiers et légataires, et le respect des droits des créanciers. Ces conditions ne diffèrent en rien de celles de tout contrat portant sur des biens. Ce raisonnement justifie alors le rattachement différent des immeubles et des meubles par l'idée identique d'un rattachement au lieu de leur situation, celle-ci étant réelle pour les immeubles, fictive au lieu du domicile ou de la résidence du *de cuius* pour les meubles. Dans cette hypothèse, il y aurait une scission entre le testament rattaché, pour sa validité de forme et de fond, au statut personnel et la succession proprement dite rattachée au statut des biens. Le deuxième raisonnement conduit à placer la succession au sein du statut personnel. Le décès ouvre certes un partage libre des biens du *de cuius*, mais demeure la continuité de sa personne. Cela est tellement vrai qu'à défaut d'accord unanime, les héritiers soit suivront la volonté du *de cuius* selon son testament, soit suivront la volonté de la loi qui, dans tous les ordres juridiques, établit une distribution des biens fondée sur les relations personnelles du défunt. Si toute relation personnelle était éteinte avec la vie, il faudrait accepter la suppression de tout héritage en dehors du testament. A défaut de cette volonté expresse émise sous condition suspensive de son décès par le testateur, les biens iraient à la collectivité. Ce raisonnement conduit à justifier la centralisation de la loi successorale dans la nationalité ou le domicile du *de cuius*. Dans le cas d'application de la loi du domicile, celle-ci ne doit plus être justifiée avec embarras par la tradition qui, par une fiction quasi inverse à celle justifiant la localisation des meubles dans l'hypothèse du statut réel, rattache la personne à sa terre, étant son lieu de vie et celui de sa famille. Dans cette hypothèse, testament et succession seraient tous deux rattachés au statut personnel.

**368.** A côté des raisonnements, on peut relever que la pratique est guidée par la facilité de centraliser en un seul lieu, et partant sous une loi unique, la gestion de l'ensemble de la succession. Cette unité, quasi procédurale, liée aux actes juridiques, fonde le maintien de l'exception pour les immeubles dans la mesure précisément où les différentes formalités de gestion sont plus facilement réalisées sur place <sup>959</sup>.

<sup>959</sup> Sur l'ensemble, BATIFFOL et LAGARDE, t. II, p. 386, n° 634 ss.; ISSAD M., t. I, p. 226.

C'est à partir de ce besoin d'unité que le raisonnement correct doit se tenir et permettre l'application du principe d'autonomie. Alors qu'il n'y a qu'un *de cuius*, il peut y avoir plusieurs biens et plusieurs héritiers. Lorsque les biens ou les héritiers servent à localiser les facteurs de rattachement, ceux-ci se multiplient. Lorsque c'est la personne du *de cuius* qui sert à localiser les facteurs de rattachement, le conflit se simplifie par l'existence d'un siège unique. La même unité plaide en faveur du rejet du rattachement propre pour les immeubles. Du point de vue du statut personnel, la fiction de la personne vivant sur ses terres est plus abstraite que jamais. Du point de vue du statut réel, les immeubles n'ont plus l'importance propre qu'ils avaient à l'époque des patrimoines mobiliers réduits. Du point de vue pratique, les propriétés immobilières ne sont plus les terres environnant le lieu de vie. Elles peuvent être, comme investissements, aussi dispersées que les meubles. Leur gestion sous l'autorité de la loi locale ne s'impose pas au-delà des limites habituelles comme celles de dispositions impératives qui protégeraient des locataires<sup>960</sup>. Les formalités peuvent, compte tenu des moyens de communication et des conventions d'entraide judiciaire et administrative, s'effectuer en collaboration, entre les autorités locales et les autorités chargées d'administrer la succession<sup>961</sup>. L'unicité permet en outre de réduire considérablement les problèmes de qualification des biens en meubles ou immeubles et les problèmes de renvoi, technique par laquelle la jurisprudence tente de ramener à l'unité.

**369.** Enfin, il faut rappeler les deux niveaux du principe d'autonomie correctement entendu. Au premier niveau, le choix désigne, dans certaines limites, la loi applicable à la succession. Au deuxième niveau, cette loi détermine si et dans quelle mesure des dispositions matérielles de répartition des biens peuvent être

---

<sup>960</sup> Voy. l'article 15 de la Convention de La Haye du 1er août 1989, Annexe 2, H.

<sup>961</sup> Contre le maintien de la *lex rei sitae* pour les immeubles dans les pays qui la connaissent encore, voy. *Angleterre*: MORRIS J.H.C., p. 337; *France*: BATIFFOL et LAGARDE, t. II, sous forme interrogative, n° 638 et références note 7; *Belgique*: si la question est posée, il n'y a pas de réelle remise en cause de la division meuble-immeuble dans la doctrine belge, le rattachement des meubles étant toujours justifié par la fiction. Voy. VAN HECKE et LENAERTS, p. 280, n° 594; RIGAUX F., t. II, n° 1271; ERAUW J., «Beginselen», p. 222; SACE J., «Quelques réflexions sur les conflits de lois en matière de partage d'ascendant», *Mélanges Vander Elst*, pp. 675-715, spéc. p. 690, propose la loi nationale comme loi unique pour cette institution particulière; la codification suisse, le projet de réforme en *Italie* et la jurisprudence aux *Pays-Bas* ne font aucune distinction entre meubles et immeubles.

prises. Comme pour les régimes matrimoniaux, les textes contemporains fusionnent les deux niveaux. Tantôt ils soumettent les testaments à une liberté matérielle par simple affirmation de leur validité selon leur conformité à telle ou telle loi et appliquent, à défaut de dispositions matérielles, directement la règle de conflit subsidiaire. Tantôt, ces textes législatifs n'envisagent nullement l'option de droit et soumettent simplement la validité d'un testament à la *lex successionis* déterminée par la règle de conflit du for qui ne comporte pas de principe d'autonomie. La codification suisse et la Convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort en sont des exceptions notables. La L.S.D.I.P. introduit l'option entre la loi nationale et la loi du domicile. Cette dernière étant la loi subsidiaire à défaut d'option sauf pour le national suisse lorsque les autorités suisse sont compétentes (articles 90 et 91). La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort est, sans conteste, le texte le plus proche du principe d'autonomie défendu ici. La Convention permet, en son article 5, alinéa 1, l'option de droit en des termes clairs:

«Une personne peut désigner la loi d'un Etat déterminé pour régir l'ensemble de la succession. La désignation ne prend effet que si cette personne, au moment de la désignation ou au moment du décès, possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle».

L'alinéa 4 de l'article précise bien que «la désignation d'une loi est considérée, sauf précision expresse contraire du défunt, comme concernant l'ensemble de la succession, que le défunt soit décédé *ab intestat* ou qu'il ait disposé à cause de mort de tout ou partie de ses biens. A défaut de choix, le principe de proximité, recherchant le «centre-vie», établit une présomption réfragable en faveur de la loi de la résidence habituelle si celle-ci durait depuis plus de cinq ans au moment du décès (article 3, alinéa 2)<sup>962</sup>.

**370.** Ces principes posés, centrant le rapport de droit sur le *de cuius*, on peut établir la règle comme suit: les successions sont

<sup>962</sup> Pour une analyse plus détaillée de la convention et la situation dans les différents Etats en matière de succession: voy. Annexe 2, H, et LAGARDE P., «La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *R.C.D.I.P.*, 1989, pp. 249-275; *adde* pour les situations antérieures et le droit comparé: VERWILGHEN M., «Les lois applicables aux successions internationales. J'hérite à l'étranger», Journées Notariales de Hasselt, Bruxelles, F.R.N.B., 1984; Livre Bleu du notariat latin, 2ème éd., 1979, 2 t.

régies par la loi désignée par le défunt ayant opté pour l'une de ses lois nationales ou pour la loi de sa résidence habituelle. A défaut de choix, la succession est régie par la loi de la résidence habituelle du défunt au moment du décès. L'option pourra être exprimée dans le même acte que le testament qui édicterait des dispositions matérielles. La validité de l'option sera, sur le fond, soumise à la loi désignée et sur la forme à la *lex loci celebrationis*. Telle est la règle générale. Faut-il retenir pour valable la forme respectant la loi choisie? La *favor testamenti* le voudrait. S'agissant du mariage, cette possibilité a été écartée (*supra* n° 310). L'hypothèse diffère en ce que le testament est le plus souvent secret. Si la liberté de ce secret veut être respectée, on ne peut imposer au testateur de soumettre sa volonté à une autorité compétente pour y donner les formes requises par la *lex loci*. C'est ce secret qui atténue l'intérêt de l'Etat à ce que soient respectées les formes par lui requises. La validité formelle du testament doit, en conséquence, être largement ouverte. Tant la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires <sup>963</sup> que la Convention de Washington du 26 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international <sup>964</sup> y pourvoient. Le contenu au fond est encadré par les limites externes habituelles, étant les dispositions impératives et l'ordre public de la *lex fori* et de la ou des lois non désignées. Ces limites s'appliquent dans l'étendue prévue pour le système proposé en général. C'est dire que, lorsqu'il y a conflit entre des dispositions impératives d'une loi autre et de la loi choisie, cette dernière l'emporte (*supra*, n° 253) <sup>965</sup>. La réserve héréditaire instituée par une autre loi ne paraît pas *a priori* devoir s'opposer, au titre de loi impérative ou de l'ordre public, à la loi choisie. C'est ainsi que le Tribunal

<sup>963</sup> Loi belge du 29 juillet 1971, *Mon. b.* 29 décembre 1971. La *favor testamenti* est concrétisée par la mise en place de sept facteurs alternatifs généraux et d'un huitième propre aux immeubles, la *lex rei sitae*.

<sup>964</sup> Loi belge du 11 janvier 1983, *Mon. b.* 11 octobre 1983. Voy. DE PAGE P., «Le testament international et sa mystique», *Rev. not. b.*, 1984, pp. 7-23; DE VROE J., «Internationaal testament - Afgeschafte mystiek testament», *Tijds. not.*, 1985, p. 183-188; PINTENS W. et TORFS F., *Internationaal testament*, Anvers, Kluwer, 1985, 156 p.; PUELINCKX-COENE: «Het verdrag van Washington van 26 oktober 1973 en het internationale testament», *R.W.*, 1983-1984, col. 1041-1056; VANDER ELST R., «Le testament international», *J.T.*, 1984, pp. 257-261; VAN DIJK P., «Het internationaal testament», *R.B.D.I.*, 1981-1982, p. 1089.

<sup>965</sup> Voy. VON OVERBECK A.E., «La *professio iuris*», p. 1089.

Fédéral suisse a refusé de faire prévaloir les réserves du droit suisse sur la loi étrangère désignée <sup>966</sup>.

**371.** Entre la volonté du testateur et l'application de la règle de conflit subsidiaire vient s'insérer la volonté des héritiers. Celle-ci peut s'analyser comme mutabilité volontaire de la règle de conflit ou de droit matériel. Les héritiers et les légataires peuvent, si leur accord est unanime, en leur qualité de successeurs prolongeant la personne du défunt du point de vue «statut personnel», ou en leur qualité de partie à un contrat relatif à des biens du point de vue «statut réel», amender l'option du testateur ou exprimer une option nouvelle. Dans l'un ou l'autre cas, s'agissant d'une révision par option nouvelle, selon le principe général dégagé (*supra*, n° 270), celle-ci devra être homologuée par le tribunal qui veillera d'une part à l'accord de toutes les parties, d'autre part à la sauvegarde des intérêts des créanciers <sup>967</sup>. Les autres principes de mutabilité jouant sur le conflit mobile ou le droit transitoire sont applicables par transposition (*supra* n° 339 ss). Ainsi, si le *de cuius* s'était contenté de faire une option abstraite pour la loi de sa résidence habituelle, la loi applicable sera la loi de sa résidence habituelle au moment du décès, non au moment du testament limité à l'option <sup>968</sup>. L'«effet wagon» dénoncé pour les régimes matrimoniaux ne nuit pas à la stabilité: l'option ne produisant ses effets qu'au moment du décès, seule la loi de ce moment s'appliquera (*supra* n° 342). En principe, l'option de droit étant souvent implicite, sous couvert de dispositions matérielles, ces formes de mutabilité trouveront

<sup>966</sup> VON OVERBECK A.E., «Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau d.i.p. suisse», *C.E.D.I.D.A.C.*, p. 74, note 9, *adde* T.F.S., 15 décembre 1977, *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 755, note REVILLARD; BATIFFOL et LAGARDE, relèvent que, en France, «la question ne paraît pas s'être posée de savoir si la réserve française devrait être considérée comme d'ordre public», t. II, p. 417, n° 652, note 3. Le projet italien prévoit qu'en cas de succession d'un Italien, l'option ne peut préjudicier aux droits prévus par le droit italien pour les héritiers légitimes lorsque ceux-ci résident en Italie (article 44, al. 2).

<sup>967</sup> Pour une application différente par volonté d'un seul héritier, voy. la «Convention nordique» de Copenhague du 19 novembre 1934 (*supra* n° 898). Tout en prévoyant l'application de la loi du domicile du *de cuius*, elle permet à un des héritiers dont les droits seraient affectés de demander le partage selon la loi nationale si le *de cuius* n'a pas été domicilié pendant au moins cinq ans avant sa mort dans un autre pays nordique. BOGDAN M., in *Liber Memorialis François Laurent*, p. 683.

<sup>968</sup> *Contra* VON OVERBECK A.E., «La *professio iuris*», p. 1109. L'argument contraire selon lequel, au moment de l'option, le testateur ne peut connaître sa nationalité ou résidence habituelle future, qui serait appliquée au moment du décès par suite du conflit mobile est écarté par la possibilité, pour le testateur, de modifier son option dès la survenance du conflit mobile.

peu d'écho concret en matière successorale. La loi successorale, choisie ou subsidiaire, régit l'ensemble des droits sur la succession trouvant leur source dans le décès, qu'il s'agisse des droits des héritiers ou des tiers, parmi lesquels la détermination de la quotité disponible, des réserves et la validité au fond des dispositions testamentaires <sup>969</sup>.

**372.** Les donations sont généralement considérées comme contrat et partant soumises à la loi d'autonomie. Cette catégorisation large paraît exagérée. Plus souvent que les contrats à titre onéreux, les donations peuvent recouvrir des rapports personnels: on donne à ses enfants, à son épouse, à sa compagne, à des parents, à un ami. La donation devrait se rattacher à la loi qui régit le rapport personnel qu'elle recouvre, non pas tant pour être régie par la même loi, l'option nouvelle étant toujours possible, que pour connaître les mêmes limites. Si la donation recouvre un rapport de vie classé dans le statut personnel, l'option de droit devrait connaître les limites du choix entre la loi de la résidence habituelle et une loi nationale d'une des parties en présence. La loi d'autonomie ne devrait pas permettre le choix de toute loi. Si la donation ne recouvre pas un rapport de vie entrant dans la catégorie du statut personnel, c'est le cas généralement si elle ne recouvre aucun lien de parenté ou de vie commune, la donation entre dans la catégorie du contrat. Elle est alors régie par le même principe d'autonomie dont l'acceptation est néanmoins plus large: le principe de proximité n'y impose pas l'option entre des droits précis, l'intérêt de la société étant moins directement en cause. Certes, le patrimoine futur des héritiers peut s'en ressentir, mais sans entraîner une répartition inégale entre eux. Dans ce cas, le propriétaire reste entièrement maître de l'affectation de ses biens.

---

<sup>969</sup> Convention de La Haye du 1er août 1989, article 7; L.S.D.I.P. (1987), article 92.

### Chapitre III. LES CONSTANTES ET LEUR INCIDENCE SUR L'EVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE POSITIF

373. La confrontation du principe d'autonomie de la volonté aux différentes matières du statut personnel permet de dégager certaines constantes (Section 1). Celles-ci peuvent, malgré quelque arbitraire, se classer en aspects positifs (§ 2) et négatifs (§ 1). Une deuxième section trace les modalités possibles d'intégration du principe d'autonomie dans le domaine du statut personnel en droit international privé positif.

#### Section 1. Constantes

374. Il ne s'agit pas de reprendre les constantes résultant de l'analyse du statut personnel (*supra* n° 209) ni les éléments théoriques de l'autonomie de la volonté comme facteur de proximité et de justice (*supra* n° 94 ss. et 228 ss.). Il s'agit ici de relever quelques conséquences plus techniques de l'application du principe d'autonomie aux matières de statut personnel et, particulièrement, de rencontrer la question de l'effectivité de la théorie proposée au regard d'une migration venue de pays d'Islam (§ 1, B).

##### § 1. En négatif

375. Les deux facteurs clés du droit international privé, le temps et l'espace, suscitent les deux difficultés principales.

#### A. *Conflit mobile*

376. L'admission de la mutabilité abstraite automatique accroît les risques de conflits mobiles essentiellement par modification de la résidence habituelle. L'inverse ne paraît pas une solution meilleure. Le rejet de la mutabilité automatique par appréciation du facteur de rattachement au moment du choix

emporte trois inconvénients majeurs. C'est, premièrement, appliquer un droit qui peut s'avérer éloigné du rapport de vie à régir au moment du conflit. Ce décalage ne sera pas nécessairement suffisant pour faire jouer les mécanismes externes de protection du principe de proximité: dispositions impératives et ordre public. L'un des objectifs majeurs, l'adéquation entre le rapport de vie transfrontière et l'ordre juridique qui le régir par proximité, est battu en brèche.

Deuxièmement, si le gel du facteur de rattachement <sup>970</sup> peut être corrigé par une nouvelle option, c'est au prix d'une lourdeur considérable pour le particulier et pour l'appareil administratif et judiciaire. Les individus oublieraient fréquemment d'effectuer une nouvelle option ou se heurteraient à des difficultés matérielles. Ces retards qui créeraient un décalage entre le changement dans l'espace et le changement dans le temps seraient fréquents.

Enfin, troisième inconvénient, si le gel du facteur de rattachement est possible au moment de l'option, il n'est, par hypothèse, pas possible au même moment en cas de défaut d'option. Le traitement serait ainsi différent entre la personne soumise à la loi de résidence habituelle par choix et celle soumise à la même loi par le jeu de la règle de conflit subsidiaire. Rien n'impose une telle sanction au défaut de choix, particulièrement si l'on veut simplifier le système et adapter la règle subsidiaire aux nombreuses personnes qui n'optent pas, en lui faisant couvrir une hypothèse large correspondant souvent au choix des intéressés. Si par contre le facteur de rattachement est gelé au moment initial du rapport de vie, on maintient la référence à deux moments distincts dans le temps. Sur ce point, la différence est moins forte, car la mutabilité ne porte effet que lorsqu'il s'agit d'examiner le rapport de vie dans son évolution (divorce), non dans sa création initiale (annulation); mais le principe demeure:

---

<sup>970</sup> L'expression est utilisée pour distinguer cette hypothèse de maintien de la loi abstraite telle que désignée par le facteur de rattachement au moment de l'option (conflit mobile: la loi belge en tant que loi de résidence habituelle au moment du mariage, même si je change de résidence habituelle après) de la pétrification (ou stabilisation) reconnaissant le maintien de la loi concrète désignée par le facteur de rattachement au moment de l'option à l'exclusion des évolutions possibles du droit (conflit de droit transitoire: loi belge sur le divorce en 1960, année de mon mariage, même si depuis son contenu s'est modifié). Voy. toutefois l'usage du terme «gel» dans le sens de «pétrification» par Pierre LALIVE, in I.D.I., Session de Bâle, vol. 64-I, 1991, p. 34.

la concrétisation du facteur de rattachement se fait au moment représentatif du rapport de vie à analyser.

377. Les travers de la solution inverse relevés, il ne faut pas s'exagérer les difficultés soulevées par la mutabilité automatique. Deux éléments induisent une certaine stabilité. C'est, d'une part, la stabilité du facteur de rattachement par fixation d'une partie importante des étrangers dans le pays d'accueil. C'est toutefois un élément contingent. C'est d'autre part, la stabilité du droit désigné, par l'établissement de dispositions matérielles précises si ce droit le permet. Ces dispositions ne seraient plus soumises qu'au conflit de droit transitoire. L'examen des hypothèses de mutabilité, pour les régimes matrimoniaux, en a montré la possibilité (supra n° 346 et 347). Une solution pratique, facilitant la connaissance du droit applicable, et la protection des tiers, peut être mise en place. Sa lourdeur ne paraît pas comparable à celle que susciterait la nécessité d'une option nouvelle, homologuée, à chaque modification du facteur de rattachement. Elle consiste à imposer à l'officier de l'état civil qui inscrit une personne de nationalité étrangère sur les registres adéquats de demander si une loi personnelle a été choisie et, si oui, d'en vérifier l'acte. Mention en serait faite au registre et sur le document d'identité remis à l'intéressé. Comme pour la nationalité, le document vaudrait présomption *iuris tantum*. A cette occasion, une nouvelle option pourrait être actée par l'officier de l'état civil sous réserve d'homologation par le tribunal.

### ***B Situations boiteuses: l'effectivité au regard du droit musulman*** <sup>971</sup>

378. L'option laissée au particulier peut augmenter les hypothèses dans lesquelles l'un ou l'autre Etat intéressé n'admet pas le choix posé et, en conséquence, refuse tout effet de droit aux rapports de vie qui en découlent. L'hypothèse la plus fréquente serait celle de l'Etat dont une personne est ressortissante refusant l'option faite en faveur de la loi de la résidence habituelle ou d'une

---

<sup>971</sup> Ces considérations sont propres à l'auteur mais résultent pour partie des réponses données par Abderrazak MOULAY RCHID, Mohamed LOUKILI (Rabat); Lucie PRUVOST (Alger); Kalthoum MEZIOU (Tunis); Fouad RIAD, Mohamed-Hassan LOUTFI (Le Caire) et Iaham SADEK (Alexandrie), au questionnaire reproduit en Annexe 3. Qu'ils en soient ici remerciés.

immigration importante en provenance de pays de droit musulman.

L'effectivité de la règle de conflit proposée ici paraît, *a priori*, peu conciliable avec les principes fondamentaux du droit musulman: allégeance perpétuelle et soumission à l'Islam. Un Marocain optant pour la loi belge, loi de sa résidence habituelle, ne sera-t-il pas exclu de la communauté musulmane, ayant apostasié? Dans ce cas, l'immigré marocain dispose-t-il d'une réelle autonomie de volonté? Comment choisir entre la volonté de s'insérer dans son lieu de vie et la volonté de rester musulman?

La difficulté est certaine. Il est indéniable que le principe d'autonomie de la volonté, proposé comme règle de conflit sous forme d'option de droit, est pensé à partir de l'évolution des concepts occidentaux du privé et du public s'inscrivant dans le cadre d'un droit laïcisé. Il paraît toutefois exagéré de croire que le droit musulman ne pourra, en aucune façon, reconnaître les situations juridiques créées à partir de la règle de conflit fondée sur l'autonomie de la volonté. Cinq arguments plaident en faveur de la reconnaissance des effets de l'option de droit.

1. Le premier se déduit de l'effectivité recherchée. Certes l'harmonie internationale s'accommode mieux de la généralisation des mêmes règles de conflit. L'idéal serait donc l'adoption par les pays de droit musulman du principe d'autonomie comme règle de conflit. Mais cette condition, si elle est suffisante, n'est pas nécessaire pour éviter les situations boiteuses et permettre l'effectivité de la solution ici proposée. La simple reconnaissance des situations juridiques nées dans un autre ordre juridique sous l'égide de l'autonomie de la volonté suffit. Sa résistance au principe sera moins forte, en conformité aux effets atténués de l'exception d'ordre public.
2. En soi, l'option du musulman pour un droit laïcisé ne doit pas, nécessairement, encourir la condamnation d'apostasie. En principe, cette condamnation ne se présume pas et doit résulter de la négation, par une personne, devant deux témoins, de l'existence de Dieu et de la qualité du prophète. Certes, il appartient aux musulmans et non à nous-mêmes d'en juger. Si l'importance du religieux paraît s'accroître —

non seulement en terre d'Islam<sup>972</sup> —, plusieurs voix musulmanes font entendre un souhait d'une scission plus importante entre le religieux qui pourrait relever du privé, et l'organisation de la société relevant du public<sup>972b</sup>. Loin d'être une apostasie, l'option de droit, la liberté laissée au musulman, ne garantit-elle pas la sincérité de sa relation tant d'allégeance à un Etat que de croyance en Dieu? Dans l'Islam, la relation entre le croyant et Dieu n'étant soumise à aucun intermédiaire, qui pourrait juger de l'infidélité à sa religion d'un musulman convaincu et pratiquant qui opte pour le droit commun de son lieu de vie?

3. S'il est vrai que la raison peut difficilement convaincre la foi, cet argument de «privatisation» du religieux porte un poids plus important dans le cadre d'un «Islam transplanté» par l'immigration. Ce poids s'accroît face à la sédentarisation certaine de cette immigration et au vécu nouveau d'une «seconde génération» socialisée par l'école et les loisirs dans une société laïque. Avec prudence, le sociologue constate, dans la seconde génération, un «processus de sécularisation pratique, [de] privatisation de l'Islam», qui n'est pas sans difficultés, obstacles et tensions mais d'où pourrait apparaître «une praxis créative qui saurait répondre à des questions fondamentales — celle, par exemple, de savoir comment on peut intégrer la double qualité de musulman et de citoyen d'un Etat laïque»<sup>973</sup>. Les autorités des pays d'origine n'ignorent plus cette situation et constatent «qu'il y a peu de chance que les jeunes marocains qui sont nés et ont grandi en Europe occidentale retournent au Maroc», tout en s'inquiétant du «déracinement culturel, linguistique et religieux des jeunes concernés»<sup>974</sup>.

<sup>972</sup> KEPPEL G., *La revanche de Dieu. Chrétiens, juifs et musulmans à la reconquête du monde*, Paris, Seuil, 1991, 288 p.

<sup>972b</sup> Pour certains la rupture entre le droit musulman et le droit positif serait déjà acquise en Tunisie: MEZGHANI A., «Droit international privé», p. 79: «Le droit de la famille a ainsi perdu, et sous le double aspect de sa source et de son contenu, sa sacralité. C'est la fin d'un monde, d'un modèle», et p. 81: «Disposant d'un droit du for, dégagé de toute rationalité confessionnelle, imbu d'une politique législative moderniste, participant de l'universel, l'ordre juridique tunisien peut user des techniques habituelles du droit international privé».

<sup>973</sup> SIERENS S., *Les fonctions sociales et symboliques de l'Islam chez les immigrants marocains*, pp. 134-135. *Adde: supra*, n° 220.

<sup>974</sup> Déclarations du Ministre de la Justice de Belgique ensuite d'une visite de travail au Maroc en septembre 1990 (Ch. Représ., *Bull. Q. et R.*, 1990-1991, question n° 142; *R.D.E.*, 1991, p. 82).

4. Cette évolution des autorités des pays d'origine, antérieurement attachées au principe du retour et au respect intégral, sans concession, de la culture d'origine fait preuve de réalisme. Le même réalisme commande l'acceptation d'un argument minimaliste. Si l'option de droit n'est pas retenue comme règle de conflit, c'est à l'évidence la loi de la résidence habituelle, correspondant à la *lex fori*, qui triomphe dans le droit international privé occidental. L'analyse a montré l'importance des domaines déjà investis (divorce, filiation adoptive mais aussi biologique...). Le rejet de la loi nationale sera alors total. L'immigré n'aura même pas la possibilité d'opter pour sa loi nationale ou, selon les possibilités que lui offre le droit matériel de cette loi nationale, de l'adapter, par voie de contrat, à son milieu de vie.
  
5. Ce dernier argument est peut-être le plus important. Cette étude a laissé voir, à plusieurs reprises, l'influence du droit interne sur le droit international privé, par exemple en matière d'égalité des sexes. Le caractère contractuel du mariage en droit musulman peut jouer un rôle fondamental dans l'acceptation du principe d'autonomie comme règle de conflit ou, à tout le moins, dans la reconnaissance de ses effets. Si la règle de conflit est distincte du droit matériel, l'existence du principe d'autonomie dans le droit matériel favorise indéniablement son extension en droit international privé. L'expérience de notre droit dans la matière des contrats l'a montré. De nombreux pays d'Islam connaissent des conflits interpersonnels. Le rôle de la volonté pour le rattachement à un droit familial «existe depuis longtemps dans les Etats pluralistes multiconfessionnels» et pourrait, selon Pierre Gannage, guider utilement «les rapports des systèmes confessionnels et des systèmes laïcisés»<sup>975</sup>. L'idée d'un droit familial «à la carte», défendue par des auteurs musulmans pour le droit interne, a déjà été relevée (*supra*, n° 142). Etendue au droit international privé, elle permettrait au ressortissant d'un Etat de droit musulman de modaliser l'option en faveur de sa loi nationale par un contrat comportant des dispositions de droit matériel. En droit interne, plusieurs dispositions adaptant le droit de la famille peuvent déjà être jugées conformes au droit musulman

---

<sup>975</sup> GANNAGE P., p. 365.

(*supra*, n° 144 et 150)<sup>976</sup>. En droit international privé, s'agissant de reconnaître une situation juridique née à l'étranger, ces critères de conformité pourraient encore s'assouplir, s'atténuer pour utiliser un qualificatif propre à l'exception d'ordre public qui serait avancée.

**378b.** Il ne faut pas exagérer la multiplication des cas de situations boiteuses par rapport à la situation actuelle dominée par l'application de la *lex fori*. La théorie proposée ne peut se mesurer à la seule contingence du phénomène migratoire récent originaire de terres d'Islam. Outre, qu'il peut favoriser le rapprochement des civilisations musulmanes et occidentales, le principe de l'option de droit peut s'adapter à d'autres phénomènes migratoires comme ceux annoncés à partir de l'Est européen et ceux résultant de la libre circulation favorisée dans l'Europe communautaire, à défaut de droit matériel uniforme.

Si l'impasse est inévitable et qu'une situation boiteuse se crée, c'est une considération générale qui tranche. Ou bien, l'harmonie internationale prime et impose l'absolue stabilité dans l'espace du statut des personnes à l'encontre de leur volonté. Ou bien, l'existence d'un rapport de vie est un fait accepté auquel il paraît préférable d'accorder une sanction légale dans un ordre juridique, celui dans lequel les intéressés vivent, plutôt que de la refuser dans tout ordre juridique.

## § 2. En positif

**379.** Les aspects positifs généraux de souplesse par adaptation, de sécurité par prévisibilité et d'égalité par respect des personnes ne sont plus repris. Ils se traduisent dans certaines influences sur les techniques du droit international privé.

<sup>976</sup> Selon KHAMLIHI, Professeur de droit et aalem (savant, docteur de droit musulman) les articles suivants du Code de statut personnel marocain pourraient faire l'objet d'une disposition contractuelle y dérogeant: 21 (restitution de la dot), 31 (polygamie), 35 al. 1 (entretien de l'épouse par le mari), 36 al. 2 (obéissance de la femme au mari), 38 (disposition générale et occupations publiques), 44 (répudiation par voie du tamlik (option) moyennant condition), 53-54-56-57 et 58 (divorce judiciaire), 60 (Muta, étant le don après répudiation). (Recueilli lors d'un entretien avec MOULAY RCHID A., Rabat, 14 mars 1991). *Adde*: LAPANNE-JOINVILLE J., «Les conventions annexes au contrat de mariage».

### A. *Qualification*

380. La désignation du droit applicable réduit considérablement la nécessité de qualifier les institutions en présence. L'option indique la loi à laquelle il y a lieu de se référer. On ne pourrait prêter aux intéressés la volonté de se référer aux concepts d'une autre loi, fût-elle la *lex fori*. Le partage entre des questions de fond ou de forme sera par exemple plus aisément assuré (*supra* n° 318 et 324). Seul l'ordre public pourrait imposer une qualification *lege fori*, à titre subsidiaire, après que les effets de la loi applicable aient été écartés. Par ailleurs, l'utilisation d'une règle de conflit plus large, si pas unique, pour l'ensemble du statut personnel, réduit considérablement les questions préalables du statut personnel en décloisonnant les matières.

### B. *Renvoi*

381. L'option de droit s'entend comme choix d'un droit matériel à l'exclusion des règles de conflit du système désigné sauf mention expresse par les parties.

### C. *Ordre public*

382. L'exception d'ordre public demeure une limite externe importante. Son objet se précise toutefois. Son rôle est un rôle de balance entre les intérêts privés et publics. Elle écarte l'option si ses effets sont jugés contraires à l'intérêt de la société. A défaut, la liberté de la personne est respectée. En conséquence, le recours à l'exception d'ordre public sera plus limité.

### D. *Loi unique*

383. L'hypothèse du conflit entre les lois personnelles en présence se restreint. L'option désigne une loi unique pour l'ensemble du rapport de vie. Les difficultés d'application

distributives, avec conditions unilatérales ou bilatérales (empêchement à mariage) ou cumulatives s'estompent. L'unicité de cette loi a un effet secondaire positif en réduisant les tentations de modifications volontaires par de nouvelles options. Toucher à un point revient à modifier la loi applicable à l'ensemble du rapport de vie, sauf si cette loi autorise des dispositions matérielles par voie contractuelle sur certains points.

### *E. Règle localisatrice à caractère substantiel*<sup>977</sup>.

384. Le conflit entre le rattachement aveugle, dont on exagère la portée chez Savigny, et le rattachement tenant compte des objectifs substantiels s'atténue. Le principe de proximité par option de droit maintient le rattachement à un ordre juridique en le combinant avec la possibilité pour les intéressés de prendre en compte les résultats concrets découlant de ce rattachement. Il n'y a pas là contradiction<sup>978</sup>. La liberté n'est pas totale. Les parties demeurent soumises à un ordre juridique dans son ensemble. Seul cet ordre juridique peut autoriser des dispositions particulières dans certains domaines.

### *F. Pacification*

385. L'option de droit, en ayant permis le choix du droit qui régira le rapport de vie, réduit les cas de litiges par la légitimité renforcée de la règle que les intéressés se sont donnée. Même en cas de désaccord sur le fond, «l'existence de conventions expresses diminue les litiges et notamment ceux qui portent sur la détermination de la loi applicable»<sup>979</sup>. La tâche des magistrats s'en trouve allégée. Les avocats n'en perdent pas toute utilité. Leur rôle premier de conseils est renforcé. Il leur appartiendra, plus qu'avant, de prévenir le litige, d'examiner toutes les

<sup>977</sup> Emprunté à PATOCCHI P.M., «Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel».

<sup>978</sup> Pour JUENGER F.K., p. 279, une des façons de développer un droit international privé téléologique est d'étendre l'autonomie de la volonté au-delà du domaine contractuel. *Contra* BERVOETS Th.M. et DEBOER Th.M. in JESSURUN d'OLIVEIRA H.U. (dir.), «Partij-invloed in het i.p.r.», pp. 31 ss. et 47 ss.

<sup>979</sup> BATIFFOL et LAGARDE, t. II, n° 622, à propos des régimes matrimoniaux.

hypothèses possibles, d'avoir des connaissances de droit international privé et de droit comparé pour conseiller au mieux les intéressés. Le conseil précis d'un contrat de mariage comportant des clauses relatives à la répudiation et à la polygamie peut permettre à un couple marocain de concilier le respect du droit musulman et les aspirations d'égalité de l'épouse, en conciliant l'option pour leur loi nationale avec l'adaptation possible du droit matériel. Ce faisant, le principe d'autonomie n'accroît pas la distance entre les systèmes de droit musulman et les autres systèmes laïcisés, comme on pourrait le croire en se fondant sur un risque accru de situations boiteuses. Certes, le risque existe, mais les situations boiteuses existent déjà en nombre et, à l'inverse, l'application stricte de la loi nationale peut créer une rupture sociale avec le milieu de vie du pays d'accueil, même si, juridiquement, celui-ci reconnaît l'application de cette loi nationale. Entre le rejet absolu du régime juridique tantôt du pays d'origine, tantôt du pays d'accueil, le principe d'autonomie accompagné de libertés contractuelles sur certains points peut permettre, à l'initiative même des intéressés, la construction de voies moyennes adaptées à leur situation propre, sans les soustraire à tout ordonnancement légal (*supra*, n° 144, 150 et 378).

## **Section 2. Intégration du principe d'autonomie dans le droit international privé positif du statut personnel**

### **§ 1. Evolution doctrinale: l'apport de cette étude**

386. En doctrine, plusieurs auteurs déjà cités se sont prononcés en faveur d'une extension du principe d'autonomie aux matières de statut personnel<sup>980</sup>. Cette doctrine a été initiée en 1976 par l'exposé de Catherine Labrusse-Riou au Comité français de droit international privé. L'orateur y a confronté la règle de conflit traditionnelle en matière de statut personnel,

---

<sup>980</sup> Pour rappel: ERAUW J., *Liber Memorialis François Laurent*, p. 756; JESSURUN d'OLIVEIRA H.U., *idem*, p. 234, et débat, *C.R. Rev. drt. Int. et drt. comp.*, 1988, p. 217; «*De sluisweg van partij wil*»; LABRUSSE-RIOU C., *Trav. Com. fr. d.i.p.*, 1975-1977, p. 111; RIGAUX F., *Annuaire I.D.I.*, vol. 62-II, 1987, pp. 135-136 et d'autres membres de l'Institut (GANNAGE P., *idem*, p. 139 et *R.C.A.D.I.*, 1979, III, p. 365), *adde* la résolution (p. 291) faisant à l'autonomie une place plus grande que le projet initial (vol. 62-I, p. 350).

étant l'application de la loi nationale, à l'évolution du phénomène migratoire. Ultérieurement, d'autres auteurs, prenant acte du fait migratoire nouveau, proposaient d'envisager l'option de droit (Jessurun d'Oliveira), fût-ce à titre supplétif d'une application généralisée de la résidence habituelle (Erauw). Le principe général d'autonomie de la volonté n'était pas approfondi et son application était limitée aux matières plus proches des domaines contractuels, comme les régimes matrimoniaux et les successions (Von Overbeck), voire les effets du mariage (Rigaux, I.D.I.)<sup>981</sup>. Les objections avancées n'ont guère permis à cette théorie de s'imposer: permanence et impérativité du statut personnel, risque de situations boiteuses ou encore, chez des auteurs initialement favorables à l'idée, préférence accordée à des règles de conflit à caractère substantiel jugées plus novatrices que l'adaptation du système savignien (Bervoets et Deboer in Jessurun d'Oliveira dir.).

A l'exception des Pays-Bas pour la matière du divorce, les législations et conventions ont limité l'introduction du principe d'autonomie aux matières «contractualisées»: régimes matrimoniaux, successions, certains effets personnels du mariage, le nom (voy. Annexe 2.I, en caractères gras dans le tableau comparatif).

Il paraissait nécessaire de théoriser ces propositions assez intuitives en cernant l'évolution des concepts d'autonomie de la volonté et de statut personnel. Les objections propres à la permanence et à l'impérativité du statut personnel ont ainsi pu être écartées. Le rôle exact de l'autonomie de la volonté comme règle de conflit et sa conformité au principe de proximité par voie d'option de droit permet de sortir cette notion du carcan contractuel et de la proposer comme règle générale de conflit pour les différentes matières du statut personnel. Une approche nuancée du droit musulman permet d'assoupir le spectre des

---

<sup>981</sup> Les travaux récents de l'Institut de droit international sur «L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées» ont réservé «les questions du contrat de travail et de la protection du consommateur» (p. 77, Préambule du projet de résolution) mais aussi les questions «des contrats concernant le mariage, la famille et la succession» (p. 32). Voy. l'avis divergent de Pierre LALIVE, notamment pour «certains domaines du droit de la famille» (p. 33). Contrairement à la position adoptée ici, LALIVE P., considère qu'il semble résulter de l'extension de l'idée d'autonomie dans d'autres domaines du droit international privé, «que le principe d'autonomie n'a pas nécessairement la même fonction dans tous les domaines» (p. 33) (I.D.I., Session de Bâle, Travaux préparatoires, vol. 64-I, 1991).

situations boiteuses. Si cette étude peut prétendre à un caractère novateur, c'est par la généralité du principe d'option de droit proposé pour toutes les matières de statut personnel et sa confrontation aux hypothèses pratiques.

La doctrine n'est pas la pratique. Il reste à examiner si l'intégration du principe d'autonomie dans les matières de statut personnel peut résulter d'une évolution jurisprudentielle (§ 2) ou s'il est nécessaire de légiférer (§ 3).

## § 2. Evolution jurisprudentielle

387. La possibilité d'une évolution jurisprudentielle dépend bien évidemment du cadre législatif à partir duquel on raisonne. Importante dans le système de common law, mais stabilisée par le principe du précédent, la jurisprudence est encadrée de limites plus formelles dans les systèmes de droit civil et de droit socialiste. Les législations sont un peu moins nombreuses dans les pays de droit musulman. D'apparence plus rigide par référence à la Shari'a pour le statut personnel, l'évolution à long terme, sous l'impulsion d'une doctrine de l'ijtihad (réouverture des portes de l'effort d'analyse et d'adaptation) n'est pas exclue. L'importance accordée aux contrats au sein même du système permet des aménagements.

En Belgique, comme en France, le fondement du rattachement du statut personnel à la loi nationale repose sur l'article 3, alinéa 3, du code civil, dont l'interprétation multilatérale ne revêt aucune impérativité (supra n° 187 ss.). Le statut personnel des étrangers résidant en Belgique pourrait, sans changement législatif, être soumis au principe d'autonomie. L'avantage est celui d'une évolution lente, adaptée par la jurisprudence à la demande, introduisant, comme aux Pays-Bas, progressivement, le rôle de la volonté dans la recherche du lien le plus étroit. L'inconvénient majeur réside dans la limite de certaines matières expressément régies par d'autres principes parmi lesquels la *lex fori* domine. Il en est ainsi en matière de divorce et de filiation adoptive. D'autres inconvénients résultent de la difficulté pour les plaideurs de solliciter une position *a priori* révolutionnaire, pour les magistrats du fond d'y donner suite et pour la Cour de Cassation de ne pas rompre unilatéralement la

règle d'application de la loi nationale en adoptant le principe d'autonomie pour les seuls étrangers alors qu'un des fondements de la règle du respect réciproque des lois nationales fut la «courtoisie internationale».

### § 3. Evolution législative

388. Le législateur devrait alors intervenir pour deux motifs essentiels. D'une part, en instituant l'autonomie de la volonté sous la formulation d'un principe bilatéral, il peut, plus aisément, espérer son extension dans d'autres ordres juridiques. D'autre part, en coulant le principe dans un texte, il établit avec certitude son effectivité et son champ d'application matérielle. La proposition de modifications législatives se heurte au débat habituel entre les tenants d'une évolution jurisprudentielle souple et les partisans de textes clairs. Deux remarques clarifient ce débat.

Premièrement, la modification proposée n'est ni contingente ni rigide. Elle ne vise pas simplement le remplacement du critère de nationalité par celui du domicile pour des raisons liées au sens des migrations. Son objet n'est pas davantage la mise en place d'un facteur de rattachement rigide sur lequel le temps et la jurisprudence n'auraient aucune prise.

Deuxièmement, le texte peut se concevoir dans un cadre national ou international. Si c'est dans un cadre national, il sera mieux intégré dans une codification globale à l'image de celles récemment adoptées dans d'autres pays <sup>982</sup>. L'expérience a révélé l'inadaptation à long terme des réformes partielles, liées souvent à des réformes de droit interne (loi belge sur l'adoption) ou dictées par des éléments circonstanciels (loi belge sur le divorce). En outre, les législations limitées dispersent les textes en une complexité nuisible à la bonne administration de la justice. Dans un cadre international, les textes peuvent être multilatéraux ou bilatéraux. Les travaux récents au sein de la Conférence de La Haye en matière de testament (1989, Annexe 2, H) et de la Communauté économique européenne en matière contractuelle

<sup>982</sup> En faveur d'une codification en ce sens, ERAUW J. «De nood aan codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht», *Liber Memorialis François Laurent*, pp. 745-761, résumé en anglais, p. 762-763.

(Rome, 1980, *supra* n° 81) mettent en lumière une nette avancée du principe d'autonomie comme facteur et acteur de proximité. Ils augurent de travaux pour son extension au statut personnel.

Dans l'attente, les Etats les plus concernés de part et d'autre du phénomène migratoire pourraient envisager des travaux bilatéraux. Cette bilatéralité se conçoit aussi bien entre ensembles, par exemple d'une part la Communauté économique européenne, étendue éventuellement, comme en matière juridictionnelle, à l'Association de libre échange, et d'autre part l'Union du Maghreb arabe (*supra*, note 572). De telles négociations entre systèmes juridiques laïcisés et systèmes confessionnels ne sauraient être faciles. Rien n'indique qu'elles doivent être écartées *a priori* lorsqu'on sait que les Etats concernés, et plus encore les personnes, peuvent y trouver intérêt en facilitant les relations transfrontières, les unions et les liens durables, vecteurs d'enrichissement culturel, humain et économique. La part reconnue par chaque système au respect des contrats permet des solutions de compromis. Les hypothèses pratiques l'ont démontré.

#### §4. Commissions mixtes d'arbitrage

389. De tels travaux bilatéraux pourraient se prolonger par la mise en place de commissions mixtes d'arbitrage. Ce mode de règlement des conflits s'est imposé dans les relations économiques internationales, autant pour des raisons pratiques de coût de fonctionnement assuré par les moyens des parties intéressées que pour des raisons liées au caractère transnational propre du commerce international. De nombreuses situations relationnelles de personnes physiques s'y apparentent par l'éclatement de leur rattachement à des ordres juridiques divers, renforcé par une confrontation de valeurs permettant difficilement de les rattacher à une législation, à l'exclusion d'une autre<sup>983</sup>. La mixité des commissions d'arbitrage comporte un double avantage. Sa

---

<sup>983</sup> «L'arbitre est confronté, depuis quelques années, à de multiples questions d'ordre extra-contractuel», toutes demeurant dans le cadre commercial selon Claude REYMOND, aux travaux du comité français de droit international privé, séance du 17 mai 1989. C.R., PLUYETTE G., *R.C.D.I.P.*, 1990, p. 223. Le Conseil de l'Arbitrage est créé depuis 1976 au sein de la Chambre de commerce franco-arabe de Paris. CHARLES R., «Le Droit musulman», p. 125.

composition de membres des ordres juridiques concernés permet la mise en place de solutions adaptées dans le respect des principes fondamentaux propres à chaque ordre juridique sans que ceux-ci ne soient trahis par des interprétations erronées du fait de l'ignorance. Cette même composition multiple, ou mixte, s'assure une autorité plus forte, tant directement auprès des parties en cause qui participent de cette mixité, qu'au sein de chaque ordre juridique pour l'exécution forcée des sentences.

De telles commissions ne devraient pas nécessairement siéger en permanence. Seuls y seraient soumis les cas qui, débordant du cadre d'un ordre juridique, font l'objet de décisions étatiques inexécutives dans l'autre ordre juridique ou contradictoires dans les deux ordres. Un des cas est certainement le partage de l'autorité parentale au sein d'un couple dont les membres séparés se rattachent à des ordres juridiques distincts. Ainsi, par le détour des textes, un pouvoir important est conféré à l'acteur principal de la pacification des relations humaines: le juge devenu, au sens propre, arbitre ou *cadi* <sup>984</sup>.

---

<sup>984</sup> Sur la paix sociale selon la «justice du *cadi*» et le rôle d'arbitre des tribunaux dans les conflits familiaux, ROCHAT Ch., pp. 342 et 249; MARTIN J.A., p. 35; GARAPON A., p. 55.

## Conclusion

**390.** Si le monde contemporain demeure aux dimensions de la terre, les déplacements de personnes sur cette terre croissent en quantité et en qualité.

Au migrant conquérant a succédé le migrant en quête de bien-être ou de liberté. Si les premiers ont pu, pour bonne part, imposer leurs lois, les seconds ne parviennent à conserver les leurs que dans quelques espaces et matières allant se rétrécissant. Correspondant à la division du monde en Etats, le principe du respect des lois nationales perd de sa force. Ce n'est pas dire — l'histoire récente en témoigne — que la nation s'efface.

En Europe occidentale, le phénomène migratoire contemporain se caractérise par deux tendances opposées: l'une de mobilité accrue dans le chef d'étrangers européens, culturellement proches; l'autre de sédentarisation, dans le chef d'étrangers originaires de pays d'Islam. La persistance des migrations paraît certaine même s'il est difficile d'en prévoir le sens, la quantité et la qualité.

Confrontées à ce phénomène migratoire, les règles de conflits de lois, traditionnellement appelées à régir le statut personnel des migrants, n'emportent plus l'adhésion. Jouets de l'histoire ou des besoins, les migrants se voient soumis tantôt à la loi nationale d'un Etat qu'ils ont quitté, tantôt à la loi de la résidence habituelle d'un Etat qui rejette leur culture.

Le principe d'autonomie proposé par certains pour permettre à ces hommes et ces femmes de se réapproprier pour partie leur destin dans ce qui demeure leur jardin propre, leur vie privée et familiale, pour séduisant qu'il paraisse, soulevait des objections nécessitant une analyse approfondie. Il convenait de reprendre l'examen des concepts concernés.

**391.** Que recouvre la notion d'autonomie de la volonté? Eclairée par les sciences humaines et le droit interne, sa spécificité en droit international privé est de permettre aux individus le choix d'un droit applicable à un rapport transfrontière dans le respect des principes de proximité et de

justice. Un sort est ainsi fait à l'assimilation abusive du principe d'autonomie en droit international privé, au principe de liberté contractuelle en droit interne. L'expression «option de droit» paraît plus adaptée au concept de droit international privé; elle connaît un précédent dans l'histoire: la *professio iuris*.

**392.** Que recouvre la notion de statut personnel? Marqué par l'évolution du droit interne, notamment par le principe d'égalité des sexes, le concept de statut personnel en droit international privé paraît fragilisé par une segmentation résultant de l'application de lois différentes à différents moments de vie. Reconsidéré non plus à partir des lois qui le régissent mais en tant que tel, dans son unité, couvrant les rapports interpersonnels et familiaux de la naissance à la mort, le statut personnel révèle son insertion majeure dans la vie privée et familiale, se détachant du public et de l'impérativité liée aux normes appelées à défendre les intérêts collectifs.

**393.** De la sorte, l'analyse permettait d'envisager une autonomie limitée pour un statut personnel assoupli. L'option de droit entre la loi nationale et la loi de résidence habituelle est la règle de conflit proposée pour l'ensemble des matières de statut personnel, de la naissance à la mort (nationalité, nom, capacité, filiation, adoption, mariage, concubinage, divorce, régimes matrimoniaux, successions). A défaut de choix, la règle de conflit subsidiaire désigne la loi de la résidence habituelle. Le choix est adaptable à tout moment, dans le respect de certaines formalités.

Il fallait encore soumettre la théorie à l'application pratique. Cette prospective, riche d'enseignements, pourrait inquiéter par sa complexité. A dire vrai, la complexité des relations humaines transfrontières soulève des difficultés quelque soit le système proposé. Le système de Mancini eût-il rencontré un tel succès si la doctrine avait imaginé dans le détail les belles difficultés que susciterait l'application de «la» loi nationale, une fois évanouie la prédominance du mari? La jurisprudence dut bien y faire face. C'est dans le souci de sonder plus avant le système d'autonomie plus que dans celui de présenter un principe simple, au demeurant inexistant, que cette prospective pratique s'imposait. Le système d'autonomie en sort vainqueur. Correctement compris, comme option entre la loi nationale et la loi de résidence habituelle, il trouve place dans l'ensemble du statut personnel. Il s'avère une juste expression du principe de proximité entre une

relation personnelle transfrontière et l'ordre juridique qui doit la régir. La souplesse envisagée n'est pas synonyme de liberté totale. A bien des égards, le principe proposé est plus contraignant et plus sûr que les règles de conflit actuelles condamnées à être détournées en raison de leur rigidité excessive. Le principe dispositif, l'usage de l'ordre public, le recours à la *lex fori* en sont des exemples.

Les constantes dégagées de cet examen pratique permettent notamment de confronter les conséquences de l'option de droit au système de droit musulman. Celui-ci, recelant plus de souplesse et de richesse qu'il n'y paraît *a priori* permet une certaine harmonie par la voie contractuelle, largement ouverte en droit familial.

**394.** L'évolution future du principe d'autonomie ici proposé peut s'envisager en trois temps. A long terme, le principe serait formalisé dans des textes nationaux ou multilatéraux, comme le projet de convention proposé en Annexe 1. A moyen terme, pourquoi ne pas signer des conventions bilatérales entre les Etats d'émigration et les Etats d'immigration? Ces conventions reconnaîtraient la possibilité de l'option de droit et mettraient en place des commissions mixtes d'arbitrage qui pourraient élaborer une forme de droit transnational mieux adapté à la spécificité des situations. A court terme, la jurisprudence peut devenir, et est déjà, attentive au rôle de la volonté dans la formalisation du principe de proximité. Rien n'interdit son évolution progressive jusqu'à l'option de droit.

Il reste que l'autonomie de la volonté, sous forme d'option de droit, ne peut être présentée comme un système simple et réducteur que serait l'imposition d'une seule règle rigide ou la suppression de toute règle abandonnant le juge à ses humeurs.

La voie proposée est une voie médiane, de souplesse dirigée par les intéressés dans le cadre d'une règle sanctionnée en dernière instance par le juge qui, au besoin, impose la nécessaire proximité. En substituant le principe d'autonomie au principe de nationalité, c'est aussi la volonté qui l'emporte sur le hasard de la vie. Pour cela, garde-fou, formation, éducation sont nécessaires car, quelles qu'en soient les limites, la liberté n'est jamais facile.

## **ANNEXES**

## Annexe 1

### Projet de Convention sur la loi applicable aux matières de statut personnel

#### *Article 1. Champ d'application*

1. Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant des éléments d'extranéité, aux matières de statut personnel.
2. Par l'expression «statut personnel» sont visées l'ensemble des matières qui touchent directement au statut de la personne de la naissance à la mort, notamment: la filiation, la nationalité, l'adoption, le nom, la capacité, la vie commune, en ce compris ses effets patrimoniaux, ses effets personnels et sa dissolution, les rapports parents-enfants, le décès en ce compris les successions.

#### *Article 2. Caractère universel*

La loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un Etat non contractant.

#### *Article 3. Option de droit*

En matière de statut personnel, les intéressés peuvent opter pour leur loi nationale ou la loi de leur résidence habituelle.

#### *Article 4. Loi applicable à défaut d'option*

A défaut d'option, la loi de la résidence habituelle régit les matières de statut personnel.

#### *Article 5. Détermination de la nationalité et de la résidence habituelle*

1. La nationalité et la résidence habituelle sont déterminées par la loi dont elles se prévalent: loi de la nationalité, loi du lieu de résidence habituelle.
2. La nationalité et la résidence habituelle sont appréciées au moment de la formation de la situation examinée.
3. En cas de pluralité de nationalités ou de résidences habituelles par pluralité des parties en présence, il peut être fait choix d'une de celles-ci. A défaut la loi applicable est celle de l'Etat commun, de résidence habituelle ou de nationalité, le plus proche dans le temps. A défaut, le conflit de lois personnelles en présence est réglé en faveur de la loi de la partie faible au sein du rapport de vie.
4. En cas de pluralité de nationalités ou de résidences habituelles au sein d'une même personne, à défaut de choix, la nationalité ou la résidence habituelle la plus effective est retenue.

#### *Article 6. Clause échappatoire*

La loi applicable à défaut de choix, conformément à l'article 4, peut être écartée s'il apparaît de l'ensemble des circonstances que la situation présente manifestement des liens plus étroits avec la loi d'un autre Etat. En ce cas, la loi de cet Etat s'applique.

**Article 7. Lois impératives et ordre public**

Peuvent être écartées par le juge, les dispositions de la loi applicable conformément aux articles 3 à 5 qui portent atteinte aux dispositions impératives ou à l'ordre public international de l'ordre juridique du juge saisi ou de l'ordre juridique de la loi non choisie, conformément à l'article 3, si la situation présente manifestement des liens plus étroits avec ces ordres juridiques. En cas de conflit entre des dispositions impératives, celles de la loi choisie l'emportent.

**Article 8. Fraude à la loi**

La loi applicable conformément aux articles 3 à 5 est écartée si cette application résulte d'une création artificielle ou d'une simulation par les parties des facteurs de nationalité ou de résidence habituelle ayant pour résultat d'écartier les lois nationales ou de résidence habituelle normalement applicables. Le juge y substitue la loi applicable selon la nationalité ou la résidence habituelle réelle.

**Article 9. Modalité d'expression de l'option, rôle de l'autorité publique**

1. Le choix doit résulter d'une volonté expresse de toutes les parties ou résulter de façon certaine par acquiescement à l'option d'une partie ou aux dispositions matérielles d'un contrat.
2. Toute autorité publique, officier de l'état civil, juge, notaire, mis en présence d'une situation de statut personnel comportant des éléments d'extranéité informera les intéressés des possibilités offertes par la présente convention et les invitera à procéder à un choix entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle.

**Article 10. Capacité**

1. La capacité pour opter est acquise à l'âge de la majorité fixée par la loi personnelle de l'intéressé.
2. Avant cet âge, l'option est valablement faite par les parents conjointement ou séparément.

**Article 11. Mutabilité volontaire**

L'option de droit peut être modifiée à tout moment par accord de toutes les parties intéressées. La nouvelle option est consignée par acte public soumis à l'homologation du tribunal compétent en matière d'état civil. Le tribunal examine la volonté réelle de changement, l'accord des parties intéressées et la réalité de la nationalité ou de la résidence habituelle choisie.

**Article 12. Mutabilité automatique**

La modification de la nationalité ou de la résidence habituelle ayant servi, par choix ou à titre subsidiaire, comme facteur de désignation de la loi applicable entraîne automatiquement la modification de cette loi. Cette modification n'a aucun effet rétroactif sauf convention contraire des parties dans les formes prévues à l'article 11. L'exercice de cette faculté ne porte pas atteinte aux droits acquis des tiers.

**Article 13. Relations parents-enfants**

Les relations entre les parents et les enfants sont régies par la loi personnelle commune à la famille. Cette loi résulte de l'option des parents. A défaut la loi de la résidence habituelle commune (familiale) s'applique. A défaut la loi de la résidence habituelle de l'enfant, telle que fixée par décision de justice, s'applique.

*Article 14. Exclusion du renvoi*

Lorsque la présente convention prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles du droit international privé, sauf volonté expresse contraire des parties.

*Article 15. Systèmes non unifiés*

1. Lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de statut personnel, chaque unité territoriale est considérée comme un pays aux fins de la détermination de la loi applicable selon la présente convention. Si les facteurs de l'option ou de la désignation de loi subsidiaire ne permettent pas de préciser cette unité territoriale, les règles de conflit interne de cet Etat s'appliquent.
2. Lorsqu'un Etat comprend plusieurs systèmes de statut personnel applicables à des catégories différentes de personnes, chaque catégorie de personnes est considérée comme une unité nationale aux fins de la détermination de la loi applicable selon la présente convention. Si les facteurs de l'option ou de la désignation de loi subsidiaire ne permettent pas de préciser cette unité, les règles de conflit interne de cet Etat s'appliquent.

*Article 16. Priorité éventuelle du droit communautaire, Réserves, Clauses finales*

## Annexe 2

### L'état des législations et jurisprudences récentes.

Cette annexe présente un résumé de l'état du droit international privé contemporain dans les différentes matières de statut personnel auxquelles le principe d'autonomie a été proposé dans la troisième partie du texte. Chaque fois les pays abordés sont, dans l'ordre, la France, la Suisse, les Pays-Bas, la Belgique, l'Allemagne, l'Autriche, la Hongrie, l'Italie, auxquels s'adjoint un regard sur le système de Common law et, le cas échéant, sur les conventions. Pour les références aux législations de ces pays, voir dans le texte, les notes 523 à 529. Pour l'Italie, plutôt qu'à la législation actuelle, il est fait référence au «Progetto di riforma del sistema di diritto internazionale privato» élaboré par une commission mise en place par le ministre de la justice. Présidée par MONACO R., la commission comporte, outre des magistrats, avocats, notaires, les professeurs CAPOTORTI F., GIARDINA A., MOSCONI F., POCAR F., VITTA E. (décédé en juin 1988, dont un projet a inspiré la Commission), ANGELICI C., FRANCHI G., MIGLIAZZA A., PICONE P. Texte et rapport in *Documenti Giustizia*, 1990, col. 259-330. En matière de statut personnel, le projet maintient le rôle prépondérant de la loi nationale avec des adaptations résultant du principe de proximité.

Un tableau synthétise cette présentation à la fin de l'annexe 2(I) en y ajoutant, dans les mêmes matières, l'hypothèse du système d'autonomie.

#### A La filiation

##### — FRANCE

Les articles 311-14 à 311-18 du Code Civil, usent de rattachements alternatifs, afin de valider le lien de filiation sous couvert d'un principe unique de rattachement à la loi personnelle de la mère. Voy. BATIFFOL et LAGARDE, t. II, n° 459 ss.

##### — SUISSE

L.S.D.I.P. (1987), articles 68 et 81, appliquant la loi de la résidence habituelle de l'enfant pour l'établissement, la constatation, la contestation de la filiation et les relations parents-enfants ou la loi nationale commune de toutes les parties, si les parents ne sont pas domiciliés dans l'Etat de résidence habituelle de l'enfant. Article 72: application alternative des lois de résidence habituelle, de domicile, de nationalité pour la reconnaissance et la légitimation.

##### — PAYS-BAS

La règle est, conformément à l'article 6 de l'A.B.W., l'application de la loi nationale. En cas de conflit de nationalité, la jurisprudence a évolué d'une application cumulative vers une application alternative pour retenir la loi favorable à l'établissement du lien de filiation. Rb Amsterdam, 15 octobre 1974, N.J., 1975, p. 502, N.I.L.R., 80, p. 240, admet une légitimation par un père marocain, la mère hollandaise étant décédée. C'est une adaptation large et contestable du droit marocain en raison des liens étroits avec la Hollande et de l'intérêt de l'enfant. VAN ROOIJ et POLLAK, p. 206; VOSKUIL C.C.A., p. 361; SAUVEPLANNE J.G., «*Elementair I.P.R.*», p. 40.

##### — BELGIQUE

Au sein du rattachement alternatif, les hésitations entre les lois nationales sont souvent arbitrées par l'intérêt de l'enfant à l'établissement de la

filiation. Voy. FALLON M., *Chronique de jurisprudence*, «Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales» (1980-1987), *R.T.D.F.*, 1988, p. 226. La loi nationale du père reste appliquée dans les actions en contestation de paternité en élargissant au besoin l'interprétation de la loi étrangère. Voy. Civ. Bruxelles, 12ème ch., 30 avril 1990, *R.D.E.*, 1990, p. 91: "Attendu qu'aucune disposition du droit marocain n'exclut qu'une action en contestation de paternité soit introduite par la mère; que, dès lors, en raison du caractère d'ordre public de la loi du 31 mars 1987 ouvrant à la femme la contestation de paternité, il y a lieu d'admettre que l'action en contestation, même introduite par une ressortissante marocaine, serait recevable; que pareille règle est encore plus certaine lorsque la contestante est de nationalité belge." La contestation est accordée par application de la loi marocaine, loi nationale du père, à l'encontre de la demande de la mère qui visait la loi belge, loi nationale de la mère, de l'enfant et loi de la résidence habituelle. La doctrine oscille entre l'application généralisée de la loi nationale de l'enfant (VAN HECKE G. et LENAERTS K., p. 238) et celle des auteurs (WATTE N. et VAN GYSEL A.C., p. 313). WATTE et VAN GYSEL (p. 319) proposent à long terme et de façon plus généralisée l'application de la loi du domicile ou de la résidence habituelle qui serait alors celle de l'enfant.

— **R.F.A.**

E.G.B.G.B. (1986); les articles 18 et 21 situent la filiation légitime et la légitimation sous les effets généraux du mariage, limitant toutefois la loi applicable à l'article 14 (1) (loi de la (dernière) nationalité ou résidence habituelle commune ou la plus proche) à l'exclusion du choix entre les lois nationales visé aux alinéas (2) (au sein d'une même personne) et (3) (au sein du couple). La faveur à l'établissement de la filiation légitime est visée à l'article 19 (1), qui reprend le facteur nationalité après l'avoir écarté: «Lorsqu'à ce moment (de la naissance), les conjoints sont ressortissants d'Etats différents, l'enfant est aussi légitime s'il est réputé tel selon la loi de l'un de ces Etats». Sur le rattachement alternatif pour la filiation naturelle: article 20, (note 832 dans le texte). Le consentement de l'enfant est régi par sa loi nationale ou la loi allemande «si le bien de l'enfant l'exige» (article 23). *Adde*: PONS B., «Un aspect de la réforme du droit international privé en République Fédérale d'Allemagne: la loi du 25 juillet 1986 et la filiation naturelle après trois années d'application», *R.C.D.I.P.*, 1990, pp. 23-77; 251-299.

— **AUTRICHE**

Ö.I.P.R.G. (1978), § 21 et 22: «... En cas de statut personnel différent des époux, le statut personnel applicable est celui qui est le plus favorable à la légitimité (ou légitimation) de l'enfant». Le § 25 prévoit l'application de la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance pour la reconnaissance, constatation ou contestation de paternité illégitime, ou par «un statut personnel ultérieur, si la constatation ou la reconnaissance est permise d'après celui-ci».

— **HONGRIE**

L.H.D.I.P. (1979): Après avoir prévu au § 42 l'application de la loi personnelle (nationale) de l'enfant en matière de filiation, le § 46 ajoute: «La filiation de l'enfant de nationalité hongroise ou qui habite en Hongrie et les rapports entre cet enfant et ses parents relevant du droit de la famille, ainsi que les obligations alimentaires envers cet enfant, sont régis par la loi hongroise, si celle-ci s'avère plus favorable à l'enfant».

— **ITALIE**

La filiation est régie par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance (article 31, al. 1). L'enfant considéré comme légitime par la loi nationale d'un des parents est considéré tel (article 31, al. 2). La confirmation et la contestation de la filiation sont également régies par la loi nationale de l'enfant, sauf la contestation de filiation légitime acquise au regard de la loi nationale d'un des parents qui ne

peut être fondée que sur cette loi (article 31, al. 3). La légitimation par mariage est régie par la loi nationale de l'enfant ou d'un des auteurs (article 32, al. 1). La reconnaissance de filiation naturelle est régie par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance ou de l'auteur de la reconnaissance au moment de celle-ci (article 33, al. 1) (rapport, col. 282).

— **COMMON LAW**

Si la faveur à l'établissement du lien de filiation, même légitime, est moins claire au Royaume-Uni (MORRIS J.H.C., p. 183: «is there an English conflict rule at all?»; *Adde*, en faveur de la «réalité biologique» avec des exemples suédois (retenant le principe de proximité): PÁLSSON L., «Family conflict of laws», pp. 342 ss.), aux États-Unis, en tous cas selon le Restatement 2 d, la *favor legitimitatis* est très nette. Voy. § 287 et HANOTIAU B., p. 274.

## B. L'adoption

— **FRANCE**

Selon la jurisprudence, BATIFFOL et LAGARDE, t. II, n° 467, «faveur générale à l'adoption»; *adde* Cass. Fr., 1ère ch., 7 novembre 1984, aff. *Torlet*, R.C.D.I.P., 1985, p. 533, note SIMON DEPTRE, *Clunet*, 1985, p. 434, note GAUDEMET-TALLON H.; LEQUETTE et ANCEL, «Les grands arrêts...», p. 482: «Attendu que les conditions comme les effets de l'adoption sont régis lorsque l'adoption est demandée par une seule personne, par la loi nationale de celle-ci; la loi de l'enfant devant seulement déterminer les *conditions* du consentement ou de la représentation de l'adopté». Ces auteurs commentent: «Sous le couvert d'une règle neutre se dissimule une solution qui favorise la réalisation des adoptions souhaitées» (p. 486); Cass. Fr., 31 janvier 1990, aff. *Pistre*, R.C.D.I.P., 1990, p. 519, note POISSON-DROCOURT E. et in RUBELLIN-DEVICHI J., *Chronique de jurisprudence*, «Personnes et droits de la famille - Adoption», *Rev. Trim. dr. civ. (France)*, 1990, p. 264, précise que «le contenu même du consentement - savoir s'il a été donné en vue d'une adoption simple ou d'une adoption plénière - doit être apprécié indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté, le juge français devant s'attacher à la volonté expresse ou présumée de la personne qui a consenti», mais constatant que «les juges du fond relèvent que le consentement a été spécialement donné par l'autorité brésilienne compétente en vue d'une adoption simple», la Cour rejette le pourvoi en vue d'obtenir l'adoption plénière d'un enfant brésilien, à l'époque refusée par la loi brésilienne aux étrangers ne résidant pas au Brésil. La Cour privilégie le principe d'autonomie comme liberté contractuelle au sens d'une règle matérielle plutôt que comme option de droit défendue ici.

— **SUISSE**

L.S.D.I.P. (1987), article 77 :

«1. Les conditions de l'adoption prononcée en Suisse sont régies par le droit suisse.

2. Lorsqu'il apparaît qu'une adoption ne serait pas reconnue dans l'État du domicile ou dans l'État national de l'adoptant ou des époux adoptants et qu'il en résulterait un grave préjudice pour l'enfant, l'autorité tient compte en outre des conditions posées par le droit de l'État en question. Si, malgré cela, la reconnaissance ne paraît pas assurée, l'adoption ne doit pas être prononcée.»

Tout en prévoyant ainsi l'application de la loi du domicile de l'adoptant (critère de compétence, art. 75), la disposition entend manifestement limiter la faveur à l'adoption aux cas évitant l'adoption boiteuse, se fondant sur «l'idée qu'une adoption internationale ne doit être prononcée que si l'on est certain qu'elle déploiera ses effets dans tous les pays intéressés» (VON OVERBECK A.E., «d.i.p.

Suisse», p. 256). Si l'adoption ne *«doit pas être prononcée»*, il s'en déduirait qu'elle *peut l'être*. La Suisse (ainsi que l'Autriche et le Royaume-Uni, à l'exclusion d'autres pays) a ratifié la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption.

— **PAYS-BAS**

Malgré le principe d'une application distributive des lois nationales, la loi nationale de l'enfant est peu examinée (VAN ROOIJ et POLAK, p. 208, mais H.R., 11 avril 1980, N.I.L.R., 1980, p. 241, pour consentement des parents de l'adopté selon sa loi nationale) et parfois remplacée par le critère du «woonplaats»: «Over het algemeen heeft de rechtspraak aan het belang van het kind de doorslag gegeven; daarbij heeft zij een voorkeur getoond voor toepassing van Nederlands recht, met name indien de adoptiefouders Nederlanders zijn» (SAUVEPLANNE J.G., p. 41). (Une loi du 8 décembre 1988 réglemente le placement d'enfants étrangers en vue de l'adoption.)

— **BELGIQUE**

Articles 344 à 344 quater nouveau du Code Civil, 27 avril 1987, références, note 708. *Addé* ERAUW J., «De internationale adoptie», in SENAEVE P. (Ed.), *Adoptie*, Acco, Leuven, 1989, pp. 255-278; VAN HECKE et LENAERTS, *Leerboek*, 2ème éd. pp. 246 à 262. Sur la nécessité de vérifier le consentement requis au regard de la loi nationale de l'adopté mineur (art. 344, § 3, Civ. Jeun. Bruxelles, 6 septembre 1990, J.T., 1990, p. 260).

— **R.F.A.**

E.G.B.G.B. (1988), article 22, loi nationale de l'adoptant s'il y a un seul adoptant non marié, loi des effets du mariage si l'adoption se fait par l'un ou par les deux conjoints (article 14, al. 1: (dernière) nationalité ou résidence habituelle commune, ou lien le plus étroit). Le consentement, comme en matière de reconnaissance, obéit à la loi nationale de l'enfant. Toutefois, «lorsque le bien de l'enfant l'exige, il y a lieu de substituer la loi allemande à la loi étrangère» (article 23). L'hypothèse visée est principalement «l'adoption d'enfants venus de pays du tiers monde et vivant déjà en Allemagne Fédérale dans le foyer de parents nourriciers», exposé des motifs, cité par STURM F., «d.i.p. Allemand», p. 64.

— **AUTRICHE**

Ö-I.P.R.G. (1978), § 26: loi nationale de chacun des adoptants et loi nationale de l'enfant pour son consentement ou celui d'un tiers. *Addé* Convention de La Haye du 15 novembre 1965.

— **HONGRIE**

La loi hongroise de D.I.P. (1979) est moins favorable à l'adoption. Le § 43 prévoit l'application des lois personnelles (nationales) respectives de l'adoptant et de l'adopté et la nécessité d'une autorisation de «l'autorité de tutelle hongroise», tant pour les Hongrois voulant adopter un étranger que pour le cas inverse. Le § 46 prévoyant l'application de la loi hongroise plus favorable à l'enfant vise «la filiation» sans restriction de catégories et serait partant applicable également à l'adopté «de nationalité hongroise ou qui habite en Hongrie».

— **ITALIE**

- Une loi n° 184 du 4 mai 1983 réglemente l'adoption nationale et internationale. L'adoption d'un enfant étranger doit être précédée d'une autorisation du tribunal pour enfants: «déclaration d'aptitude à l'adoption» et d'un jugement étranger qui sera reconnu.
- L'article 36 du projet italien prévoit un rattachement alternatif soulignant la *favor adoptio*: la loi nationale du ou des adoptants, à défaut, la loi de l'Etat

de résidence habituelle des adoptants, ou de l'Etat avec lequel la vie matrimoniale a un lien prépondérant. La loi italienne s'applique lorsque, dans l'intérêt de l'enfant, elle permet de lui attribuer un statut d'enfant légitime. Les relations entre l'adopté et sa famille adoptive sont soumises au même rattachement alternatif (article 37). Ce projet a voulu reprendre partiellement les dispositions de la Convention de La Haye du 15 novembre 1965, non en vigueur.

— **COMMON LAW**

En Angleterre, la favor adoptionis paraît moins nette, compte tenu de compétences juridictionnelles qui ne se limitent pas au seul critère formel du domicile de l'adoptant dans les Iles Britanniques, mais peuvent être influencées par la présence de l'enfant dans le «home environment» (Children Act, 1975) et de critères de loi applicable tenant compte de la loi du domicile de l'enfant pour éviter les situations boiteuses. Le Royaume-Uni a ratifié, en 1978, la Convention de La Haye du 15 novembre 1965.

— **CONVENTION**

La Convention de La Haye du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption n'a été ratifiée que par trois pays. Elle sera vraisemblablement supplantée par la Convention qui devrait résulter des travaux de la Commission spéciale sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger, établie au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé. Le principe de l'élection de droit ne paraît pas, à ce stade, avoir été envisagé par la Commission dont un des principes fondamentaux (n° 8) est que «La Convention devrait faire en sorte que l'intérêt supérieur de l'enfant soit la considération primordiale en matière d'adoption transnationale». Texte des conclusions de la Commission en juin 1990 et notes in BORRAS A., «Conferencia de La Haya de derecho internacional privado: comision especial sobre la adoption de ninos procedentes del extranjero (La Haya, 11-21 junio de 1990)», *Rev. Esp. de derecho internacional*, 1990, pp. 696-703.

## C. Le nom

— **FRANCE**

Loi nationale, sauf en suite d'une adoption: loi des effets de l'adoption. BATIFFOL et LAGARDE, t. II, n° 404.

— **SUISSE**

L.S.D.I.P. (1987), article 37

- «1. Le nom d'une personne domiciliée en Suisse est régi par le droit suisse, celui d'une personne domiciliée à l'étranger par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'Etat dans lequel cette personne est domiciliée.
2. Toutefois, une personne peut demander que son nom soit régi par son droit national.»

Cette disposition introduit, en son alinéa 2, une véritable option entre la loi du domicile et la loi nationale, alors que l'alinéa 1 met curieusement en balance un droit matériel et des règles de conflit en vue de permettre principalement aux Suisses domiciliés à l'étranger de bénéficier du droit suisse par le renvoi. L'alinéa 2 réduirait la nécessité de technique du renvoi. En introduisant l'option de droit bilatérale, l'article 37 va beaucoup plus loin que l'article 35 du projet des experts qui limitait l'option au profit des Suisses et était en outre plus

manifestement centré sur le problème du rattachement autonome ou dépendant par rapport à la famille. Le rapport des experts avait écarté une autonomie plus large jugée trop compliquée pour être adoptée à propos du droit du nom, domaine où la sécurité et la stabilité doivent prévaloir. Il est à noter que le droit interne suisse ne connaît pas de principe de libre choix du nom et n'a donc pas influencé le droit international privé en ce sens (KARRER et ARNOLD, p. 60).

Voici le texte de l'article 35 du projet des experts:

- «1. Lorsque, au moment de l'établissement ou de la dissolution d'un lien familial, une personne a son domicile en Suisse, son nom se détermine selon la loi suisse.
2. Lorsque, au moment de l'établissement ou de la dissolution d'un lien familial, une personne a son domicile à l'étranger, son nom se détermine selon la loi de cet Etat, y compris ses règles de conflit.
3. Les Suisses sans domicile en Suisse peuvent exiger que leur nom soit défini selon le droit suisse».

#### — PAYS-BAS

Application de la loi nationale de la personne concernée (VAN ROOIJ et POLAK, p. 211; SAUVEPLANNE J.G., «*Elementair I.P.R.*», p. 32). En cas de multipatridie, le cas échéant, application de la loi nationale du for (H.R., 1er novembre 1985, *N.I.P.R.*, 1986, n° 195). Les tribunaux montrent toutefois un souci d'unité familiale: R.B. Roermond, 14 juillet 1988, *N.I.P.R.*, 1989, n° 96: un enfant né d'une mère hollandaise et d'un père portugais dont le nom de famille est «de Jesus Figueira» est mentionné à l'acte de naissance avec le nom «Figueira» à la demande du père. Le ministère public introduit une procédure en rectification de l'acte de naissance, considérant que l'enfant bipatride doit porter le nom de famille complet du père, soit «de Jesus Figueira», conformément à la loi néerlandaise, loi nationale du for. Acceptant l'argumentation juridique, le tribunal rejette néanmoins la demande au motif qu'un autre enfant, commun au couple, né antérieurement en Suisse, porte - et est mentionné en son acte de naissance avec - le nom «Figueira», il est souhaitable que les enfants portent le même nom de famille. Un motif est intéressant: «De rechtbank acht het wenselijk dat de kinderen uit eenzelfde gezin een gelijke geslachtsnaam hebben *hetgeen in dit geval kennelijk ook de wens van de ouders is*» (je souligne). Manifestement, le tribunal accorde intérêt à la volonté des parents, plus il est vrai sur la matérialité du nom que sur l'application de la loi portugaise qui inviterait à une composition du nom de la mère et du père.

#### — BELGIQUE

Tendance doctrinale à l'application autonome de la loi personnelle (nationale) de l'intéressé (note 855, DE PAGE, t. II, vol. 1, n°130-note 5, p. 138: application de leur statut personnel aux femmes mariées (Q.R., Chambre, 1988-1989, p. 3516)). Toutefois, pour le nom de l'adopté, la solution retenue serait l'application dépendante de la loi régissant les effets de l'adoption. Cette solution, qui entraînerait l'application de la loi personnelle de l'adoptant, était explicite dans l'ancien article 344, § 2, al. 2, 1 du Code Civil (loi du 21 mars 1969). Cette même solution n'est plus explicite à l'article 344 ter nouveau du Code Civil (loi du 27 avril 1987). La loi vise «les effets de la filiation adoptive» sans mention expresse du nom, comme antérieurement. Il est donc possible de rattacher le nom à la loi personnelle de l'enfant de façon autonome. (En ce sens, retenant la loi nationale de l'enfant après l'adoption, VAN HECKE et LENAERTS, *Leerboek*, 2ème éd., p. 260, n° 542). A défaut, si le nom est considéré comme effet de l'adoption, la loi applicable est désormais «la loi qui a été appliquée à l'admissibilité [de l'adoption]», le plus souvent, la loi belge (VERWILGHEN, CARLIER, DEBROUX, de BURLET, n° 82 ss).

Le droit matériel belge, pour sa part, laisse une certaine place à l'autonomie en suite d'une adoption. En principe, l'adopté porte le nom de l'adoptant, ou du mari adoptant. «Les parties peuvent toutefois convenir que l'adopté conservera son nom

en le faisant suivre du nom de l'adoptant ou du mari adoptant» (Code Civil, article 358, § 1er, al. 2 - adde le nouveau § 2 en cas d'adoptions successives, normalement par le mari, de l'enfant adoptif de son épouse).

Dans la doctrine, Nadine WATTE a défendu la validité d'une convention intervenue entre époux, par laquelle l'un d'eux autorise l'autre à porter son nom. Après examen de la jurisprudence belge en matière d'autonomie de la volonté pour les contrats, l'auteur considère que «la licéité de telles conventions doit être examinée au regard de la loi choisie par les parties et, à défaut, de la loi qui présente les liens les plus étroits» (WATTE N., «Droit et devoirs des époux», p. 207, n° 305). C'est poser une base solide d'extension du principe d'autonomie à la matière du nom et même du statut personnel.

#### R.F.A.

En suite de l'évolution de la jurisprudence allemande vers le rattachement autonome du nom, avec option pour la loi de la résidence habituelle (B.G.H., 12 mai 1971, *op. cit.*, note 862), le nouveau d.i.p. allemand (1986) introduit un droit complexe en raison d'éléments du droit matériel interne, dont l'habitude du nom commun à la famille. Le principe d'application de la loi nationale une fois établi (art. 10, al. 1 E.G.B.G.B.), une large part est faite à l'autonomie. Voici un résumé des articles 10 et 220, al. 4 et 5 du E.G.B.G.B., notamment à partir de STURM F. «d.i.p. allemand», pp. 39 ss.

##### — Nom à la naissance :

###### - enfant légitime :

- 1) si aucun des époux n'est Allemand, option possible pour
  - la loi allemande si l'un des parents a sa résidence habituelle en R.F.A. (E.G.B.G.B., art. 10, al. 5, 2°)
  - la loi nationale ou une des lois nationales d'un des parents (E.G.B.G.B., art. 10, al. 5, 1°).

On constate que, comme proposé de façon plus générale au texte, l'option précise également les principes de la Convention de La Haye sur la codification du droit international en matière de nationalité (1930), en permettant le choix d'une des nationalités au sein d'une même personne («nonobstant l'article 5, al. 1er» du E.G.B.G.B. reprenant les principes de la Convention de La Haye de 1930).

- 2) Si un des époux est Allemand (couples «mixtes»), cette option n'est pas autorisée. Les époux peuvent avoir fait choix d'un nom matrimonial (Ehename) qui se transmettra. L'option est ainsi portée en amont. Elle n'est toutefois pas possible en cas d'union libre.
- 3) Toutefois, l'article 220, al. 5 (article hybride, sous le titre «dispositions transitoires») permet, pour les parents d'enfant légitime qui n'ont pas de nom matrimonial, une option *matérielle* pour le nom du père ou de la mère, même a posteriori si l'enfant est né à l'étranger. A défaut de choix, l'enfant porte le nom de famille du père.

###### - enfant naturel :

- loi nationale de l'enfant ou option pour la loi nationale d'un des parents ou d'une «personne autorisée à lui conférer son propre nom» (E.G.B.G.B., article 10, al. 6) (est ainsi visé le mari de la mère, STURM, p. 45).

Alors que l'option est faite par "le représentant légal" pour l'enfant légitime (E.G.B.G.B., art. 10, al. 5; art. 220, al. 5), aucun auteur n'est désigné pour l'enfant naturel. Malgré les termes «peut aussi prendre le nom», STURM y voit un «rattachement alternatif conduisant à l'application de la loi la plus favorable à l'enfant».

##### — Nom au moment du mariage.

- célébré en R.F.A. : option *bilatérale* (de commun accord) possible pour
  - la loi allemande lorsqu'un des époux a sa résidence habituelle en R.F.A. (E.G.B.G.B., art. 10, al. 2, 2°)
  - la loi nationale ou une des lois nationales d'un des époux (E.G.B.G.B., art. 10, al. 2, 1°). (Même remarque que supra sur le choix pour le pluripatride.)

- célébré à l'étranger : si les époux n'ont pas de nom commun en suite du mariage
  - possibilité d'une *option matérielle* («déclaration au sujet de leur nom matrimonial, conformément à l'art. 1355, al. 2, phrase 1 du B.G.B.») si
    - . l'un d'eux a sa résidence habituelle en R.F.A.
    - . la loi allemande régit les effets du mariage (E.G.B.G.B., art. 10, al. 4)
  - possibilité d'une *option unilatérale* par l'époux allemand pour la loi de son conjoint (E.G.B.G.B., art. 10, al. 3).
- dans les deux cas (mariage en R.F.A. ou à l'étranger), l'époux allemand dispose d'une *option unilatérale matérielle* pour le nom de son conjoint étranger lorsque la loi de ce dernier ne permet pas le choix aux époux (E.G.B.G.B., art. 220, al. 4).

Un tableau synthétique permet de résumer les options possibles:

Tableau synthétique des options de nom possibles  
selon l'E.G.B.G.B., art. 10 et 220, al. 4 et 5

Types d'option		de loi		matérielle	
		Bilatérale	Unilatérale (par le national allemand)	Bilatérale	Unilatérale (par le national allemand)
Naissance	Enfant légitime	- Loi résid. hab. (= fori) (art. 10, al. 5, 2°) - Lois nationales (art. 10, al. 5, 1°)		- Nom père ou mère (art. 220, al. 5)	
	Enfant naturel	- Lois nationales (art. 10, al. 6)			
Mariage	En R.F.A.	- Loi résid. hab. (= fori) (art. 10, al. 2, 2°) - Lois nationales (art. 10, al. 2, 1°)			- Nom du conjoint (art. 220, al. 4)
	A l'étranger		- Loi nationale conjoint (art. 10, al. 3)	- Nom matrimonial (d'un des deux époux) (art. 10, al. 4)	- Nom du conjoint (art. 220, al. 4)

Le tableau appelle quatre remarques :

1. Sa dissymétrie dénote la poursuite d'objectifs matériels, par exemple: volonté d'un nom matrimonial, faveur de l'enfant légitime.
2. Sont mélangées des règles de conflit de lois et des dispositions de droit international privé matériel.
3. Les effets d'autres institutions (adoption, divorce) ne sont pas abordés de façon spécifique.
4. De façon générale, l'option est offerte entre les lois nationales et la loi de la résidence habituelle coïncidant avec la *lex fori*.

#### — AUTRICHE

Selon l'Ö-I.P.R. G. (1978), le rattachement autonome est clair: «Le port du nom d'une personne doit être apprécié selon son statut personnel actuel, indépendamment de la raison d'acquisition du nom». (§ 13, al. 1: «Statut personnel = loi nationale: § 9).

#### — HONGRIE

La loi hongroise de droit international privé (1979) ne comporte pas de titre spécifique au nom. Sous le titre des «rapports juridiques personnels et patrimoniaux des époux», le § 39, al. (4) précise en ces termes le rattachement

autonome: «Le changement de la loi personnelle des époux n'affecte pas le port du nom établi d'après la loi antérieure...».

— **ITALIE**

Le projet italien ne comporte pas de dispositions spécifiques relativement au nom. La règle de conflit générale prévoit l'application de la loi nationale pour les droits de la personnalité (art. 22).

— **COMMON LAW**

Dans le droit international privé anglais, la question du nom n'est même pas abordée dans les principaux ouvrages (Table des matières et index de DICEY et MORRIS; MORRIS J.H.C.; CHESHIRE et NORTH). La souplesse du nom en droit interne, acquis à l'origine par réputation, actuellement transmissible mais plus facilement modifiable qu'en droit continental, l'absence d'influence de toute institution, l'expliquent. (VON OVERBECK, «Persons», n° 44; SUTTON G., «Le nom aux Etats-Unis», *Rev. trim. dr. civ. (Fr.)*, 1990, pp. 427-441).

— **SUEDE**

La loi n° 670, § 2, section 51, de 1982, sur le nom prévoit que les étrangers autres que les Danois, Finlandais et Norvégiens (pour lesquels, selon les «traités nordiques», la loi du domicile régit le statut personnel) domiciliés en Suède ont leur nom régi par leur loi nationale, sauf s'ils choisissent d'adapter leur nom au système suédois. Ce principe avait déjà été appliqué dans un arrêt du 21 novembre 1975 de la Cour Suprême, aff. *Jantunen et Budja*, *Nytt juridisk Arkiv*, 1975, p. 686 I et II, cité par BOGDAN M., «Nationality as a connecting factor in Swedish P.I.L.», *Liber Memorialis François Laurent*, p. 688, note 39.

## D. La capacité

— **FRANCE**

Depuis l'arrêt *Lizardi*, solution souple du rattachement autonome à la loi nationale avec les atténuations en matière contractuelle. BATTIFOL et LAGARDE, t. II, p. 145, reconnaissent que la solution «a l'inconvénient de sa souplesse, à savoir l'incertitude», mais soulignent la rareté des contentieux. Pour la solution du rattachement le plus favorable à l'émancipation par le mariage, par rattachement autonome dépendant: FADLALLAH I., p. 170, note 7.

— **SUISSE**

La L.S.D.I.P. (1987) pose, comme principe général de la capacité d'exercice, l'application de la loi du domicile (art. 35). Pour les relations contractuelles, l'article 36 de la loi suisse a adapté la solution de la Convention de Rome: principe de la capacité selon le lieu de conclusion, sauf preuve contraire. L'article n'est pas limité aux contrats entre présents.

— **PAYS-BAS**

La capacité est régie par la loi nationale avec des atténuations si le lien de nationalité n'est plus effectif (Rb., 's-Gravenhage, 28 décembre 1982, *NIPR*, 1983, n° 185) et en matière contractuelle sur base de la bonne foi (VAN ROOIJ et POLAK, p. 212; SAUVEPLANNE J.G., p. 31).

— **BELGIQUE**

La capacité est régie par la loi nationale. La jurisprudence n'a pas eu, semble-t-il, à connaître de questions de protection du co-contractant. La jurisprudence *Lizardi* est toutefois introduite indirectement dans l'ordre juridique belge par la

Convention de Rome, devenue loi nationale (RIGAUX F., t. II, p. 304, n° 1012 ss.; VAN HECKE et LENAERTS, *Leerboek*, pp. 209 ss., spéc. n° 437-438).

— **R.F.A.**

L'article 7 du EGBGB (1986) prévoit l'application de principe de la loi nationale à la capacité. L'acquisition ou la perte de la nationalité allemande maintient les droits acquis. L'article 11 de la Convention de Rome n'est pas repris dans l'EGBGB, mais l'article 7 du BGB prévoit déjà que l'étranger ne peut se prévaloir d'une incapacité ignorée de la loi du lieu de conclusion du contrat.

— **AUTRICHE**

L'Ö-IPRG (1978) comporte un § 12 succinct: «La capacité d'une personne est régie par son statut personnel» (étant la loi nationale).

— **HONGRIE**

La loi hongroise sur le droit international privé (1979) rattache la capacité à la loi personnelle (§ 10 (1) et § 15 (1)) mais comporte des dispositions précises rattachant la capacité pour les actes juridiques patrimoniaux relatifs aux besoins courants ou dont les effets doivent se produire en Hongrie, à la loi hongroise (§ 15 (2) et (3)).

— **ITALIE**

Dans le projet italien l'article 21, al. 1, pose le principe du rattachement autonome à la loi nationale. Toutefois l'alinéa 2, reprenant l'article 11 de la convention de Rome, prévoit l'application de la loi du lieu de conclusion du contrat entre personnes se trouvant dans le même pays sauf si la loi nationale prévoyant une incapacité ne pouvait être ignorée (jurisprudence *Lizardi*). L'alinéa 3 étend cette possibilité aux actes unilatéraux. L'alinéa 4 l'écarte, pour les contrats et pour les actes unilatéraux, dans les relations de famille.

— **COMMON LAW**

A l'inverse des pays précités la jurisprudence anglaise et la jurisprudence de la plupart des Etats américains paraît détacher la capacité de la loi personnelle pour préférer le rattachement dépendant de l'institution en cause. Le motif réel paraît être la *favor validitatis*. Ainsi le Restatement 2d, § 198, qui, tout en rattachant la capacité contractuelle à la loi du contrat, permet aussi de valider ce dernier si la capacité résulte de la loi du domicile. Sur l'ensemble VON OVERBECK A.E., «Person's», n° 29 ss; GLENN; MORRIS J.H.C., p. 229 ss.; CHESHIRE ET NORTH, pp. 480 ss; VAN HECKE et LENAERTS, «Leerboek», p. 210.

## E. Le mariage

### 1° La forme

— **FRANCE**

Selon BATIFFOL et LAGARDE, t. II, n° 419 et 425, l'adage *locus regit actum* a un caractère facultatif; aussi le droit positif, «sans consacrer purement et simplement le principe en matière de mariage, ... admet la célébration des mariages par les agents diplomatiques et consulaires». L'«admission» de cette forme de célébration, comme éventuellement d'autres formes, n'est-elle pas plutôt une preuve de l'impérativité de l'adage? Seules les formes admises par l'Etat, et il peut y en avoir plusieurs, sont valables. Voy. note 875. Sur l'article 170 du code civil permettant le mariage d'un Français avec une étrangère devant le consul de

France à l'étranger, alors que la jurisprudence ne reconnaît compétence au consul étranger en France qu'à l'égard de ses nationaux, *idem*, t. II, pp. 51 ss. et supra note 682.

— **SUISSE**

Aux termes de l'article 44, al. 3 de la L.S.D.I.P. (1987), «la forme de la célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse». Ce faisant, sans autre disposition, la Suisse refuse la possibilité des mariages consulaires. DUTOIT B., «Le nouveau d.i.p. suisse de la famille», p. 32; KARRER et ARNOLD, p. 65. La doctrine est partagée sur la «reconnaissance» de tels mariages valables selon l'Etat du consul. DUTOIT B., p. 32, note 13. L'hypothèse serait alors celle de l'extra-territorialité des consulats sauf à accepter des «reconnaissances internes» comme celle résultant des mariages concordataires. RIGAUX F., t. I, 1987, n° 379. Mais la loi introduit un concept séparé de compétence des autorités suisses pour célébrer un mariage limitée, selon l'article 43, au cas où l'un des fiancés est domicilié en Suisse ou de nationalité suisse (al. 1) ou si «le mariage est reconnu dans l'Etat de leur domicile ou dans l'Etat national» (al. 2), toutefois, l'autorisation ne peut être refusée pour non reconnaissance à l'étranger d'un divorce suisse (al. 3). Tout en défendant les droits acquis en Suisse, notamment en faveur des immigrés italiens (al. 3), la loi veut éviter les mariages boiteux qui ne justifient pas d'une proximité suffisante avec l'ordre juridique suisse. La doctrine considère que la restriction de l'alinéa 2 est limitée d'une part parce qu'elle ne vise que «la loi de l'Etat de la nationalité commune ou du domicile commun que les époux auront après le mariage»; d'autre part parce qu'étant dispositive, les autorités peuvent passer outre (VON OVERBECK A.E., «d.i.p. suisse», p. 252).

— **PAYS BAS**

SAUVEPLANNE voit dans l'obligation du respect des formes civiles une exception à la règle *locus regit actum* («*Elementair I.P.R.*, p. 74). Les mariages consulaires sont valables si les deux époux sont ressortissants de l'Etat du consul (VAN ROOIJ et POLLAK, p. 188).

— **BELGIQUE**

Sur l'adage *locus regit actum*, note 874. Sur la même position qu'en France relativement aux mariages consulaires, note 682, *adde* VAN HECKE et LENAERTS, pp. 221 ss.; de BURLET J., *Traité de l'état civil*, t. II, Les relations internationales, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 41. Pour la compétence des consulats à l'égard d'un seul national, SALMON J.-A., «La législation belge relative à la compétence des agents diplomatiques en matière notariale et d'état civil», in *Mélanges Jean Baugniet*, Bruxelles, 1976, p. 699.

— **R.F.A.**

L'article 13 (3) du E.G.B.G.B. (1986) règle avec précision tant l'impérativité des formes locales que la compétence consulaire pour le mariage d'un couple d'étrangers dont un seul membre est ressortissant de son Etat.

— **AUTRICHE**

L'Ö-I.P.R.G. (1978) en son § 16 vise la règle *locus regit actum* dans une interprétation impérative en Autriche, facultative à l'étranger:

«(1) La forme de la célébration du mariage à l'intérieur du pays est régie par les règles de forme internes.

2) La forme de la célébration du mariage à l'étranger est régie par le statut personnel de chacun des époux; il suffit cependant d'observer les règles de forme du lieu de la célébration du mariage.»

— **HONGRIE**

Le § 37 de la L.H.D.I.P. (1979), al. 2, soumet la validité formelle du mariage à la loi du lieu de célébration «au moment de la célébration du mariage». Les

mariages consulaires de Hongrois à l'étranger sont autorisés lorsque les deux époux sont de nationalité hongroise (al. 3).

— **ITALIE**

C'est dans le projet italien que, confirmant les dispositions antérieures (C. civ., titre préliminaire, art. 9), le caractère facultatif de l'adage *locus regit actum* est poussé le plus avant. Selon l'article 26, le mariage est valable en la forme s'il respecte la loi du lieu de célébration ou la loi nationale d'un des époux au moment de la célébration ou la loi qui régit les rapports personnels des époux. Explicitement, selon le rapport, «quanto alla forma del matrimonio ci si è decisamente ispirati al principio del *favor validitatis*» (op. cit., col. 278).

— **COMMON LAW**

En Angleterre, «Locus regit actum is the maxim; and in this context, the maxime is imperative, not merely facultative», MORRIS, p. 98. Les mariages consulaires à l'étranger sont autorisés si un seul époux est anglais (Foreign Marriage Act 1982, idem, p. 105). Aux Etats-Unis, la forme locale de l'Etat doit être respectée. Certains Etats connaissent le «mariage by proxy», par procuration (ERAUW J., p. 152; BATIFFOL et LAGARDE, t. II, n° 419; pour un historique; Lorenzen E.E.: «Mariage by proxy and the conflict of laws», 1919, Harv. Law Rev., p. 473, in selected articles, pp. 379-393). Selon le § 283 du Restatement 2d, la validité, tant formelle que de fond, du mariage, selon la loi de l'Etat de célébration, implique la reconnaissance de sa validité dans tout Etat, sauf contrariété à l'ordre public d'un autre Etat dont la relation avec le mariage et les conjoints était la plus étroite au moment de la conclusion de leur union. La *favor matrimonii* permet en outre de valider un mariage selon la loi d'un autre Etat en relation étroite avec la situation et les parties. (HANOTIAU, p. 267).

- **CONVENTION DE LA HAYE** du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages (non en vigueur, signée par 6 pays, ratifiée par l'Australie et les Pays-Bas), article 2: «Les conditions de forme du mariage sont régies par le droit de l'Etat de la célébration».

## 2° Le fond

— **FRANCE**

Le principe est l'application distributive des lois nationales tout en tenant compte des empêchements bilatéraux. Ce principe est «fortement battu en brèche par l'intervention de l'ordre public»; sur la monogamie, l'exogamie, le consentement, l'âge: BATIFFOL et LAGARDE, t. II, n° 415.

— **SUISSE**

L'article 44, alinéa 1, de la L.S.D.I.P. (1987) privilégie la *lex loci celebrationis* par application de la loi suisse aux mariages célébrés en Suisse. L'objectif réel est la *favor matrimonii*, visée par un rattachement à la loi nationale «de l'un des fiancés» (je souligne) si le droit suisse ne suffit pas à valider l'union (alinéa 2).

— **PAYS-BAS**

L'application des lois nationales s'assouplit progressivement pour permettre la validité d'un mariage tantôt sous couvert de l'ordre public, tantôt en raison d'un lien social effectif avec la Hollande; VAN ROOIJ et POLLAK, p. 188.

Dans ce sens, R.B. Assen, 22 novembre 1988, *N.I.P.R.*, 1989, n° 75. Un jeune Polonais, demandeur d'asile en Hollande depuis deux ans, introduit une demande de dispense d'âge fondée sur le droit hollandais, le droit polonais fixant l'âge

matrimonial à 21 ans. Constatant le relâchement du lien avec la Pologne, le tribunal accorde la demande en application du droit hollandais. Un attendu précise: "Het recht om te huwen is een fundamenteel recht beschermd onder meer door het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten en door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden".

— **BELGIQUE**

Comme en France, la jurisprudence belge applique de façon distributive les lois nationales. La limite d'ordre public est invoquée au besoin; RIGAUX F., t. II, n° 912; VAN HECKE et LENAERTS, *Leerboek*, p. 219, n° 457 ss. *Addé Cass.*, 2 avril 1981, *Dhont/Josi*, dans le texte, n° 322 et note 890.

— **R.F.A.**

L'article 13 du E.G.B.G.B. (1986) poursuit l'objectif matériel de validité du mariage permettant en cas d'invalidité du mariage résultant de l'application distributive des lois nationales (al. 1) par défaut d'une condition, l'application de la loi allemande (al. 2) au titre de loi de résidence habituelle ou loi nationale d'un des fiancés. Deux conditions matérielles s'ajoutent. L'une impose aux fiancés d'effectuer toute démarche «qu'on peut raisonnablement exiger d'eux» pour la réalisation de cette condition. L'autre impose de vérifier l'incompatibilité du refus de célébration avec la liberté de contracter mariage. A l'exemple, déjà rencontré dans le droit suisse, du divorce prononcé ou reconnu en Allemagne, s'ajoute celui de la déclaration judiciaire du décès du conjoint d'un des deux fiancés. Dans les deux cas, le mariage précédent, ainsi dissout, ne peut faire obstacle à la célébration du nouveau mariage. Sur une critique de la première condition qui dépend de multiples facteurs, STURM F., «*d.i.p. allemand*», p. 49.

— **AUTRICHE**

L'Ö.I.P.R.G. (1978), qui prévoit l'application distributive des lois nationales (§ 17, al. 1), introduisait déjà le principe des droits acquis à la dissolution d'un mariage précédent par annulation, résiliation, divorce, inexistence ou décès selon «une décision efficace dans la sphère juridique autrichienne» (§ 17, al. 2).

— **HONGRIE**

Le § 37 (1) de la L.H.D.I.P. consacre le principe d'application distributive des lois nationales. En outre, selon le § 38 (2), «le mariage ne peut être contracté en Hongrie si sa célébration se heurte à un empêchement insurmontable d'après le droit hongrois». L'article ajoute que le ressortissant étranger doit prouver l'absence d'empêchement au mariage selon sa loi personnelle (al. 1). La dissolution d'un mariage précédent acquise à l'encontre de la loi personnelle ne paraît pas protégée.

— **ITALIE**

Selon l'article 25 du projet, tant la capacité que les autres conditions pour contracter mariage sont soumises au droit national de chaque partie au moment du mariage. Toutefois, pour «faire prévaloir la cohérence de l'ordre juridique (italien)», le «*stato libero*» acquis par un des futurs selon une décision italienne ou reconnue en Italie, doit être accepté (al. 2 et rapport, col. 277).

— **COMMON LAW**

Alors que la jurisprudence anglaise semble privilégier l'application cumulative de la loi du domicile of origin ('dual domicile doctrine' plutôt que 'the intended matrimonial home doctrine', CHESHIRE et NORTH, pp. 574 ss.), aux U.S.A., la *favor validitatis* est accentuée (PALSSON, «*Person's*», n° 57).

— **CONVENTION DE LA HAYE** du 14 mars 1978 (*op. cit.*, annexe 2, E, 1°).

**Article 3** : «Le mariage doit être célébré

1. lorsque les futurs époux répondent aux conditions de fond prévues par la loi interne de l'Etat de la célébration, et que l'un d'eux a la nationalité de cet Etat ou y réside habituellement; ou
2. lorsque chacun des futurs époux répond aux conditions de fond prévues par la loi interne désignée par les règles de conflit de lois de l'Etat de la célébration.»

L'article 6 permet aux Etats une réserve excluant l'application de l'article 3.1. si un époux n'a ni la nationalité de cet Etat ni sa résidence habituelle dans cet Etat.

La formulation et les rapports (voir Rapport DYER-BÖHMER, *Actes et Documents*, 13ème session, t. III, p. 116) établissent une scission claire entre la célébration du mariage et le rapport de vie auquel il donne lieu.

Le rattachement alternatif à la *lex loci celebrationis* interne ou à la règle de conflit du lieu de célébration évite de trancher en imposant un système, ce qui nuirait à la *favor matrimonii* résultant de l'obligation faite de célébrer le mariage. Le rattachement à la *lex loci celebrationis* est lui-même alternatif si un seul des deux époux possède soit la nationalité de l'Etat du lieu de célébration soit sa résidence habituelle dans cet Etat. Le pas à franchir entre cette alternative et l'option laissée aux époux entre ces deux facteurs est ténue. La variante B de l'article 3 de l'avant-projet du 15 octobre 1975 en était encore plus proche. Elle prévoyait la substitution de la *lex loci celebrationis* au titre de loi nationale ou de loi de la résidence habituelle d'un des époux aux règles de conflit de lois de l'Etat du lieu de célébration si les futurs époux en «font la demande expresse» (*Actes et Documents*, 13ème session, t. III, p. 111). Le rapport DYER-BÖHMER explique cette variante comme suit: «Dans la variante B, ce droit prend la forme d'une option, permettant aux futurs époux d'être régis par la seule loi personnelle de l'un d'eux (nationalité ou résidence habituelle) et, s'ils n'en font pas la demande expresse, cette loi prévaudra sur les règles applicables aux conditions de fond régies par la loi désignée par les règles ordinaires de conflit de l'Etat de la célébration» (*idem*, p. 120) ... «En principe, c'est une nouveauté remarquable que les parties mêmes puissent choisir la loi régissant leur capacité matrimoniale, mais du point de vue pratique, la différence entre les variantes A (l'officier de l'Etat civil choisi par vérification) et B (les parties choisissent) est minime.» (*idem*, p. 133) ... «La variante B transfère donc le risque que, dans un autre Etat, le mariage ne soit pas entièrement reconnu, à la responsabilité des futurs époux et tend à les rendre conscients de la situation juridique.» (*idem*, p. 133). Cette variante B sera unanimement rejetée par les six Etats ayant donné un avis sur l'avant-projet (*idem*, pp. 150-153: R.F.A., Islande, Japon, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni). L'étendue et la motivation du rejet varient. Une considération pratique est formulée par les Pays-Bas: les officiers de l'Etat civil devraient exposer les avantages et inconvénients de l'une ou l'autre loi aux parties. La variante ne sera plus retenue ultérieurement.

### 3° Les effets personnels

— **FRANCE**

Application de la loi nationale. En cas de différence de nationalité, extension de la jurisprudence *Rivière* par application de la loi du domicile commun (BATIFFOL et LAGARDE, t. II, n° 432; *adde Annuaire I.D.I.*, vol. 46, 1958, session de Grenade, suite au rapport BATIFFOL et VALLADAO et ce dernier, *R.C.A.D.I.*, 1962, I, vol. 105, pp. 75-165: (dernière) loi de la résidence habituelle commune; à défaut: *lex fori*.

- **SUISSE**  
L'article 48 de la L.S.D.I.P. (1987) prévoit l'application de la loi de l'Etat dans lequel les époux sont domiciliés (ce n'est pas nécessairement un domicile commun) (al. 1) ou, à défaut, «de l'Etat du domicile avec lequel la cause présente le lien le plus étroit» (al. 2). La *lex fori* suisse s'applique dans les cas où un for suisse est compétent à titre subsidiaire en raison de la nationalité suisse d'un des époux.
- **PAYS-BAS**  
A défaut de loi nationale commune, la jurisprudence a dégagé l'application de la loi de la résidence VAN ROOIJ et POLLAK, p. 202.
- **BELGIQUE**  
Application de la loi nationale. En cas de différence de nationalités, la *doctrine* propose la loi de la résidence conjugale (RIGAUX F., t. II, n° 932, p. 260; VAN HECKE et LENARTS préfèrent le domicile commun, n° 474); ou, même en toute hypothèse, la loi de la résidence habituelle (WATTE, sous réserve des lois d'application immédiates, qualifiées par d'autres de lois de polices, pour les articles 221 et 223 du Code civil relatifs aux droits et devoirs des époux). Dans son arrêt du 12 décembre 1985, la Cour de Cassation insiste sur la primauté de la loi nationale, la *lex fori* ne devant intervenir qu'à titre subsidiaire, suffisamment justifié toutefois, comme en l'espèce, par l'urgence (FALLON M., «Chronique», p. 217; *Rev. not. b.*, 1986, p. 353, note VANDER ELST R.; *R.W.* 1986-1987, col. 99, note ERAUW J.; LENAERTS K., «Le statut du droit étranger en droit international privé, *Mélanges Vander Elst*, p. 552, n° 28).
- **R.F.A.**  
L'article 14 du E.G.B.G.B. (1986) fixe l'échelle de Kegel comme règle de conflit applicable aux effets généraux du mariage. Sont applicables l'une à défaut de l'autre, la (dernière) loi nationale commune (al. 1, 1°); la loi de la (dernière) résidence habituelle commune (al. 1, 2°), ou, ajoutée à l'échelle de Kegel, la dernière loi commune la plus proche (al. 1, 3°). Le principe d'autonomie est introduit dans deux cas: 1. en faveur de la loi nationale commune si l'un des époux possède également une autre nationalité, même si celle-ci était la plus effective (al. 2); 2. en faveur de la loi nationale d'un des deux époux à défaut de (dernière) nationalité commune pour autant qu'aucun des deux époux ne soit ressortissant de l'Etat dans lequel ils ont tous deux leur résidence habituelle et que les époux n'aient pas leur résidence habituelle dans le même Etat. En cas d'acquisition d'une nationalité commune, les effets du choix cessent. Sur les formes, voy. *supra* Annexe 2, E, 1°. Cette réglementation, complexe, ne réalise qu'une très faible introduction du principe d'autonomie. Elle exclut totalement un des facteurs sociologiques principaux: l'insertion des ressortissants étrangers qui se sont stabilisés. Un couple d'étrangers de même nationalité ne peut en effet bénéficier de l'option. HENRICH D., «Internationales Familienrecht», *Verlag für Standesamtswesen*, Frankfurt am Main, 1989, p. 30; C.R. LAGARDE, in *R.C.D.I.P.*, 1990, p. 242; STURM F., p. 53: «Le législateur est pusillanime». Pour l'interprétation du lien le plus étroit (al. 1, 3°), la commission des lois a mis en avant l'intention et les projets des époux (STURM F., p. 52).
- **AUTRICHE**  
Le § 18 de l'Ö-I.P.R.G. (1978) appliquait déjà l'échelle de Kegel en soumettant les effets personnels du mariage à la (dernière) loi nationale commune (al. 1, 1°), à défaut, à la loi de l'Etat dans lequel les deux époux ont eu leur (dernière) résidence habituelle (al. 1, 2°). Un mariage boiteux, valide en Autriche et non à l'égard de la loi désignée par l'échelle de Kegel, est régi par le droit autrichien, sauf «rapport plus fort» avec un troisième Etat dont la loi reconnaît également la validité du mariage.

— **HONGRIE**

Le § 39 de la L.H.D.I.P. (1979) édicte également un rattachement en cascade: (dernière) loi nationale commune, dernier domicile commun, *lex fori*.

— **ITALIE**

L'article 27 du projet italien utilise aussi le rattachement en cascade: loi nationale commune (al. 1); loi de la résidence commune (al. 2); loi de l'Etat dans lequel la vie matrimoniale «è prevalentemente localizzata» (al. 2). Le rapport précise que la proximité s'apprécie tant au regard de la durée que de la nature de la connexion (col. 278).

— **COMMON LAW**

Dans le droit anglo-saxon, chaque effet du mariage est davantage rattaché à son objet (Restatement 2 d: § 154, torts; § 198, contrats; § 233-257, propriété; § 21, domicile; von BAR Ch., n° 19).

#### 4° Les effets patrimoniaux (régimes matrimoniaux)

— **FRANCE**

Dans le traité de BATIFFOL et LAGARDE, le régime matrimonial, placé sous le titre statut réel, est, malgré certains liens, nettement distingué du statut personnel (t. II, n° 438 ss., 616 ss.). Toutefois, le rattachement est également distinct du lieu de situation des meubles. Le principe retenu est le rattachement à l'acte ou au fait juridique. C'est, s'il y a un contrat, la loi d'autonomie; à défaut, la loi de l'Etat dans lequel sont localisés les intérêts pécuniaires, étant en principe la loi du premier domicile matrimonial. L'application de la loi nationale commune l'est au même titre de concrétisation du siège des intérêts pécuniaires, par exemple en tenant compte des intentions de retour au pays d'origine. Le raisonnement voile assez malaisément l'importance donnée par les tribunaux à la volonté tacite. (t. II, n° 619, 620; WIEDERKEHR G., *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Paris, Dalloz, 1967; pour le rattachement personnel: GAUDEMET-TALLON H., «Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, tendances actuelles en droit comparé», *Trav. Com. fr. d.i.p.*, C.N.R.S., 1969-1971, pp. 197-228).

— **SUISSE**

La L.S.D.I.P. (1987) traite des régimes matrimoniaux à la section 3 du chapitre 2 «Personnes physiques»: la matière est ainsi localisée, entre le mariage (section 2) et le divorce (section 4), au sein du statut personnel. L'autonomie visée à l'art. 52 est clairement une option de droit entre la loi de l'Etat où les deux époux sont ou seront domiciliés et la loi dont l'un d'eux a la nationalité, au choix en cas de mutipatridie. Il ne s'agit pas d'une liberté contractuelle de droit matériel. A défaut de choix, l'article 54 prévoit un rattachement en cascade: loi de l'Etat où tous deux ont été (en dernier lieu) domiciliés en même temps (al. 1 a et b), loi nationale commune, loi suisse. Voy. sur les modalités l'article 53 (convention écrite ou certaine régie par le droit choisi) et sur la mutabilité, innovation importante du droit suisse au regard des autres codifications, l'article 55 (dans le texte, n° 343).

— **PAYS-BAS**

La jurisprudence hollandaise avait clairement inclus les régimes matrimoniaux au sein du statut personnel. Y est dès lors appliquée la loi nationale commune, résultant éventuellement du mariage ou, à défaut, la loi de la première résidence conjugale (H.R., 17 mai 1929, *N.J.*, 1929, 1279). Sans rejeter cette classification, l'arrêt *Chelouche c. Van Leer* a manifestement mis l'accent sur l'autonomie de la

volonté en recherchant, à défaut de choix exprès, le facteur de rattachement commun aux deux époux, fixant une loi applicable identique durant toute l'union. Ces principes dégagent un rattachement en cascade: loi choisie, loi nationale commune, même après mariage, loi de la première résidence conjugale, loi avec laquelle les époux ont le lien le plus étroit. Dans l'espèce toutefois, la Cour a égard à une volonté matérielle tacite. La loi hollandaise applicable par proximité est écartée. Prévoyant la communauté de biens, elle eût permis à l'épouse de bénéficier des richesses de son mari vivant entre Chicago et les Pays-Bas. La Cour considère que des «personnes vivant de cette façon n'ont jamais pu vouloir vivre en communauté de biens». (H.R., 10 décembre 1976, *N.I.L.R.*, 1980, p. 244; *R.C.D.I.P.*, 1978, p. 97, note JESSURUN d'OLIVEIRA H.U.; VAN ROOIJ et POLLAK, p. 196; SAUVEPLANNE J.G.: «New trends», p. 70; «Elementair I.P.R.», p. 37; Rb.'S Gravenhague, 15 novembre 1988, *N.I.P.R.*, 1989, n° 89).

#### — BELGIQUE

Le traité de RIGAUX aborde «*Le droit patrimonial de la famille*» dans un chapitre indépendant entre les obligations contractuelles et les obligations non contractuelles (t. II, p. 432, n° 1247). En droit interne, fidèle au code Napoléon, les régimes matrimoniaux forment le titre V du livre III titré: «*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*». En droit international privé, la jurisprudence a maintenu les régimes matrimoniaux au sein du statut personnel (Cass., 10 avril 1980, *Eicker, J.T.*, 1980, p. 560; RIGAUX et ZORBAS, «*Grands arrêts*», p.490). La législation interne, en distinguant le régime primaire, impératif, du régime secondaire, supplétif, a renforcé cette tendance. Une part importante du régime primaire concerne des effets personnels du mariage et est soumise à cette loi, l'autre part étant considérée comme loi de police. (RIGAUX F., t. II, n° 1265). Si le régime secondaire est soumis à une règle de conflit de loi principale - l'autonomie de la volonté expresse ou certaine - et à une première règle de conflit subsidiaire - la loi nationale commune même acquise par mariage - toutes deux claires, la règle de conflit subsidiaire applicable en dehors de ces deux hypothèses demeure controversée. Préférence est donnée à la loi de la première résidence conjugale (RIGAUX F., t. II, n° 1259; VAN HECKE et LENAERTS, p. 4, n° 577; davantage vers la loi de la résidence conjugale au moment de la dissolution comme loi du pays d'intégration prépondérante: ERAUW J., «*Beginnelen*», p. 162, mais p. 167: première résidence pour le conflit mobile; pour la jurisprudence variée: FALLON M., «*Chronique 1980-1987*», p. 219, n° 37). La modification de la matérialisation du facteur de rattachement, ne devrait pas avoir d'incidence sur le droit transitoire, les époux modifiant leur régime conformément à ce nouveau droit (RIGAUX F., t. II, n° 1261; VAN HECKE et RIGAUX, «*Chronique de jurisprudence*», *R.C.J.B.*, 1991, n° 25; FALLON M., «*Chronique 1980-1987*», p. 220, n° 38; ERAUW J., p. 167). Autrement dit, la mutabilité conventionnelle est acceptée, la mutabilité automatique ne l'est pas (voy. n° 338 ss.).

#### — R.F.A.

La reproduction des alinéas 1 et 2 de l'article 15 du E.G.B.G.B. facilite le commentaire.

- «(1) Le régime matrimonial est régi par la loi qui gouverne les effets généraux du mariage lors de sa célébration.
- (2) Toutefois, les époux peuvent choisir :
- 1° la loi de l'Etat dont l'un d'eux est ressortissant,
  - 2° la loi de l'Etat dans lequel l'un d'eux a sa résidence habituelle, ou
  - 3° pour les biens immobiliers, la loi du lieu de leur situation.»

Le premier alinéa rattache explicitement le régime matrimonial à la loi régissant les effets généraux du mariage au moment de la célébration. L'autonomie de la volonté est plus largement admise, les époux pouvant choisir une des lois nationales ou une des lois de résidence habituelle comme proposé ici comme système général (al. 2, 1° et 2°). Pour les biens immobiliers, la loi du lieu de leur

situation peut aussi être choisie (al. 2, 3°). Le dépeçage est ainsi autorisé. Les formes sont celles prévues par l'option relative aux effets généraux. Si le conflit mobile est exclu pour les règles de conflit subsidiaires, compte tenu de la référence à la loi au moment de la célébration du mariage, rien n'est dit en cas de modification du facteur de rattachement choisi si les époux se sont contentés de se référer à la loi applicable (de la nationalité du mari, de la résidence habituelle commune...) sans préciser la loi appliquée. En conséquence, la mutabilité, conventionnellement, est certaine; la mutabilité automatique ne l'est pas (STURM F., n'éclaire pas la question en écrivant, p. 58: «La convention peut intervenir à tout moment. Il n'y a pas d'immutabilité de la loi régissant le régime matrimonial» et p. 55: «Mis à part le choix conventionnel d'une autre loi, toute modification ultérieure du critère de rattachement ne conduit pas à un conflit mobile.» Parle-t-il uniquement du choix conventionnel postérieur à une désignation subsidiaire, auquel cas il exclurait la mutabilité automatique ou de tout choix conventionnel qui serait alors soumis au conflit mobile? Le terme «autre» loi, utilisé par STURM, paraît opposer la loi choisie à une loi déjà désignée et rejeter toute mutabilité automatique. Plus fondamentalement, on voit mal pourquoi la loi prévoirait sur ce point deux régimes différents en permettant la mutabilité automatique lorsque la loi a été choisie et en l'excluant lorsqu'elle a été désignée par la règle de conflit subsidiaire. Cette interprétation est confirmée par le fait que l'article 15, al. 1, renvoie à la loi qui gouverne les effets généraux du mariage. Or celle-ci, selon l'article 14, peut également résulter, pour partie, d'un choix. Certes, l'utilisation de l'autonomie prévue à l'article 14 n'a pas d'intérêt, compte tenu des possibilités de l'article 15, al. 2, mais sa désignation de principe avec l'exclusion de la mutabilité automatique semble confirmer la généralité du rejet du conflit mobile ayant des effets directs sur la loi appliquée. L'Ö-IPRG (*infra*) tend toutefois à une interprétation inverse). Les intérêts des tiers en Allemagne sont sauvegardés par l'exigence de publicité d'un régime étranger et l'opposabilité de certaines dispositions de droit matériel proches du régime primaire belge (§ 16).

— **AUTRICHE**

Le § 19 de l'Ö-I.P.R.G. (1978) stipule: «Le régime matrimonial est régi par le droit que les parties désignent expressément; à défaut d'un tel choix par le droit qui, au moment de la célébration du mariage, était applicable aux effets personnels du mariage.» Le régime matrimonial est ainsi rattaché au statut personnel. Le conflit mobile est exclu pour la règle de conflit subsidiaire. Pour la règle principale, il faut normalement se référer au § 7, ce qui permettrait la mutabilité automatique, les «faits déjà accomplis» étant acquis en droit.

— **HONGRIE**

C'est le § 39 de la L.H.D.I.P. (1979), qui rattache le plus clairement les régimes matrimoniaux au statut personnel. Il est titré «Les rapports juridiques personnels et patrimoniaux des époux». L'ensemble est régi par les mêmes règles (*supra*, Annexe 2, E, 3°). Ce faisant, le code n'exclut pas l'autonomie de cette matière: il reste toujours le principe général du § 9 permettant l'option en faveur du droit hongrois en toute matière et en faveur d'une autre loi «en cas d'admissibilité du choix», ce qui devrait être le cas pour les régimes matrimoniaux.

— **ITALIE**

L'article 28 du projet italien permet la *professio iuris* entre le droit national ou le droit de la résidence même d'un seul des deux époux. A défaut d'option, les rapports patrimoniaux sont régis par la loi applicable aux rapports personnels (loi de la nationalité commune, de la résidence commune ou la plus proche).

— **COMMON LAW**

L'autonomie sur leurs biens est accordée aux époux dans la mesure où ce sont les règles contractuelles habituelles qui s'appliquent. «There is not properly speaking

any particular property regime exercising its influence during the marriage.» (PALSSON L., «Family conflict of laws», p. 378). A défaut de contrat, chaque époux reste propriétaire de ses biens. Au moment du divorce, le tribunal peut prendre certaines mesures de partage. Il faut exclure de ce régime général 8 Etats américains (Arizona, Californie, Idaho, Louisiane, Nevada, Nouveau Mexique, Texas, Washington).

Il reste que des conflits de lois peuvent se poser en l'absence de contrat. La jurisprudence anglaise a retenu l'application du «domicil of origin» du mari (DICEY) rejetant la thèse de l'«intended domicil» (CHESHIRE) (voy. n° 201). La doctrine actuelle s'interroge tout de même sur le maintien de la compétence de la loi du mari (MORRIS J.H.C., p. 358). En Angleterre, doctrine et jurisprudence sont partagées sur la mutabilité automatique (par conflit mobile). Le DICEY et MORRIS propose tout de même une mutabilité atténuée par les droits acquis: «Where there is no marriage contract or settlement, and where there is a subsequent change of domicile the rights of husband and wife to each other's movables, both *inter vivos* and in respect of succession are governed by the law of the new domicile, except in so far as vested rights have been acquired under the law of the former domicile» (Rule 118, dans le même sens CHESHIRE et NORTH, p. 868). Aux Etats-Unis, la doctrine dominante est en faveur de la mutabilité atténuée par les droits acquis, les biens étant régis par la loi du domicile au moment de leur acquisition (Restatement 2 d § 258).

- **CONVENTION DE LA HAYE** du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Signée par cinq pays, ratifiée par deux, cette convention n'est pas encore entrée en vigueur. La règle de conflit principale est l'autonomie de la volonté (art. 3, option limitée aux lois nationales ou de résidence habituelle, pour cette dernière, avant ou après le mariage). La règle de conflit subsidiaire désigne la loi de la première résidence conjugale. L'article 6 prévoit la mutabilité volontaire alors que l'article 7 envisage une mutabilité automatique (conflit mobile) limitée.

## F. Le divorce

- **FRANCE**  
Article 310 du code civil, loi du 11 juillet 1975, notes 523 et 800. BATIFFOL et LAGARDE, t. II, p. 75, n° 441 ss. Faveur à la *lex fori* (COURBE P., «Le divorce international: premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil», *Trav. Com. fr. d.i.p.*, 1989-1990, C.R.; REMERY J.P., *R.C.D.I.P.*, 1991, p. 266).
- **SUISSE**  
L.S.D.I.P. (1987), art. 61, notes 523 et 800 et références. Faveur à la *lex fori*.
- **PAYS-BAS**  
Loi du 25 mars 1981 sur les divorces internationaux, notes 523 et 800. Traduc. fr. *R.C.D.I.P.*, 1981, p. 908, note VAN ROOIJ R. Sur la loi et ses origines: SAUVEPLANNE J.G., «New trends», p. 52; «Elementair I.P.R.», pp.37-40; VOSKUIL C.C.A., pp. 346-363; VAN ROOIJ et POLLAK, pp. 215 ss. L'autonomie de la volonté est l'élément central (*adde* LAGARDE P., «Principe de proximité», p. 106). Quoique rejetée à l'alinéa 4 de l'article 2, l'option conjointe ou non contestée pour la loi néerlandaise est le principe premier. Générale, elle accentue le rôle de la *lex fori* et la *favor divortii*, compte tenu des diverses possibilités de divorce aux Pays-Bas (SAUVEPLANNE, *idem*, p. 39). A défaut de cette option, la règle subsidiaire est le rattachement en cascade à la loi nationale commune (al. 1, a), à défaut, la loi de la

résidence habituelle des parties (al. 1, b) précisée comme étant dans un même pays (al. 1, c); à défaut, la loi néerlandaise.

Pour qu'il y ait nationalité commune, il faut que les deux parties aient «un lien social effectif avec le pays» de cette nationalité. Sauf option des parties pour ce droit, l'interprétation est laissée au tribunal.

Du point de vue du principe d'autonomie, l'article 1 permet aux parties d'opter pour leur loi nationale commune ou le droit néerlandais. A défaut, c'est la loi de leur résidence habituelle dans le même Etat qui s'applique.

— L'appréciation du lien social effectif peut nécessiter la comparution personnelle des parties: R.B. S'Gravenhage, 27 février 1989, *N.I.P.R.*, 1989, n° 217: application de la loi néerlandaise à deux époux marocains, la femme le demandant, l'époux s'y opposant. La motivation montre que le lien social effectif doit assez facilement être considéré comme rompu: «Alhoewel naar het oordeel van rechtbank de vrouw nog wel een band met Marokko heeft, waar de vrouw heeft gesteld dat ze altijd Marokkaanse blijft omdat ze Marokkaans bloed heeft, is voldoende aannemelijk geworden dat er voor de vrouw een werkelijk maatschappelijke band, zoals bedoeld in art. 1 WCE, kennelijk ontbreekt.» La même décision applique toutefois le droit marocain à la liquidation du régime matrimonial en tant que droit applicable au moment de la célébration du mariage, compte tenu d'absence de choix commun d'un autre droit. En conséquence, l'épouse n'obtient pas de partage en l'absence de communauté de biens.

— Dans une autre affaire, un arrêt d'appel rejette la modification de choix postulée par une épouse marocaine. En première instance, elle avait opté pour le droit néerlandais, le mari marocain ne contestant pas le choix. La cour confirme le rejet de la loi marocaine alors que l'épouse, changeant d'avis, opte pour cette loi en degré d'appel. La Cour relève l'absence de lien social effectif avec le Maroc (Hof's Hertogensbosch, 12 janvier 1989, *N.I.P.R.*, 1989, n° 196).

— Un arrêt de la Cour Suprême comporte quelques points d'intérêt (H.R., 25 novembre 1988, *Rechtspraak van de Week*, 1988, 208; *N.I.P.R.*, 1988, n° 61). Les époux sont tous deux Néerlandais. Ils se sont mariés en 1956 à Curaçao (Antilles Néerlandaises), où ils ont vécu ensemble jusqu'en 1980, date à laquelle le tribunal de première instance de Curaçao prononce la séparation de corps et de biens (van tafel en bed). Le mari revient en Hollande en 1982 et y postule en 1984 la conversion de la séparation de corps et de biens en divorce. Le droit néerlandais autorise cette conversion après 3 ans de séparation continue. Le droit antillais exige 5 ans. L'épouse s'oppose à l'application de la loi néerlandaise, loi nationale commune, estimant que le lien social effectif fait défaut. Le tribunal de première instance lui donne raison au regard des éléments de fait (durée de vie commune à Curaçao, enfant y né et y vivant avec la mère). La Cour d'Appel va examiner avant tout le problème d'un conflit interrégional pour lequel il n'y a pas de texte. Par parallélisme, elle va appliquer la loi sur le divorce international, en quoi la Cour Suprême la suivra. Contrairement au premier juge, la Cour d'Appel, confirmée par la Cour Suprême, ne se limite pas à substituer la loi de la résidence habituelle à la loi nationale commune écartée. Elle constate qu'il n'y a pas de résidence habituelle dans un même Etat et applique l'article 1 alinéa c, désignant «à défaut de droit national commun et de résidence habituelle dans un même pays» la loi néerlandaise. Il en ressort deux enseignements:

1. La transposition des règles de droit international privé aux conflits interrégionaux. La transposition se lit *mutatis mutandis*, le terme «pays» étant remplacé par «région» pour apprécier le lieu de résidence.
2. La solution du conflit mobile: c'est au moment de l'instance qu'est appréciée l'existence ou non d'une résidence dans un même pays. Il n'est pas fait usage de la dernière résidence dans un même pays.

La Haute Cour confirme, en 1988, l'arrêt de la Cour d'Appel. On aura remarqué que le délai de cinq ans est dépassé. Il l'était déjà le 17 décembre 1986, date de l'arrêt de la Cour d'Appel.

— **BELGIQUE**

Loi du 27 juin 1960, supra notes 523 et 800. RIGAUX F., t. II, p. 264, n° 942 ss.; VAN HECKE et LENAERTS, p. 230, n° 490 ss.; ERAUW J., «Beginnselen» p. 170 ss.; FALLON M., Chronique de jurisprudence (1980-1987), p. 210, n° 25 ss. Un projet datant de 1983, émanant des universités, reprend le principe de l'échelle de Kegel: application de la loi nationale commune; à défaut, la loi de l'Etat dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle; à défaut, la *lex fori*, loi belge. Aucune place n'est faite au principe d'autonomie, WESER M., «Le droit est l'art du bien et du juste» in *Mélanges Vander Elst*, t. II, pp. 929-934; ERAUW J. et DE FOER L., «I.P.R. - De Bronnen», Antwerpen-Amsterdam, Kluwer, 1982, p. 160; VAN HECKE et LENAERTS, p. 235.

— **R.F.A.**

L'article 17 al. 1 de l'E.G.B.G.B. (1986) soumet le divorce à la loi applicable aux effets généraux du mariage sauf si cette loi «ne permet pas de prononcer le divorce» auquel cas la loi allemande s'applique si le demandeur est Allemand ou l'était au moment du divorce. Sur l'évolution antérieure de la jurisprudence, FRANK R., «Le divorce en d.i.p. allemand», *Trav. Instit. droit comparé*, 1980, pp. 53-76.

— **AUTRICHE**

L'Ö-I.P.R.G. (1978) prévoit au § 20 l'application de la loi régissant les effets personnels du mariage (al. 1) ou, en cas d'impossibilité de rattachement ou d'obtention du divorce, la loi nationale de l'époux demandeur au moment du divorce.

— **HONGRIE**

Le § 40 de la L.H.D.I.P. (1979) opère un rattachement en cascade à la (dernière) loi nationale commune (al. 1); à défaut, la loi hongroise si un des époux est Hongrois (al. 2); à défaut, la loi du dernier domicile commun (al. 2); à défaut la *lex fori*. Le § 41 introduit trois dispositions matérielles écartant le droit étranger qui s'opposerait au divorce (a) et le divorce pour faute (c), mais exigeant d'examiner si «la communauté de vie est intégralement et irrémédiablement disloquée» (b).

— **ITALIE**

L'article 29 du projet italien reprend, pour le divorce, le même rattachement en cascade qui régit les effets personnels du mariage: loi nationale commune, loi de la résidence dans le même Etat, loi de l'ordre juridique le plus proche. L'alinéa 2 prévoit l'application du droit italien lorsque le droit étranger ne connaît pas la séparation personnelle ou le divorce. Juste retour, que cette précaution que les autres codifications doivent essentiellement aux cas d'espèces soulevés antérieurement par l'application du droit italien ignorant le divorce. C'est ici surtout l'institution de la séparation personnelle qui est visée (rapport, col. 280).

— **COMMON LAW**

En Angleterre, la loi applicable étant la *lex fori*, le divorce pose une question de compétence par la détermination du critère qui la justifie au sein d'alternatives dont le domicile (CHESHIRE et NORTH, pp. 217 ss.; NORTH P.M., «General Course», pp. 97 ss.). Aux U.S.A., la question de compétence domine également les débats autour, notamment, du domicile (HANOTIAU B., pp. 270 ss.; KOTTERS U., pp. 116 ss.)

## G. Les relations parents-enfants

### — FRANCE

Malgré une tendance ancienne de la jurisprudence soumettant l'autorité parentale légitime à la loi régissant les effets du mariage, la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, impose la loi nationale de l'enfant (article 3). Les aliments sont soumis à la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments, conformément à la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 (article 4), entrée en vigueur le 1er octobre 1977. Pour une décision antérieure soumettant l'obligation alimentaire à «la loi du lien de famille» sous réserve de l'ordre public: Cass. fr., 19 octobre 1971, *Clunet* 1972, p. 828, note NISARD; *R.C.D.I.P.*, 1973, p. 70, note SIMON-DEPITRE; et Cass. fr., 28 janvier 1958 et 19 février 1963, aff. *Chemouni*, ANCEL et LEQUETTE, «Grands arrêts», pp. 224 ss., spéc. p. 233. Sur l'ensemble, BATIFFOL et LAGARDE, t. II, p. 126, n° 477 ss.

### — SUISSE

L'article 82 de la L.S.D.I.P. (1987) soumet «les relations entre parents et enfants» au «droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant» (al. 1), sauf si aucun des parents n'est domicilié dans l'Etat de résidence habituelle de l'enfant et que toute la famille a la même nationalité, auquel cas cette loi nationale commune s'applique (al. 2). Les obligations alimentaires sont soumises à la Convention de La Haye du 2 octobre 1973, soit également la loi de la résidence habituelle de l'enfant (art. 83, al. 1). La protection des mineurs est soumise à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961. Sur les champs d'application de la Convention et du droit international privé suisse, DUTOIT B., «Le nouveau d.i.p. suisse de la famille», p. 51.

### — PAYS-BAS

Application de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, y compris aux mesures prises durant l'instance en divorce en suite de la levée, en 1982, de la réserve sur ce point qui avait été utilisée par les Pays-Bas. Application de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 pour les aliments. En matière de «legal kidnapping», un arrêt de la Cour Suprême avait justifié l'enlèvement d'enfant effectué par une mère hollandaise à l'encontre d'un jugement américain accordant la garde au père au motif de l'intérêt de l'enfant (H.R., 14 mai 1971, *N.J.*; 1971, n° 369). Les conventions de Luxembourg et de La Haye, quoique non encore ratifiées, influencent la jurisprudence (SAUVEPLANNE J.G., «Elementair I.P.R.», p. 45; VAN ROOIJ et POLLAK, p. 209). Pour la jurisprudence appréciant l'intérêt de l'enfant: Hof Amsterdam, 10 octobre 1988, *N.I.P.R.*, 1989, n° 66 (rejet d'une demande de retrait de tutelle du père resté en Afrique du Sud avec lequel l'enfant n'a plus de contacts, pour tenter d'y substituer le nouveau mari de la mère); Rb. Amsterdam, 21 novembre 1988, *N.I.P.R.*, 1989, n° 73 (simple déclaration de résidence habituelle de l'enfant en Turquie où les dispositions devront être prises); Rb Rotterdam, 10 août 1988, *N.I.P.R.*, 1989, n° 97 (application de la loi de la résidence habituelle marocaine de deux enfants binationaux éduqués au Maroc par la famille du père; refus de garde à la mère hollandaise. Exclusion de la Convention de La Haye de 1961, le Maroc n'étant pas partie).

### — BELGIQUE

Application de la loi nationale du mineur évincée au besoin par «le principe fondamental de l'intérêt de l'enfant» ou par la loi appliquée au divorce (RIGAUX F., t. II, p. 314, n° 1028 à 1034; ERAUW J., «Beginsel», p. 201). La jurisprudence paraît s'axer fondamentalement sur l'intérêt de l'enfant et, plus que dans la jurisprudence hollandaise examinée, ignorer les questions de conflit de lois (FALLON M., «Chronique de jurisprudence (1980-1987)», p. 240, n° 65 ss.). C'est

une façon détournée d'appliquer la loi de la résidence habituelle de l'enfant correspondant à la *lex fori*, sans devoir même invoquer l'ordre public. Pour les aliments, si l'enfant réside sur le territoire d'un Etat lié par la Convention de La Haye du 24 octobre 1956, celle-ci désigne la loi de la résidence habituelle de l'enfant. A défaut, la Cour de Cassation a fixé la jurisprudence en faveur de l'application de la loi nationale de l'enfant «sur qui se concentre l'intérêt prépondérant» (Cass., 24 mars 1960, *Eifeling, Pas.*, 1960, I, p. 860; RIGAUD et ZORBAS: «Grands arrêts», p. 270; RIGAUD F., t. II, n° 1045, s'agissant d'une action alimentaire non déclarative de filiation). Sur les enlèvements d'enfants, supra note 954 et jurisprudence in FALLON M., «Chronique de jurisprudence (1980-1987)», p. 241.

#### — R.F.A.

Distinguant encore les modes de filiation, l'E.G.B.G.B. (1980) prévoit que «les rapports de droit existant entre parents et enfants légitimes» sont soumis à la loi qui gouverne les effets généraux du mariage. «Lorsque le mariage n'existe pas» (art. 19, al. 2) ou lorsque le bien de l'enfant est en péril» (art. 19, al. 3, règle de conflit facultative), la situation est soumise à la loi de la résidence habituelle de l'enfant. Sur la référence à la loi du divorce dans les motifs de la loi, voy. STURM Fr., p. 60, note 79. Selon l'article 20, al. 2, «les rapports de droit existant entre un enfant naturel et ses parents sont régis par la loi de la résidence habituelle de l'enfant.» Les aliments sont soumis principalement à «la loi interne du lieu où le créancier d'aliments a actuellement sa résidence habituelle» (article 18, reproduisant, pour les obligations alimentaires en général, la Convention de La Haye du 2 octobre 1973). Voy. MENHOFER B.: «Enfant et patrimoine dans la rencontre des civilisations» in Actes du Colloque «Musulmans en Belgique. Un statut juridique spécifique?», à paraître.

#### — AUTRICHE

L'Ö.I.P.R.-G (1978) soumet les effets de la filiation légitime (§ 24) et illégitime (§ 25, al. 2) à la loi nationale de l'enfant. L'Autriche a ratifié la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs avec la réserve de l'article 13, al. 3, en excluant les décisions prises dans le cadre d'un divorce. C'est encore, comme en Belgique, l'ancienne convention de La Haye du 24 octobre 1956 qui régit la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants.

#### — HONGRIE

Selon la L.H.D.I.P. (1979), «les rapports entre parents et enfants relevant du droit de la famille ... sont régis par la loi personnelle de l'enfant» (§ 45, al. 1). Il en va de même des obligations alimentaires (§ 45, al. 2 et § 47). Pour rappel, le § 46 édicte une disposition matérielle générale prévoyant pour l'enfant de nationalité hongroise ou habitant en Hongrie l'application de cette loi si celle-ci lui est plus favorable.

#### — ITALIE

L'article 34 du projet italien soumet les rapports personnels et patrimoniaux entre parents et enfants à la loi nationale de l'enfant. La mutabilité abstraite automatique résultant du conflit mobile par changement de nationalité est acceptée: la nouvelle loi nationale s'applique (Rapport, col. 282). Les aliments sont, selon l'article 43, réglés conformément à la Convention de La Haye du 2 octobre 1973, en vigueur en Italie depuis 1982 (L. 24 octobre 1980, n° 745), mais avec la réserve de l'article 15 permettant au juge italien d'appliquer la loi italienne lorsque créancier et débiteur d'aliments sont italiens et que ce dernier réside habituellement en Italie. La commission a suggéré l'examen de la levée de cette réserve (Rapport, col. 289).

- **COMMON LAW**  
Comme les autres questions de statut personnel, les rapports parents-enfants sont, en Angleterre, abordés à partir de la règle de conflit de juridiction. Surtout depuis le Family Law Act, Part. I, de 1986, la compétence des tribunaux, même au sein du Royaume, est fixée non pas à partir du critère de domicile, mais «in the country with which the child has the closest long term connection», étant successivement le tribunal qui connaît du divorce, le tribunal de la résidence habituelle de l'enfant ou le tribunal où l'enfant est présent. Ce tribunal applique sa *lex fori* (CHESHIRE et NORTH pp. 714 ss.). «The welfare of the minor» est également prépondérant (MORRIS J.H.C., p. 175; NORTH P.M., «General Course», p. 127).
- Les **CONVENTIONS** de Luxembourg et de La Haye ont été abordées au texte et dans les différentes situations nationales. adde note 954.

## H. Les successions

- **FRANCE**  
Succession *ab intestat*: immeubles: *lex rei sitae*; meubles: loi du domicile du de cuius. Testament: dans les limites des dispositions impératives de la loi normalement applicable, BATIFFOL et LAGARDE, t. II, pp. 387 ss., n° 634 ss., 650 ss.; sur l'historique des différentes classifications des successions, LAINE A., vol. 1, pp. 252 ss.; AUBRY C., p. 740, avait défendu, en 1896, l'application de la loi d'autonomie dans les limites des dispositions impératives. Pour cela, AUBRY sortait les successions du statut personnel qui a un caractère obligatoire car «il ne dépend pas de notre caprice d'être ou non le parent de quelqu'un, d'être mineur ou de ne pas l'être...». En réalité, il dépend rarement de notre caprice de mourir.
- **SUISSE**  
La codification suisse a largement introduit le principe d'autonomie pour les successions. Selon l'article 90, al. 1 de la L.S.D.I.P. (1987), la loi applicable est la loi suisse lorsque le dernier domicile du *de cuius* est en Suisse. Toutefois, un étranger (en Suisse) peut opter «par testament ou pacte successoral» pour «le droit de l'un de ses Etats nationaux». «Ce choix est caduc si, au moment de son décès, le disposant n'avait plus cette nationalité ou avait acquis la nationalité suisse.» (al. 2). La caducité tirée du changement de nationalité n'est qu'un aspect de la mutabilité abstraite automatique par conflit mobile. La succession d'une personne dont le dernier domicile est à l'étranger est régie par les règles de conflit de cet Etat (art. 91, al. 1). Si cette personne est suisse et que les autorités suisses sont compétentes, cette loi nationale s'appliquera sauf option du *de cuius* pour la loi de son dernier domicile (art. 91, al. 2). Les autorités suisses sont compétentes soit parce que les autorités étrangères ne s'en occupent pas, soit parce qu'un testament soumet la succession à la compétence ou au droit suisse (art. 87, al. 1 et 2). Il n'y a pas de distinction entre les meubles et les immeubles.
- **PAYS-BAS**  
Les successions sont rattachées au statut personnel avec, en principe, application de la loi nationale. Il n'y a dès lors pas de distinction entre meubles et immeubles (sur l'ancienneté de cette unité en Flandre et Hollande précisément pour motif procédural, voy. GONZALES CAMPOS J.D., p. 315). Le choix par désignation dans le testament d'une autre loi que la loi nationale a été tantôt accepté (Appel La Haye, 24 février 1942, *N.J.*, 1947, p. 327), tantôt rejeté (Appel La Haye, 20 avril 1972, in JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., «De sluipweg...», p. 8). Le critère paraît bien être le lien effectif, la loi nationale étant même écartée au profit de la loi de la résidence habituelle dans une succession *ab intestat* (Rb Middelburg, 12 juin 1974, *N.I.L.R.*,

1980, p. 246; succession d'un Belge vivant en Hollande à la frontière belge avec une épouse hollandaise. Application de la loi hollandaise; VAN ROOIJ et POLLAK, p. 229; SAUVEPLANNE J.G., p. 47).

— **BELGIQUE**

Succession *ab intestat*: immeubles: *lex rei sitae*; meubles: loi du domicile du de cuius. Testament: comportant des dispositions de partage dans les limites des règles impératives de la loi normalement applicable. L'option de droit est exclue (RIGAUX F., t. II, n° 1302; VAN HECKE et LENAERTS, n° 616, sur le tout, voy. note 961.

— **R.F.A.**

L'élection de droit est restreinte en matière de succession dans l'E.G.B.G.B. (1986). Les successions sont classées dans le statut personnel. La succession est régie par la loi nationale du *de cuius* (art. 25, al. 1). L'option permet au *de cuius* de désigner la loi allemande pour des biens situés en Allemagne (art. 25, al. 2). L'option se fait selon les formes «des dispositions à cause de mort» largement favorisées par un rattachement alternatif (art. 26, qui reprend et élargit la Convention de La Haye du 5 octobre 1961). Le testament est, pour le fond, soumis à «la loi qui régissait la succession au moment de la disposition» (art. 26, al. 6). Le conflit mobile est ainsi écarté.

— **AUTRICHE**

L'Ö-I.P.R. G. (1978) rattache la succession au statut personnel, partant à la loi nationale du défunt (§ 28, al. 1). Le § 29 édicte une disposition matérielle: si, selon la loi nationale, la succession est vacante («le fisc» étant exclu comme héritier), la succession sera divisée et soumise à la loi de «chaque Etat où se trouvent les biens du défunt au moment de son décès». La validité d'un testament et la capacité de tester sont soumises à la loi nationale du défunt au moment du décès (§ 30, al. 1). Le projet de Fr. SWIND aurait permis une option de droit selon VON OVERBECK A.E., «Questions générales», p. 180.

— **HONGRIE**

La L.H.D.I.P. (1979) soumet la succession à la loi nationale du défunt au moment de son décès (§ 36, al. 1) sans distinction entre meubles ou immeubles. La validité d'un testament est soumise à la loi nationale du défunt au moment de son décès. La validité formelle du testament est favorisée par soumission à un rattachement alternatif conforme à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961.

— **ITALIE**

L'article 44 du projet italien, inspiré de la récente convention de La Haye (Rapport, col. 290; infra), introduit l'*optio iuris*. L'application de principe de la loi nationale du *de cuius* au moment du décès est maintenue (al. 1). Le *de cuius* peut toutefois avoir opté pour la loi de sa résidence habituelle. Il y a deux limites. Le *de cuius* doit encore résider dans cet Etat au moment du décès. Lorsque le défunt est italien, l'option ne peut préjudicier aux droits des héritiers légitimes prévus dans le droit italien s'ils résident en ce pays (al. 2). La succession est considérée dans son universalité, sans distinction de meubles ou d'immeubles (Rapport, col. 289).

— **COMMON LAW**

Angleterre: Succession *ab intestat*: immeubles: *lex rei sitae*; meubles: loi du dernier domicile. Testament: validité formelle: Convention de La Haye de 1961, validité au fond: loi normalement applicable à défaut de testament. MORRIS J.H.C., pp. 336 ss.; NORTH P.M., «General Course», p. 274.

— **CONVENTIONS**

Outre les conventions de Washington du 26 octobre 1973 et de La Haye du 5 octobre 1961 relatives aux formes des testaments, voy.:

— Convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort (non encore en vigueur, signée par la Suisse et l'Argentine).

La Convention introduit nettement le principe d'autonomie tel que défendu ici, comme expression du principe de proximité. L'article 5 permet l'option de droit au profit de la loi nationale ou de la loi de la résidence habituelle du *de cuius* au moment de l'option ou du décès (al. 1). La validité formelle est soumise à celle de tout testament. La validité au fond est soumise à la loi désignée. A défaut de choix, la succession est soumise à la loi de la résidence habituelle du *de cuius* au moment du décès si le défunt possédait la nationalité de cet Etat (art. 3, al. 1) ou y résidait habituellement depuis au moins cinq ans (art. 3, al. 2). Dans ce dernier cas, la loi de la résidence habituelle peut être écartée au profit de la loi nationale s'il apparaît que «le défunt avait, au moment de son décès, des liens manifestement plus étroits» avec cet Etat (art. 3, al. 2). Dans les autres cas, la succession est soumise à la loi nationale du défunt au moment du décès, «à moins que le défunt n'ait eu, à ce moment, des liens plus étroits avec un autre Etat, auquel cas la loi de cet autre Etat est applicable» (art. 3, al. 3).

En cas d'option, le dépeçage est autorisé dans les limites des règles impératives normalement applicables par choix ou par désignation étant les lois nationales ou de résidence habituelle (art. 6). Le renvoi est en général exclu (article 17) sauf lorsque la loi applicable à défaut d'option est celle d'un Etat non contractant désignant la loi interne d'un autre Etat non contractant (article 4). L'article 15 réserve «les régimes successoraux particuliers auxquels certains immeubles, entreprises ou autres catégories spéciales de biens sont soumis par la loi de l'Etat de leur situation en raison de leur destination économique, familiale ou sociale». Les conflits interrégionaux (art. 19) et interpersonnels (art. 20) sont soumis aux règles en vigueur dans l'Etat dont la loi s'applique ou, à défaut, à des règles découlant du principe de proximité. Seule une loi manifestement incompatible avec l'ordre public peut faire obstacle au jeu normal des règles de la convention (art. 18).

— L'option de droit en matière de succession avait déjà été proposée par les délégués suisses (HEILI et ROGUIN) lors des premières conférences de La Haye (1893-1904). Elle était déjà applicable en Suisse selon l'article 22 de la loi du 25 juin 1891. (VON OVERBECK A.E., «La professio iuris», p. 1089).

— Dans une résolution du 15 septembre 1967, l'Institut de droit international proposait que «la validité intrinsèque et les effets des dispositions testamentaires soient soumis à la loi successorale, sous réserve que le testateur puisse opter entre sa loi nationale et la loi de son domicile» (*Annuaire I.D.I.*, 1967, vol. 52 I, pp. 528, 562, II, pp. 464-558).

**ANNEXE 2,1 : TABLEAU RECAPITULATIF DES REGLES DE CONFLIT DE LOIS  
EN MATIERE DE STATUT PERSONNEL**

Pays	FRANCE	SUISSE	PAYS-BAS	BELGIQUE
<b>Matière</b>				
<b>FILIATION</b>	c.civ. 311-14 à 311-18 loi personnelle mère (loi nationale) mais faveur à la vérité biologique	LSDIP 68 et 81 loi résid. hab. enfants (établir et, contester) LSDIP 72 ratt. alternatif (reconnaître)	ABW 6 loi nationale favorable à établissement filiation	c.civ.3 al.3 loi nationale favorable à vérité biologique
<b>ADOPTION</b>	favor adoptionis loi nationale adoptant loi nationale adopté pour conditions consentement autonomie sur étendue consentement	LSDIP 77 lex fori (suisse mais éviter l'adoption boiteuse)	ABW 6 applic. distrib. lois nationales, mais intérêt enfant	c.civ.344-344 quater -moins de 15 ans: lex fori (belge) -plus de 15 ans: application distribut. lois nationales
<b>NOM</b>	rattachement autonome loi nationale sauf adoption	LSDIP 37 rattachement autonome en Suisse: loi suisse à l'étranger: loi domicile (avec d.i.p.) option possible pour loi nationale	ABW 6 -rattachement autonome -loi nationale de la personne, mais unité famille	c.civ.3 al.3 -rattachement autonome possible même après adoption -conventions matérielles sur nom époux
<b>CAPACITE</b>	c.civ. 3 al.3 -rattachement autonome loi nationale -atténuations contractuelles (Lizardi)	LSDIP 35-36 -loi domicile -contrat: lieu conclusion	-loi nationale -atténuations: effectivité, bonne foi	c.civ.3 al.3 -loi nationale -contrats: Conv. Rome
<b>MARIAGE</b>				
<b>-Création</b>				
forme	c.civ. 170 -Locus regit actum "facultatif" (?) -mariage consulaire si deux époux nationalité du consul	LSDIP 43-44 -locus regit actum (impér.) -pas mariage boiteux sauf proximité ou divorce en Suisse -consulaires: non	-locus (impératif) -mariage consulaire si deux époux nationalité consul	c.civ. 170 -locus (impératif) -mariage consulaire si deux époux nationalité consul (c. doctrine)
fond	c.civ. 3 al.3 -lois nationales (distributive) + ordre public	LSDIP: 44 -lex loci en Suisse -loi nationale pour favor matrimonii	ABW 6 -loi nationale, mais favor matrimonii: ordre public+lien social	c.civ. 170 ter lois nationales (distributive) + ordre public
<b>-Effets</b>				
personnels	c.civ. 3 al.3 -loi nationale commune -à défaut, loi du domicile commun (Rivière)	LSDIP: 48 rattachement alternatif en cas de -loi Etat commun domicile -loi Etat domicile le plus proche -lex fori	ABW 6 -loi nationale commune -loi résidence conjugale -loi la plus proche	c.civ.3 al.3 -loi nationale commune -à défaut, loi résidence conjugale, domicile commun ou résidence habituelle
alimentaires	LH 2 octobre 1973 : 4 Loi résidence habituelle créancier d'aliments	LH 2 octobre 1973 : 4 Loi résidence habituelle créancier d'aliments	LH 2 octobre 1973 : 4 Loi résidence habituelle créancier d'aliments	-loi nationale commune -loi domicile conjugal (fori), loi nationale ou résidence habituelle créancier d'aliments
patrimoniaux (régimes matrimoniaux)	Rattachement à l'acte -loi d'autonomie -à défaut, loi de l'Etat de localisation des intérêts : premier domicile matrimonial, nationalité commune	LSDIP 52 ss. -Ratt. au S.P. -option loi domicile commun ou de nationalité à défaut: cascade (domicile, nationalité, for) -mutabilité automatique avec rétro.	ABW 6 -Ratt. au S.P. -loi d'autonomie -loi nationale commune -à défaut, 1ère résidence conjugale, mais volonté tacite	-Ratt. au S.P. -loi d'autonomie -loi nationale commune -1ère ou dernière résidence conjugale -mutabilité conventionnelle
<b>-Dissolution</b>	c.civ. 310 unilatéralisme faveur à la lex fori	LSDIP 61 faveur à lex fori	loi 5 mars 1961 -loi d'autonomie: art.2 al.4, art. 1: option conjointe pour lex fori ou loi nationale commune -à défaut, rattachement en cascade	Loi 27 juin 1960 faveur lex fori si un national (tout div.) ou si divorce connu dans loi nationale du demandeur (div. cause dét.)
<b>RELATIONS PARENTS- ENFANTS</b>	-personnelles: LH 5 octobre 1961 : 3 loi nationale enfant -aliments: LH 2 octobre 1973 : 4 loi résidence hab. créancier d'aliments	-personnelles: LSDIP 82 loi résidence hab. enfant -aliments: LH 2 octobre 1973 : 4 loi résidence hab. créancier d'aliments	-personnelles: LH 5 octobre 1961 : 3 loi nationale enfant + intérêt -aliments: LH 2 octobre 1973 : 4 loi résidence hab. créancier d'aliments	-personnelles: loi nationale mineur (+ intérêt enfant ou loi divorce) -aliments: - LH 24 octobre 1956: loi résidence habituelle enfant -loi nationale enfant
<b>DECES</b>	-ab intestat: immeubles: lex rei sitae meubles: loi domicile du cujus -testament: liberté, limite dispos. impérat. loi normal. applicable	LSDIP 90-91 ab intestat et testament, meubles et immeubles • en Suisse, loi dernier domicile, option possible pour une loi nationale • à l'étranger: - R.C.L. du pays - pour Suisse, loi suisse si autorités suisses compétentes avec option possible du dernier domicile	statut personnel: loi nationale meubles et immeubles option: selon lien étroit	-ab intestat: immeubles: lex rei sitae meubles: loi domicile de cujus -testament: limite dispositions impératives loi applicable; option: exclues

Pays	R.F.A.	AUTRICHE	HONGRIE	ITALIE
<b>Matière</b>				
<b>FILIATION</b>	EGBGB 18-21 faveur filiation légitime loi nationale ou de résidence habituelle commune	O IPRG 21-22 loi nationale favorable à légitimité ou à la constatation	LHDIP 42-46 loi nationale enfant ou loi hongroise si plus favorable	Projet 31-33 loi nationale enfant ou parent en faveur légitimité et vérité biologique
<b>ADOPTION</b>	EGBGB 22 - 1 adoptant: sa loi nationale - 2 adoptants: loi effets mariage - consentement loi adopté ou lex fori	O IPRG 26 - loi nationale adoptants - loi nationale adopté pour consentement	LHDIP 43 Loi nationale adoptants et adopté + autorisation	Projet 36 rattachement alternatif: loi nationale ou résidence habituelle adoptants ou lien prépondérant
<b>NOM</b>	voir note et tableau option entre loi nationale et loi de résidence habituelle	O IPRG 13 - rattachement autonome - loi nationale	LHDIP 30 - rattachement autonome - loi nationale	Projet: rien règle générale: loi nationale (22)
<b>CAPACITE</b>	EGBGB 7 - loi nationale - contrat: pas incapacité ignorée lieu conclusion	O IPRG 12 loi nationale	LHDIP 10-15 - loi nationale - loi hongroise si effets patrimoniaux en Hongrie	Projet 21 - loi nationale - contrat: lieu conclusion (Conv. Rome) sauf relations famille
<b>MARIAGE</b>				
-Création forme	EGBGB 13 - locus (impératif) - consulaires même si un seul époux nationalité du consul	O IPRG 16 - locus impératif en Autriche facultatif à l'étranger - consulaires: non	LHDIP 37 - locus (impératif) - consulaires si deux époux nationalité du consul	Projet 26 - locus: facultatif favor validitatis ratt. alternatif - mariage concordataire
fond	EGBGB 13 ratt. alternatif pour favor matrimonii loi nationale ou loi allem. (résid. hab.)	O IPRG 17 - loi nationale (alternative) - droits acquis (divorce)	LHDIP 37-38 - loi nationale (distributive) - loi hongroise	Projet 25 - loi nationale - droits acquis (divorce)
-Effets personnels	EGBGB 14 ratt. alternatif en cascade: - loi nationale commune - loi résid. hab. commune - dernière loi commune - option loi nationale deux ou un époux selon conditions	O IPRG 18 cascade: - loi nationale commune - loi commune résid. hab. - lex fori - rapport plus fort	LHDIP 39 cascade: - loi nationale commune - loi domicile commun - lex fori	Projet 27 cascade: - loi nationale commune - loi résidence commune - lien le plus étroit
alimentaires	loi résid. hab. créancier d'aliments	- loi nationale ou de résid. hab. commune - loi nationale ou de résid. hab. créancier d'aliments	loi nationale commune ou du créancier d'aliments	LH 2 octobre 1973 Loi résid. hab. créancier d'aliments
patrimoniaux (régimes matrimoniaux)	EGBGB 15 - Ratt. au S.P. - loi effets mariage - option: loi nationale, résid. hab., rei sitae - mutabilité conventionnelle	O IPRG 19 - Ratt. au S.P. - loi d'autonomie - à défaut loi effets mariage - mutabilité automatique si choix, sans rétro.	LHDIP 39 - Ratt. au S.P. - loi effets personnels - option possible (§9)	Projet 28 - Ratt. au S.P. - option: loi nationale ou de résidence - à défaut loi effets personnels
-Dissolution	EGBGB 17 - loi effets mariage (cascade) - sauf si ne permet pas divorce: lex fori si un Allemand	O IPRG 20 - loi effets mariage - sauf si ne permet pas divorce: loi nationale demandeur	LHDIP 40-41 - rattachement en cascade: loi nationale, hongroise, dernier domicile, fori - dispositions matérielles en faveur divorce	Projet 29 - loi effets mariage (cascade) - disposition matérielle écartant droit rejetant le divorce
<b>RELATIONS PARENTS- ENFANTS</b>	EGBGB 18-19-20 - personnelles . légitime: loi effets mariage . naturel (ou péril) loi résid. hab. enf. - aliments: loi résid. hab. créancier d'aliments	O IPRG 24-25 - personnelles: LH 5 octobre 1961 loi nationale enfant (réserve: divorce) aliments: LH 24 octobre 1956 loi résid. hab. enfant	LHDIP 45-46 - personnelles et aliments: loi nationale enfant sauf si loi hongroise plus favorable pour enfant hongrois ou domicilié en Hongrie	Projet 34 - personnelles: loi nationale enfant - aliments: LH 2 octobre 1973 loi résid. hab. enfant (réserve nationalité commune ital. et débiteur en Italie loi italienne)
<b>DECES</b>	EGBGB 25-26 - ab intestat: loi nationale option pour loi allemande si biens situés en Allemagne - testament selon loi applicable	O IPRG 28-29-30 - ab intestat: loi nationale - testament selon loi nationale	LHDIP 36 - ab intestat: loi nationale - testament ratt. alternatif (LH 5 octobre 1961) - meubles et immeubles	Projet 44 loi nationale option possible pour loi résid. hab. Réserve hérit. ital. meubles et immeubles

Matière	Pays	COMMON LAW	CONVENTIONS	SYSTEME D'AUTONOMIE
FILIACTION		USA: faveur à l'établissement du lien légitime	-CEDH: 8 et 14 (arrêts Marckx et Johnston) droit à l'établissement du double lien de filiation -C.drts Enf. (1989): 7 et 8	Rattachement de la filiation à la loi de l'union ou à la loi choisie, à défaut, loi commune de résid. hab., à défaut, conflit de lois pers. en faveur loi résid. hab. hypothèses n° 276 ss. - pas d'incidence du divorce.
ADOPTION		Angl.: lieu domicile adoptant + présence enfant "home environment"	LH 15 nov. 1965 projet de convention	- option par les parents adoptants et par les parents biologiques ou l'adopt. majeur. - à défaut, loi commune de résid. hab. la plus proche. - à défaut, conflit de lois en faveur loi résid. hab. adopté.
NOM		Rattachement autonome souplesse du nom	-C.drts Enf. (1989): 7 -Conv. munich (CIEC) 5 sept. 1980: 3 et 1: rattachement autonome, loi nationale	- Rattachement autonome à la loi pers. de l'enfant résultant de l'option de parents entre la loi nat. ou de résid. hab. - subsid., loi de résid. hab.
CAPACITE		Rattachement dépendant de l'institution en cause ( <i>favor validitatis</i> )	contrats entre présents Conv. Rome (1980): 11 loi lieu conclusion	- Rattachement autonome à la loi pers. selon option antérieure ou nouvelle. - subsid., loi de la résid. hab.
MARIAGE				
-Création				
forme		Angl.: <i>-locus</i> : impératif -consulaire: un époux USA: <i>-locus favor matrimonii</i>	LH 14 mars 1978: 2, locus	pas d'option: caractère impératif de l'adage <i>locus</i> , même si plusieurs formes locales, dont consulaires, sont admises.
fond		Angl.: dual domicile doctrine USA: <i>favor matrimonii: locus</i>	LH 14 mars 1978: 3, <i>lex loci celebrationis</i> altern. -drt mat., si ép. nat. ou rés. habit. -règles confl. (var. projet: option)	formalité: dans acte de mariage - option: lois nationales ou résid. hab., même future, si conséquence directe du mariage - domaine: ensemble de la relation et de ses effets sauf option nouvelle
-Effets personnels		Rattachement propre à chaque effet		loi pers. du mariage selon option ou subsidiaire possibilité d'option nouvelle
alimentaires		Compétence juridictionnelle et <i>lex fori</i>	LH 2 oct. 1973: 4,5,6 loi résid. hab. créanc. alim.; à déf., loi nat. com. ou <i>lex fori</i>	loi personnel du mariage sans correction autre que le mécanisme normal des limites internes et externes
patrimoniaux (régimes matrimoniaux)		Règles contractuelles à défaut l.dom.of origin - mutabilité automatique	LH 14 mars 1978: -loi d'autonomie -à défaut, loi lère résid. conj. -mutabilité automatique	- option pour loi nationale ou de résid. hab. - mutabil. volont. (révision) et automat. (conflit mobile) tantôt abstraites, tantôt matérielles acceptées. Pas d'effet rétroact.d'office de mutab. autom.
-Dissolution		question de compétence (domicile) application <i>lex fori</i>	LH 1 juin 1970 sur reconnaissance des divorces et sépar. de corps: 2, condit. alternat. en faveur reconnaissance	- loi pers. du mariage, option nouvelle possible - mutabilité automatique acceptée; si crée une situation boiteuse, loi ayant permis le mariage - même loi pour les effets postérieurs à la dissolution sauf option nouvelle
RELATIONS PARENTS-ENFANTS		Angl.: compétence juridictionnelle: lien le plus étroit; application <i>lex fori</i>	. Conventions de La Haye: -24 oct. 1956 sur la loi applic. oblig. alim. envers enfants: 1 loi résid. habit.enfants -5 oct. 1961 conv. compét. autorités et loi applic.en mat. protect. mineurs -2 oct. 1973 sur loi applic. aux oblig. aliment.: 4, loi résid. hab. créanc. alim. -25 oct. 1980 sur aspects civils enlèv. internat. d'enfants . Conv. europ. Luxembourg, 20 mai 1980 sur reconnais. et exécut. décisions en mat. garde enfants et rétablis. droit garde	- loi pers. de l'enfant, à la naissance: option par parents entre loi(s) nationale(s) et loi résid. hab.enfant - loi de relation parents-enfant (pers. et alimentaire), - loi régissant le rapport de vie commune des parents et de l'enfant, étant la loi choisie ou la loi de résid. hab. commune; à défaut loi de la résid. hab. de l'enfant (également créancier d'aliments) - éventuellement, disposition matérielle de droit aux aliments
DECES		Angl.: <i>- ab intestat</i> : immeubles: <i>lex rei sitae</i> meubles: loi domicile de <i>cujus</i> -testament: LH 1961 et loi normalement applicable	-LH 5 oct. 1961 sur confl. lois en mat. forme des dispo. testam. -Conv. Washington, 26 oct. 1973 sur testament internat. -LH 1 août 1989 sur loi applic. succés. à cause de mort: 5, option loi nat. ou résid. hab. de <i>cujus</i>	Ensemble de la succession régie par: - loi choisie par <i>de cuius</i> entre lois nationale et résid. hab. -à défaut d'option loi résid. hab. de <i>cujus</i> -validité formelle selon <i>lex fori</i> ou loi applicable au fond

**Annexe 3**  
**Questionnaire sur le point de vue du droit musulman**  
(voy. n° 378)

**LA PLACE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE  
DANS LES MATIERES DE STATUT PERSONNEL  
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE**

**Jean-Yves CARLIER**  
(U.C.L. — Belgique)

**Résumé et questions**

L'étude part d'un double constat: l'évolution du phénomène migratoire en Europe occidentale et la privatisation du statut personnel.

L'évolution du phénomène migratoire comporte deux aspects.: d'une part, la sédentarisation d'une population étrangère originaire de pays de droit musulman, principalement le Maroc; d'autre part, la mobilité d'une population étrangère originaire de pays de droit séculier, principalement la Communauté Européenne.

Le statut personnel, entendu au sens du statut de la personne dans sa vie individuelle et relationnelle (naissance, filiation, nom, mariage, divorce, régimes matrimoniaux, décès) relève de plus en plus des intérêts privés de l'homme, réglementés par un droit privé laissant une part importante à la liberté individuelle plutôt que des intérêts des Etats ou de la société réglementés par le droit public.

Dans le droit international privé d'Europe continentale, le principe du droit applicable au statut personnel demeure, comme dans les pays de droit musulman, la loi nationale des intéressés. Ce principe est toutefois largement écarté au profit de la *lex fori* qui coïncide avec la loi de la résidence habituelle, du milieu de vie des migrants. Tant par l'effet de conventions internationales que de législations et jurisprudences nationales, le principe devient l'exception. L'application de la loi de la résidence habituelle prend acte de la sédentarisation des populations immigrées et entend parachever leur intégration. Ce faisant, elle nie le respect des racines culturelles de l'immigré inscrites dans sa loi nationale. L'application de la loi de la résidence habituelle substitue une politique soucieuse des intérêts de l'Etat d'accueil à la politique garantissant les intérêts de l'Etat d'origine par application de la loi nationale. Dans les deux cas, les intérêts privés du migrant concerné sont ignorés.

L'étude propose une voie médiane par le principe d'autonomie de la volonté qui permet à l'intéressé d'opter soit pour la loi nationale, soit pour la loi de la résidence habituelle. Ce choix peut faire l'objet de modifications tantôt automatiques par changement dans la matérialisation du facteur de rattachement (nationalité ou

résidence habituelle), tantôt volontaire par expression d'une option nouvelle par exemple à l'occasion de nouveaux rapports de vie (naissance, mariage, divorce).

La solution proposée s'harmonise avec la tendance dominante des règles de conflit de lois en toute matière: rattacher le rapport de droit concerné à l'ordre juridique le plus proche. L'autonomie de la volonté permet la prise en compte de l'expectative des intéressés dans la matérialisation du principe de proximité. Ce faisant elle renforce l'adhésion du justiciable à la loi régissant ce rapport de vie et partant à sa sanction sous forme de jugement.

La solution proposée n'atteint toutefois à une réelle harmonie de solutions que dans la mesure de son acceptation par les différents Etats concernés: de nationalité et de lieu de résidence. A défaut, elle perpétuerait les nombreuses situations boiteuses connues actuellement.

C'est dans cette mesure que se posent des questions relatives aux Etats de droit musulman:

1. Le principe de l'option de droit entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle est-elle admissible pour un musulman dans la mesure où elle peut entraîner option pour un droit laïcisé?
2. S'agissant de reconnaître dans un Etat de droit musulman une situation juridique (mariage, divorce) créée à l'égard de musulmans, dans un Etat de droit laïcisé et, selon ce droit, cette reconnaissance est-elle plus facile à envisager:
  - si l'application du droit laïcisé résulte d'une application imposée par l'Etat concerné de la loi de la résidence habituelle?
  - si l'application du droit laïcisé résulte d'une option des personnes concernées pour ce droit?
3. Le principe de l'option de droit peut-il, pour le mariage, correspondre à l'optique contractuelle du mariage musulman permettant d'inclure dans le contrat de mariage des dispositions relatives aux personnes, par exemple le refus de la polygamie?
4. Concrètement, s'agissant d'une jeune Marocaine née en Belgique de parents marocains, est-il préférable que son mariage avec un autre jeune Marocain soit régi d'office par le droit belge ou qu'elle puisse choisir entre les deux droits et, par exemple, opter pour le droit belge tout en célébrant également un mariage religieux ou opter pour le droit marocain en prévoyant dans leur contrat l'exclusion de la polygamie ou de la répudiation?
5. Considérez-vous que le rattachement du droit familial à la vie privée relève d'une conception laïcisée du droit fondamentalement contraire au droit musulman?
6. Considérez-vous que lorsque l'option de droit entraîne le choix du droit de l'Etat de résidence habituelle, il y a apostasie dans le chef d'un musulman lorsque ce droit est un droit laïcisé et alors que ce musulman se considère toujours comme croyant?
7. En conséquence, considérez-vous que ce choix doit être sanctionné par la non-reconnaissance dans un pays de droit musulman des situations juridiques

acquises selon ce droit (mariage, divorce, succession) ou que ce choix ne doit pas entraîner la non-reconnaissance des droits acquis dans un pays étranger?

8. La religion est-elle une question personnelle entre Allah et le croyant?
9. Qu'est-ce qui est davantage contraire au droit musulman:
  - l'acquisition de la nationalité du pays de résidence habituelle de droit laïcisé entraînant, dans ce pays, l'application de ce droit?
  - l'option pour le droit laïcisé du pays de résidence habituelle tout en conservant la seule nationalité d'origine d'un pays de droit musulman?La reconnaissance des situations acquises dans le pays de résidence habituelle, selon le droit de ce pays, sera-t-elle refusée dans les deux cas?
10. Croyez-vous que les problèmes des couples mixtes, par exemple un Marocain et une Belge, trouveraient des solutions mieux adaptées si les litiges étaient portés devant des commissions mixtes d'arbitrages composées de juges marocains et belges? Une telle commission pourrait-elle appliquer le droit choisi par le couple et, à défaut, une forme de droit transnational ou composite tendant à respecter les particularités en présence?
11. Quelles remarques suscitent pour vous la lecture de ce résumé et des questions?

## BIBLIOGRAPHIE

La bibliographie est simplement *alphabétique* sans distinction entre les traités, monographies, articles, afin de faciliter la recherche des références citées par le nom de l'auteur.

- AGO R., «Règles générales des conflits de lois», *R.C.A.D.I.*, t. 58, 1936, IV, pp. 245-469.
- AGUILAR NAVARRO M. (dir.), *Lecciones de derecho civil internacional español*, Madrid, Univ. Complutense, 1983, 493 p.
- ALAOUI B., «La loi personnelle dans les relations franco-marocaines en droit international privé français et marocain», *Thèse*, Paris II, 1978, dactyl. 290 p.
- AMSELEK P., «L'étonnement devant le droit», *Archives du droit*, 1968, pp. 163-183.
- ANCEL B. et LEQUETTE Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Sirey, 1987, 558 p.
- ANSAY T., «Legal problems of Migrant Workers», *R.C.A.D.I.*, t. 156, 1977, III, pp. 1-78.
- ARMAND-PREVOST M., RICARD D., «Le contrat déstabilisé. De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel», *J.C.P.*, 1979, I, 2952.
- ARMINJON P., «Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de juridictions auxquels ils donnent lieu», *R.C.A.D.I.*, t. 74, 1949, I, pp. 73-190.
- ARNAUD A.J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J.; Bruxelles, Story-Scientia, 1988, 487 p.
- AUBRY C., «Le domaine de l'autonomie en droit international privé», *Journal de droit international privé*, 1896, p. 465-481 et 721-745.
- AUDIT B., - «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise» des conflits de lois)», *R.C.A.D.I.*, t. 186, 1984-III, pp. 229-398 [cité: «Le caractère fonctionnel»].  
- «Flux et reflux de la crise des conflits de lois», *Travaux du Comité Français de droit international privé*, C.N.R.S., Journée du Cinquantenaire, 1988, pp. 59-78.
- AUGE G., «Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius», *Archives du droit*, 1968, pp. 99-114.

- BAKAN D., *Freud et la tradition mystique juive*, Paris, Payot, 1964, 262 p.
- BALLION F., «La pratique judiciaire et administrative et le droit maghrébin des personnes dans l'arrondissement judiciaire de Bruxelles», *J.J.P.*, 1989, pp. 69-94.
- BALTA P., - *L'Islam dans le monde*, Paris, La Découverte, 1986, 381 p.  
- *Le grand Maghreb. Des indépendances à l'an 2000*, Paris, La Découverte, 1990, 326 p.
- BARILE G., «La fonction historique du droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 116, 1965, III, pp. 305-376.
- BASEDOW J., «Les conflits de juridictions dans la réforme du droit international privé allemand», *R.C.D.I.P.*, 1987, pp. 77-92.
- BASTENIER A., «L'affaire Salman Rushdie et l'immigration en Europe», *Revue Nouvelle*, avril 1989, p. 3.
- BASTENIER A. et DASSETTO F.,  
- *L'Islam transplanté. Vie et organisation des minorités musulmanes de Belgique*, EVO/EPO, Anvers, Bruxelles, 1984, 200 p.  
- «Organisations musulmanes en Belgique et insertion sociale des populations immigrées», *R.E.M.I.*, 1985, vol. 1, n° 1, pp. 9-22.  
- «Quelques aspects démographiques, culturels et sociaux de l'immigration arabe en Belgique», in KHADER B. et ROOSENS Cl., *La Belgique et le monde arabe*, Louvain-la-Neuve, Académia, 1990, pp. 157-171 [cité: «Quelques aspects»].  
- «Organisations musulmanes de Belgique», in KHADER B. et ROOSENS Cl., *La Belgique et le monde arabe*, Louvain-la-Neuve, Académia, 1990, pp. 173-185 [cité: «Organisations musulmanes»].
- BASTENIER A. et DASSETTO F. (dir.),  
*Immigration et nouveaux pluralismes. Une confrontation de sociétés*, Bruxelles, De Boeck, 1990, 271 p.
- BATIFFOL H., - *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, Sirey, 1938, 500 p.  
- *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, Collection philosophique du Droit, n° 4, 1956, 346 p. [cité: «Aspects philosophiques»].  
- «Principes du droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 97, 1959, II, 431-573 [cité: «Principes»].  
- «Le pluralisme des méthodes en droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 139, 1973, pp. 75-147 [cité: «Pluralisme des méthodes»].  
- «L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française», *Festschrift Hausteward*, Verlag Helbing & Lichtenbahn, Bâle, 1953, pp. 219 ss.; repris in *Choix d'articles*, L.G.D.J., 1976, p. 265-270.  
- «Sur la signification de la loi désignée par les contractants», *Studi in onore di Tomaso Perani*, Giuffrè, Milano, 1957, I, p. 183; repris in *Choix d'articles*, p. 271-280.

- «Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats», in *Mélanges Maury*, 1960, I, p. 19; *Choix d'articles*, p. 250-264 [cité: «Subjectivisme et objectivisme»].
- «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», *Mélanges Kollwijn et Offerhaus*, N.T.I.R., Leyden, 1961, p. 55; *Choix d'articles*, p. 303-314.
- «Les chances de la loi nationale», *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Gent, 1965, t. I, pp. 151-162.
- «La crise du contrat et sa portée», *Archives du droit*, 1968, pp. 13 ss.
- «La pensée juridique et ses problèmes. Convergences et divergences dans le développement actuel du droit», *Revue des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1972, p. 141; *Choix d'articles*, p. 425-434.
- «L'avenir du droit international privé», *Annuaire I.D.I.*, Genève, 1973 (livre du Centenaire); *Choix d'articles*, p. 315-331.
- «Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit», in *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Paris, Vrin, 1973, p. 307; Colloque du Centre International de synthèse, juin 1970, *Choix d'articles*, p. 335-446.
- «Données récentes du droit international privé des contrats en U.R.S.S.», *Clunet*, 1975, p. 1; *Choix d'articles*, p. 293-302.
- «Signification de l'égalité pour la philosophie du droit», in *Dialogue en sciences humaines*, Facultés Universitaires St. Louis, 1975, p. 132; *Choix d'articles*, p. 447-456.
- «Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale», in *XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in honour of Hessel E. Yntema*, A.W. Sijthoff, Leyden, 1961, pp. 295 ss.; *Choix d'articles*, p. 213-224.
- «The objectives of private international law», *A.J.C.L.*, vol. 15, 1966-1967, p. 159; *Choix d'articles*, pp. 34-36.
- «Réflexions sur une préface», in *Etudes juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière*, 1964, p. 37; *Choix d'articles*, p. 137-144.
- «Analogies et relations entre raisonnements sur les principes et raisonnements sur les fins», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 43-54.
- «La loi personnelle», cours dactyl., s.d., 2 vol., 239 p.

BATIFFOL H. et LAGARDE P.,

- *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 7e éd., t. I, 1981 et t. II, 1983, 692 p.

BENATTAR R.,

- «Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les pays de droit personnel», *R.C.A.D.I.*, t. 121, 1967, pp. 1-111.
- «L'ordre public et la reconnaissance des "divorces privés"», in *Multitudo Legum, Ius unum, Mélanges Wengler*, Berlin, Interrecht, 1973, vol. II, pp. 177-190.

- BERNARD J.-P., «Autonomie», in *Nouvelle histoire des idées politiques*, Dir. Pascal ORY, Paris, Hachette, 1987, pp. 519-524.
- BESNIER J.-M., THOMAS J.-P., *Chronique des idées d'aujourd'hui*, P.U.F., 1987, 196 p.
- BEUDANT Ch., *Le droit individuel et l'Etat*, Paris, Rousseau, 1891, 289 p.
- BLANC F.P., *Les obligations et les contrats en droit marocain. D.O.C. annoté*, Casablanca, Sochepress-Université, 1989, 827 p.
- BOGDAN M., «Nationality as a connecting factor in Swedish private international law», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 679-693.
- BORN H. et FALLON M., «Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international», (1978-1982), *J.T.*, 1983, pp. 181-188, 197-225, 229-235. (1983-1987), *J.T.*, 1987, pp. 457-462, 473-485, 493-498.
- BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris, Mouton, 1977, 708 p.
- BOULANGER F., «Essai comparatif sur la notion de statut personnel dans les relations internationales des pays d'Afrique noire», *R.C.D.I.P.*, 1982, pp. 647-668.
- BOUREL P., - «L'état actuel des travaux dans la C.E.E. sur les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles», in RIGAUX Fr. (Ed.), *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, pp. 96-124.  
- «Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 214, 1989, II, pp. 251-398.
- BRAUN F., Rapport d'experts établi à la demande de la Commission des Communautés européennes: «Politique d'immigration et intégration sociale des immigrés dans la Communauté européenne», Bruxelles, 28 septembre 1990, SEX (90) 1813, 51 p. [cité: «Rapport Braun»].
- BRILMAYER L., «Post-modernism in American Choice of Law», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 695-705.
- BROCHER Ch., *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit français*, Paris, Thorin; Genève, Georg, 1882-1885, 3 vol., 460, 436 et 369 p.
- BRODERICK J.A. O.P., «La notion d'«institution» de Maurice Haurdou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français», *Archives du droit*, 1968, pp. 143-160.
- BUREAU D., «L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse», *Clunet*, 1990, pp. 317-364.
- BUSTAMANTE Y SIRVEN A.S. (De), *Projet de Code de droit international privé*, trad. française par P. GOULE, Paris, Sirey, 1925, 280 p.

- CALEB M., *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Thèse, Paris, Sirey, 1927, 490 p.
- CANIVET M., *Justice et bonheur chez Rawls et chez Kant*, Louvain-la-Neuve, Centre de philosophie des sciences, 1981, 26 p.
- CAPRASSE P., *Autonomie et socialité*, Pour une contribution à la pensée de la démocratie, Mémoire présenté dans le cadre de l'épreuve préparatoire au doctorat, septembre 1986, U.C.L., polyc., 62 p.
- CARILLO SALCEDO J.A., *Derecho internacional privado. Introduccion a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1976, 2e éd., 375 p.
- CARL B.M., «Unification of P.I.L. in Western Hemisphere», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 707-722.
- CARLIER J.Y., - «La nationalité marocaine», in *Jurisclasseur Nationalité*, Paris, Ed. Techniques, 1984, 17 p.  
 - «La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié?», *J.T.*, 1985, p. 101-108 [cité: «Répudiations»].  
 - «Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger», *R.T.D.F.*, 1991 (à paraître).
- CARLIER J.Y. et VERWILGHEN M. (dir.), *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1989, 170 p.
- CASTEL J.G., «The unification of private international law rules in Canada», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 723-734.
- CASTRO L., «Deux ouvrages récentes sur l'idée de contrat», *Archives du droit*, 1968, pp. 51-58.
- CEDIDAC, Centre du droit de l'entreprise, *Le nouveau droit international privé suisse*, Travaux des Journées d'études des 9-10 octobre 1987, Université de Lausanne, 1988, 344 p. [cité: «CEDIDAC»].
- CHABI D., *La réforme du divorce international français et ses incidences juridiques sur le statut personnel des marocains établis en France*, Mémoire ENAP, Rabat, 1982, polycop., 250 p.
- CHAMARI A.C., *La femme et la loi en Tunisie*, Casablanca, UNU-Le Fennec, 1991, 172 p.
- CHAMPCOMMUNAL J., «Le ménage à nationalités différentes», *Revue de d.i.p.*, 1929, pp. 1-24.
- CHARDIN N., *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Paris, L.G.D.J., 1988, 329 p.

- CHARFI M., «L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans», *R.C.A.D.I.*, t. 203, 1988, pp. 321-454.
- CHARLES R., *Le droit musulman*, P.U.F., Q.S.J., Paris, 1979, 127 p.
- CHEHATA Ch., - «Le concept de contrat en droit musulman», *Archives du droit*, 1968, pp. 129-141.  
- *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Paris, Sirey, 1969, 367 p.
- CHEMILLIER-GENDREAU M., «Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et réfugiés», in *Mélanges Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 61-178.
- CHESHIRE & FIFOOT, *Law of contract*, 9e éd., par M.P. FURMSTON, London, Butterworths, 1976, 694 p.
- CHESHIRE & NORTH, *Private International Law*, 11e éd., London, Butterworths, 1987, 940 p.
- COLLOQUE de Royaumont, *Sur l'individu*, Seuil, 1987, 122 p.
- COLLOQUE de l'Académie de droit international, *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, The Hague, Boston, London, Nijhoff, 1984, 491 p.
- COLOMER A., *Droit musulman*, t. I, Les personnes, La Famille, Rabat, La Porte, 1963, 214 p.
- COMMISSARIAT ROYAL A LA POLITIQUE DES IMMIGRES,  
- 1er Rapport: *L'intégration: une politique de longue haleine*, novembre 1989, 3 vol. [cité: C.R.I., 1er Rapport].  
- 2ème Rapport: *Pour une cohabitation harmonieuse*, mai 1990, 3 vol. [cité: «C.R.I., 2e Rapport»].  
- 3ème Rapport: *Suite donnée aux propositions* (vol. 1); *Aspects financiers et économiques* (vol. 2); *Immigrés et santé en communauté française* (vol. 3), décembre 1990 [cité: «C.R.I., 3e Rapport»].  
Diffusion: Institut belge d'information et de documentation, Bruxelles.
- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME,  
*1989. Les droits de l'homme en question*, Livre blanc, Paris, Documentation française, 1989, 379 p.
- CONFERENCE de La Haye de droit international privé,  
*Actes et Documents*, 13e session, 1976, t. III, Mariage, La Haye, 1978, 317 p.
- CORNU G., - *Cours de droit civil*, Paris, Cours de droit, doctorat, Paris II, 1970-1971, polycop., 240 p.  
- «Droit civil», t. 2, *La Famille*, Paris, Montchrestien, 1984, 657 p.
- CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 1987, 839 p.

- CURTI-GIALDINO A., «La volonté des parties en droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 137, 1972, III, pp. 743-921.
- DABIN J., - *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, 424 p.  
- «Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes mœurs, sanction de la dérogation aux lois, en droit privé interne», *Annales de droit et de science politique*, Louvain, t. VIII, 1940, pp. 190-247 [cité: «Autonomie de la volonté»].
- DEBY-GERARD F., *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, 1973, 457 p.
- de BURLET J., - *Précis de droit international privé congolais*, Université Lovanium, Kinshasa, Bruxelles, Larcier, 1971, 370 p.  
- *Traité de l'Etat civil*, t. II, «Les relations internationales», Bruxelles, Larcier, 1987, 233 p.  
- Voir Verwilghen.
- DECROUX P., - «Le droit international privé marocain et les mariages mixtes», *Rev. jur. et pol., Indépendance et coopération*, 1968, pp. 863-909.  
- «Le droit international privé marocain, son évolution de 1956 à 1981», in *Colloque sur vingt-cinq ans de droit marocain, R.M.D.*, 1981, 10, pp. 153-170 et *Clunet*, 1983, pp. 346-359.  
- «La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire», *Clunet*, 1985, pp. 49-101 [cité: «La convention franco-marocaine»].
- DEELEN J.E., «Nationalité et milieu», in *De conflictu legum*, Mélanges Kollewijn et Offerhaus, N.T.I.R., 1962, pp. 103-117.
- DELAUME G.R., «L'autonomie de la volonté en droit international privé», *R.C.D.I.P.*, 1950, pp. 321-340 (Rapport présenté au Congrès International de Droit Comparé, Londres, 1950).
- DEMANGEAT Ch., «Introduction», Premier numéro du *Clunet (Journal de droit international privé)*, 1874, pp. 7-16.
- DE MOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, 681 p.
- DE PAGE H., - *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II «Les personnes», 4ème éd. par MASSON J.P., Bruxelles, Bruylant, 1990, 2 vol., 1619 p. [cité: «DE PAGE, t. II»].  
- *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1957, 242 p. [cité: «L'obligation abstraite»].
- DEPREZ J., - «Bilan de vingt-cinq années de droit international privé au Maroc», in *Colloque sur vingt-cinq ans de droit marocain, R.M.D.*, 1981, 10, pp. 125-151.  
- «Environnement social et droit international privé. Le droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale», in *Droit et environnement social au*

- Maghreb*, Colloque des 10-11-12 décembre 1987, Paris, C.N.R.S. et Casablanca, Fondation du Roi Abdul Aziz Al Saoud, 1989, pp. 281-330.
- «Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)», *R.C.A.D.I.*, t. 211, 1988, IV, pp. 9-372 [cité: «Droit international privé et conflits de civilisations»].
- DESPOTOPOULOS C., «La notion de synallagma chez Aristote», *Archives du droit*, 1968, pp. 115-127.
- DE WINTER L.I., - «Nationality or Domicile, The present state of affairs», *R.C.A.D.I.*, t. 128, 1969, III, 349-503 [cité: «Nationality or Domicile»].
- «Le principe de la nationalité s'effrite-t-il peu à peu?», in *De Conflictu Legum*, N.I.L.R., 1962, pp. 514-528, et in *Naar een sociaal I.P.R.*, Kluwer, 1979, pp. 89-103 [cité: «Le principe de nationalité»].
- «De maatschappelijke woonplaats als aanknopingsfactor in het internationaal privaatrecht», Discours inaugural à l'Université d'Amsterdam, Leiden, 1962, in *Naar een sociaal I.P.R.*, Kluwer, 1979, pp. 104-121.
- «Note sur la doctrine de la loi de la prestation caractéristique», octobre 1970, C.E.E., Obligations contractuelles et non contractuelles, *Travaux préparatoires*, vol. V, Doc. XIV/18079/70-F, 11 p.
- DIAMOND A.L., «Harmonization of Private International Law Relations to Contractual Obligations», *R.C.A.D.I.*, t. 199, 1986-IV, pp. 233-312.
- DICEY A., *A Digest of the Law of England with reference of the Conflict of Laws*, London, Stevens & Sons Ltd., 10e éd., 1980, 2 vol.
- DICEY and MORRIS, *On Conflict of Laws*, London, Stevens & Sons Ltd., 9e éd., 1973, supplément 1980, 1205 p.
- DOCUMENTATION sur le statut juridique des musulmans en Belgique, U.C.L., Louvain-la-Neuve, 1990, 346 p. [cité: Documentation].
- DONNEDIEU de VABRES H., *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*, Paris, Sirey, 1938, 781 p.
- DROZ G.A.L., - «Le statut personnel des musulmans originaires d'Algérie résidant en France», in *Multitudo legum Ius unum, Mélanges Wengler*, Berlin, Interrecht, 1973, vol. II, pp. 235-250.
- «Les règles du traité C.E.E. sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», in RIGAUX (Ed.), *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, pp. 49-76.
- «La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et

- l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *R.C.D.I.P.*, 1989, pp. 1-52.
- «La Convention de San Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano», *R.C.D.I.P.*, 1990, pp. 1-21.
- DUBBINK C.W., «L.I. de Winter 1911-1972», in *Naar een sociaal I.P.R., een keuz uit het werk van L.I. de Winter*, Kluwer, 1979, pp. IX-XIV.
- DUFOUR A., «La théorie des sources du droit dans l'Ecole de droit historique», *Archives du droit*, 1982, pp. 85-119.
- DUMONT L., *Essai sur l'individualisme*, Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne, Paris, Seuil, 279 p.
- DUPUY J.-P., «Vers une science de l'autonomie», in *Ordres et désordres*, Paris, Le Seuil, 1982, pp. 109-124.
- DUTOIT B., «Le nouveau droit international privé suisse de la famille», in *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausanne, CEDIDAC, 1988, pp. 27-57.
- DYER A., «Rapport sur les conflits de lois en matière de mariage et sur la reconnaissance à l'étranger de décisions relatives à l'existence ou à la validité des mariages», Conférence de La Haye, *Actes et Documents*, treizième session, 1976, t. III, pp. 14-64.
- EKELMANS M., «La théorie des droits acquis et son influence en droit international privé belge et français», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 735-744.
- EHRENZWEIG A., «La loi du forum compétent. L'harmonie ultime des règles de conflits de lois et de conflits de juridictions», *Mélanges Baron Louis Fredericq*, Gent, 1965, t. I, p. 399.
- ELGEDDAWY K., *Relations entre systèmes confessionnels et systèmes laïques en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1971, 234 p.
- ERAUW J., - *Beginselen van Internationaal Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 344 p. [cité: «Beginselen»].  
 - «De verloving in het I.P.R. met enkele beschouwingen over het concubinaat», *R.W.*, 1982, 1983, col. 2721-2736.  
 - «De eerste passen in de lange mars tegen legal kidnapping: het Europees Verdrag van 20 mei 1980 in werking», *R.W.*, 1985-1986, col. 1973-1986.  
 - «Een nieuw geplande regeling in België van de internationale adopties. Een analyse», *R.W.*, 1986-1987, col. 2065-2086.  
 - «De nood aan codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 745-761.

- FADLALLAH I., *La famille légitime en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1977, 393 p.
- FALLON M., - «Les heures sombres du facteur de la nationalité en droit international privé belge», *J.T.*, 1978, pp. 641-646.  
 - «La théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales», *R.T.D.F.*, 1983, pp. 133-148 [cité: «La théorie de l'adaptation»].  
 - «Un «Restatement» européen du droit des conflits de lois en matière de contrats (La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles)», *Assuntos Europeus*, 1984, pp. 155-181 [cité: «Un restatement»].  
 - «La compétence des tribunaux belge en matière de divorce d'époux de nationalités différentes lorsque le demandeur est belge», *J.T.*, 1986, pp. 245-251.  
 - «Actualité du divorce international dans la jurisprudence belge», *R.T.D.F.*, 1986, pp. 428-438.  
 - «Les règles d'applicabilité en droit international privé», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 285-322.  
 - «Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1980-1987)» (Chronique de jurisprudence), *R.T.D.F.*, 1988 [cité: «Chronique relations familiales (1980-1987)»].  
 - «L'application de l'article 3, alinéa 3 du Code civil par la jurisprudence belge du XIXe siècle», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 765-782.  
 - Voy. aussi BORN et HANOTIAU.
- FARACO DE AZEVEDO P., *Recherches sur la justification de l'application du droit étranger chez les anglo-américains et leurs antécédents hollandais*, Louvain, Centre de droit international, 1971, 157 p.
- FENET P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Ducessoi, Guyot, Marchand, 1827, 14 vol.
- FERRER CORREIA A., «Les problèmes de codification en droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 145, 1975, II, pp. 57-205.
- FERRY J.M., *Habermas l'éthique de la communication*, Paris, P.U.F., 1987, 587 p.
- FLESSNER U.A., «Fakultatives Kollisionsrecht», *RechtsZ.*, 1970, pp. 547-584.
- FLOUR J. et AUBERT J.L., *Droit civil, Les obligations*, vol. I, L'acte juridique, Paris, Armand Colin, 6e éd., 1986, 427 p.
- FOBLETS M.CI., - «Réalité du droit marocain dans l'ordre juridique belge: l'anthropologie juridique au service du praticien du droit», in GAUDIER J.P. et HERMANS Ph., *Des Belges marocains*, Bruxelles, De Boeck, 1991, pp. 171-197.  
 - «Quelques réflexions à propos de la régulation rétroactive des mariages solo consensus», *R.D.E.*, 1990, pp. 354-357.

- FOULQUIE P., *La volonté*, Paris, P.U.F., 1968, 128 p.
- FOYER J., - «La réforme du droit de la filiation et le droit international privé», *Travaux du Comité français de droit international privé*, C.N.R.S., 1969-1971, pp. 107-142.
- «L'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles», *Clunet*, 1976, pp. 555-652 [cité: «L'avant-projet CEE»].
- «Problèmes de conflits de lois en matière de filiation», *R.C.A.D.I.*, t. 193, 1985, IV, pp. 9-118.
- FRANCESCAKIS P., - V° «Statut personnel», *Répertoire de droit international*, II, 1969 [cité: «Statut personnel»].
- «La Convention de La Haye de 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1959, pp. 151-174.
- «Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1962-1964, pp. 291-323.
- «Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire indépendante», *R.C.A.D.I.*, t. 112, 1964, II, pp. 269-361.
- GALVADA A., «Remarques sur l'arrêt Rivière», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1954, Paris, Dalloz, 1955, pp. 115-148.
- GANAGE P., «La coexistence des droits confessionnels et les droits laïcisés dans les relations privées internationales», *R.C.A.D.I.*, t. 164, 1979, III, pp. 339-423.
- GARAPON A., «La notion d'engagement dans la justice française contemporaine», *Droit et Cultures*, 13, 1987, pp. 51-57.
- GANSHOF L.F., «La règle alternative de conflit en matière de filiation», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 323-332.
- GAUDEMET-TALLON H., - «Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux: tendances actuelles en droit comparé», *Travaux du Comité français de droit international privé*, C.N.R.S., 1969-1971, pp. 197-228.
- «Le nouveau droit international privé européen des contrats», *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, pp. 215-285.
- GAUDIER J.P. et HERMANS Ph., *Des Belges marocains*, Bruxelles, De Boeck, 1991, 273 p.
- GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Essai critique, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, t. 2, 422 p.
- GIULIANO M., «La loi d'autonomie: le principe et sa justification théorique», *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1979, pp. 217-235.
- GLENN H.P., - «La capacité de la personne en droit international privé français et anglais», *Bib. de droit international privé*, vol. XX, Paris, Dalloz, 1975, 284 p. [cité: «La capacité»].

- «Le droit international privé du divorce et de la filiation adoptive: un renversement de la méthodologie conflictuelle», *Rev. gén. de droit*, Canada, 1988, pp. 359-372.
- GOLDMAN B., «La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives», in RIGAUX (Ed.), *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, pp. 209-266.
- GONZALES CAMPOS J.D., «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 156, 1977, II, pp. 227-376.
- GOODY J., *L'évolution de la famille et du mariage en Europe*, Paris, Armand Colin, 1985, 303 p.
- GOTHOT P., - «La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1975-1977, pp. 201-232; *Riv. di dir. int. priv. e proc.*, 1979, p. 51.
- «François Laurent: entre la religion de l'avenir et le présent de la loi», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 69-80.
- GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912, 470 p.
- GOYARD-FABRE S., «Les sources du droit et la "révolution copernicienne": quelques réflexions sur Kant et Rousseau», *Archives du droit*, 1982, pp. 67-83.
- de la GRASSERIE R., «De la volonté comme source du droit», *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1911, pp. 300-317, 597-617; 1912, pp. 98-112, 246-254, 370-378; 1913, pp. 84-96 [cité par l'année et la page].
- GRAULICH P., - *Introduction à l'étude du droit international privé*, Liège, 1978, 153 p. [cité: «Introduction»].
- «Règles de conflit et règles d'application immédiate», *Mélanges Dabin*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, t. II, 1963, pp. 629-645.
- «La signification actuelle de la règle de conflit», *Annales de Droit de Liège*, 1988, pp. 9-15 et in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz-Litac, 1983, pp. 295 ss.
- GUTZWILLER M., «Le développement historique du droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 29, 1929, IV, pp. 287-400.
- HACHEM M.E.A., «Convention franco-tunisienne du 28 juin 1972», in *Jurisclasseur Droit international*, Paris, Ed. Techniques, fasc. 594, 1984, 13 p.
- HAMBRO E., «The relations between international law and conflict law», *R.C.A.D.I.*, t. 105, 1962, I, pp. 7-68.

- HANOTIAU B., - *Le droit international privé américain*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1979, 378 p.
- «Examen de jurisprudence - Droit international privé - Les personnes et les relations familiales (1974-1979)», *R.T.D.F.*, 1980, p. 235.
- HANOTIAU B. et FALLON M., «Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles (1965-1985)», *J.T.*, 1987, pp. 117-124 [cité: «Chronique obligations (1965-1985)»].
- HAYEK F.A., *Droit, législation et liberté*,  
vol. I, Règles et ordre, Paris, P.U.F., 1980, 208 p.  
vol. II, Le mirage de la justice sociale, Paris, P.U.F., 1982, 221 p.  
vol. III, L'ordre politique d'un peuple libre, Paris, P.U.F., 1983, 253 p.
- HERAUD G., «Analyse critique du concept subjectif de nation», *Mélanges Montane de la Roque Pierre*, t. I, Toulouse, Presse de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, 1986, pp. 149-164.
- HOLLEAUX D., FOYER J., de GEOUFFRE de la PRADELLE G.,  
*Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, 667 p.
- HUBERT, *Praelectiones*, Liber I, tit. III, De conflictu legum, n° 2, t. II, Ed. Louvain, 1766.  
- Trad. anglaise in CLEWALYN-DAVIS, in *B.Y.I.L.*, 1937, 49-78.
- HUISMAN B. et SALEM J., *Les philosophes et la liberté*, Paris, Br. Huisman, 1982, 304 p.
- INTERNATIONAL ENCYCLOPEDEY OF COMPARATIVE LAW,  
Tubingen, Mohr; The Hague, Boston, London, Nijhoff.  
Publié à différentes dates par volumes et chapitres. Citée par le nom de l'auteur du chapitre [cité: «Int'l Encycl.»].
- ISSAD M., - *Droit international privé*, Alger, OPU, 1986, t. I, 336 p. et t. II, 226 p.  
- «Le rôle du juge et la volonté des parties dans la rupture du lien conjugal», *R.A.S.J.E.P.*, 1968, pp. 1066-1090.
- JACQUET J.M., *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983, 342 p.
- JAYME E., «L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées», *I.D.I.*, Session de Bâle, Travaux préparatoires, vol. 64-I, 1991, pp. 14-79.
- JEANMART N., *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Bruxelles, Larcier, 2e éd., 1986, 352 p.
- JESSURUN d'OLIVEIRA H.U., - *De antihiesregel. Een paar aspecten van de behandeling van buitenlands rechts in het burgerlijk proces*, Deventer, 1971, 497 p.

- «Observation concerning the preliminary draft E.E.C. Convention on the law applicable to contractual and extra-contractual obligations», *N.I.L.R.*, 1975, pp. 193-197.
  - «Kiesrecht voor niet-nationalen», *Netherlands Juristenblad*, 38, 19 (1983), pp. 598-603.
  - «Principe de nationalité et droit de nationalité, Notes de lecture au sujet du droit civil international de François Laurent», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 819-836.
  - «Le bassin du Rhin, sa pollution et le droit international privé», in *La réparation des dommages catastrophiques*, XIIIe Journées J. Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 157-181.
- JESSURUN d'OLIVEIRA H.U., KOTTING R., BERVOETS Th.M., DE BOER Th. M., *Partij-involed in het internationaal privaatrecht*, 1949-1974, Deventer, Kluwer, 1974, 72 p.
- JITTA J., *La méthode en droit international privé*, La Haye, Belinfante Frères, 1890, 499 p.
- JOBARD-BACHELIER M.N., *L'apparence en droit international privé: Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1984, 425 p.
- JONES H., «EYNAAAΓMA et consensualisme dans le droit romain des contrats», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 397-424.
- JUENGER F.K., «General course on private international law», *R.C.A.D.I.*, t. 193, 1985, IV, pp. 119-388.
- KALENSKY M., «Evolution towards international unification in private international law of the socialist states in Central and Eastern Europe», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 861-868.
- KANT E., *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, trad. A. PHILONENKO, Paris, Librairie J. Vrin, 1971, 279 p.
- KARRER et ARNOLD, *Switzerland's Private International Law Statute*, Boston, Deventer, Kluwer, 1989, 282 p.
- KEGEL G., «Fundamental Approaches», *International encyclopedia of comparative law*, vol. III, ch. 3, 1985, 77 p.
- KELSEN H., «Théorie générale de droit international public», *R.C.A.D.I.*, t. 42, 1932-IV, pp. 121-351.
- KNOEPFLER F. et SCHWEIZER P., «La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale)», *R.C.D.I.P.*, 1988, pp. 207-235.
- KOSTERS J. et BELLEMANS F., *Les conventions de La Haye de 1902 à 1905 sur le droit international privé. Recueil de législation et de jurisprudence*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1921, 1357 p.

- KÖTTERS U., *Parteiautonomie und Anknüpfungsmaximen. Ein Vergleich des deutschen und U.S.-Amerikanischen internationalen Familien- und Erbrechts*, Peter Lang, Frankfurt-am-Main, 1989, 169 p.
- KOTZ H., «La révision du Code civil allemand: Expériences et Projets», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 543-553.
- LABRUSSE-RIOU C., - «La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère», *Travaux du Comité français de droit international privé*, C.N.R.S., 1975-1977, pp. 111-133 [cité: «LABRUSSE-RIOU»].  
- *Droit de la famille. Les personnes*, Paris, Masson, 1984, 422 p. [cité: «Les personnes»].
- LAGARDE P., - «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *R.C.A.D.I.*, t. 196, 1986, III, pp. 9-238 [cité: «Principe de proximité»].  
- *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 2e éd., 1989, 383 p. [cité: «Nationalité française»].  
- «La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *R.C.D.I.P.*, 1989, pp. 249-279.  
- «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *R.C.D.I.P.*, 1991, pp. 287-340 [cité: «Le nouveau droit international privé des contrats...»].  
- Voir BATIFFOL H. et LAGARDE P.
- LAHLOU N., *La condition de la loi étrangère en droit international privé. Essai d'étude comparative de droit international privé français et marocain*, Thèse, Paris, II, 1981, polycop., 396 p.
- LAINÉ A., - *Introduction au droit international privé*, Paris, F. Pichon, 1888-1892, rééd. Verlag Detlev Auverman KG., 1970, 2 vol., 433 p. et 434 p. [cité: «LAINÉ»].  
- «La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé», *Rev. dr. int. pr. et dr. pénal int.*, 1905, pp. 21-60 [cité: «La rédaction du Code civil»].
- LANDO O., - «Party autonomy in the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations», in RIGAUX (Ed.), *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, pp. 191-208.  
- «Principles of European Contract Law», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 555-568.
- LAPANNE-JOINVILLE J., «Les conventions annexes au contrat de mariage (Tatawwn'at) en droit musulman malékite», *Revue algérienne, tunisienne, marocaine de législation et de jurisprudence*, 1954, pp. 112-125.
- LAURENT F., - *Principes de droit civil*, Bruxelles et Paris, Bruylant et Marescq, 4e éd., 1887, 33 vol., [cité: «Principes»].

- *Le droit civil international*, Bruxelles et Paris, Bruylant et Marescq, 1880-1882, 8 vol. [cité: «Le droit civil international»].
- LENAERTS K., - «Le statut du droit étranger en droit international privé belge - Vers un nouvel équilibre?», *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 528-555.
- Voy. aussi VAN HECKE.
- LENOBLE J., - «La répudiation en droit international privé belge», *J.T.*, 1975, pp. 165 ss.
- LEQUETTE Y., - «L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première Chambre civile des 11 et 18 octobre 1988)», *R.C.D.I.P.*, 1989, pp. 277-339.
- Voir ANCEL B.
- LEVY P.-M., - *Des manifestations tacites de volonté en matière civile et commerciale*, Thèse de doctorat, Faculté de Droit de Dijon, Lyon, Bosc Frères et Riou, 1977, 175 p.
- LEWALD H., - «Règles générales des conflits de lois - Contribution à la technique du droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 69, 1939, III, pp. 1-147 [cité: «Règles générales»].
- «Conflits de lois dans le monde grec et romain», *Αρχαίον Ιστορικού Δικαίου*, t. 13, 1946, pp. 30-37; *Labour*, t. 5, 1959, pp. 334-369 et *R.C.D.I.P.*, 1968, p. 420 [réfer. à cette dernière].
- Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, 1209 p.
- LINANT de BELLEFONDS Y., *Traité de droit musulman comparé*, Mouton et Co., Paris, t. I et II, 1965, 458 et 483 p.; t. III, 1973, 467 p.
- LIPSTEIN K., - «Conflict of laws in matter of torts, the common law approach», in RIGAUX (Ed.), *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, pp. 125-140.
- LIPSTEIN K. et SZASZY I., - «Interpersonal conflict of laws», *Int'l. Encycl.*, 1985, vol. III, ch. 10, 43 p.
- LI ZERVI, - «Le droit international privé dans les législations récentes de la Chine populaire», *Clunet*, 1987, pp. 611 ss.
- de LOCHT P., - «Morale et Droit», *J.P.*, 1989, n° 152, p. 9.
- LONG M. (dir.), - «Etre Français aujourd'hui et demain», Rapport de la commission de la nationalité, Paris, *La Documentation Française*, col. 10/18, t. I, *Les auditions publiques*, 767 p., t. II, *Conclusions et propositions*, 272 p. [cité: «Rapport Long»].
- LORENZEN E.G., - *Selected articles on the conflict of laws*, New Haven, Yale University Press; London, Oxford University Press, 1947, 542 p.

- LOUIS-LUCAS P., «La liberté contractuelle et le droit international privé français», *Mélanges Dabin*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, t. II, 1963, pp. 743-777.
- LOUSSOUARN Y., - «La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé», *Annuaire I.D.I.*, vol. 62, t. I, session du Caire, 1987, pp. 295 à 352 [cité: «Rapport I.D.I.»].  
- «L'évolution de la règle de conflit de lois», *Travaux du Comité français de droit international privé*, C.N.R.S., Journée du Cinquantenaire, 1988, pp. 79-104.
- LOUSSOUARN Y. et BOUREL P., *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 3e éd., 1988, 1004 p.
- Magazine littéraire, *L'individualisme: le grand retour*, n° 264, avril 1989.
- MAKAROV A., - «Règles générales du droit de la nationalité», *R.C.A.D.I.*, t. 74, 1949, pp. 275-377.  
- «Sources of P.I.L.», *Int'l Encycl. of Comparative Law*, vol. III, ch. 2, 1970, 14 p.
- MALAURIE Ph., «La législation de droit international privé en matière de statut personnel», *Travaux du Comité français de droit international privé*, C.N.R.S., 1975-1977, pp. 177-200.
- MANCINI P.S., «De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre différentes législations civiles et criminelles», *Rapport à l'I.D.I.*, Session de Genève, 31 août 1874, *Clunet*, 1874, pp. 221-239; 285-304.
- MARESCAUX M.-H., «Nationalité et statut personnel dans les instruments internationaux des Nations-Unies», in *Nationalité et statut personnel*, M. VERWILGHEN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 15-92.
- MARIDAKIS G.S., - «Les principaux traits de la récente codification hellénique touchant le droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 85, 1964, I, pp. 109-235 [cité: «Codification hellénique»].  
- «Introduction au droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 105, 1962, I, pp. 381-512 [cité: «Introduction»].
- MARTIN-BOSLY B. et VERWILGHEN M., «Le divorce en droit international privé belge à la lumière de la jurisprudence récente», *N.T.I.P.R.*, 1974, p. 51-67.
- MARTIN J.A., *Perspectives on Conflicts of Laws: Choice of Law*, Boston, Little Brown and Co., 1980, 247 p.
- MARTY G., RAYNAUD P., *Les obligations*, 2e éd., vol. 1, Paris, Sirey, 1987, 826 p.
- MAYER P., «Les lois de police», *Travaux du Comité français de droit international privé*, C.N.R.S., Journée du Cinquantenaire, 1988, pp. 105-120.

- MEBROUKINE A., - «Le droit international privé algérien de la famille», in CARLIER J.Y. et VERWILGHEN M. (dir.), *Le statut personnel des musulmans, droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, à paraître.
- «La Convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés - Le point de vue d'un Algérien», *R.C.D.I.P.*, 1991, pp. 1-39.
- MELJERS E.M., «L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Age, spécialement dans l'Europe occidentale», *R.C.A.D.I.*, t. 49, 1934, III, pp. 527-683.
- Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, t. I et II, 949 p.
- MELTON R.L., «Legal rights of unmarried heterosexual and homosexual couples and evolving definitions of "family"», *J. Fam. L.*, 1990-1991, pp. 497-517.
- MERCIER P., *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Genève, Droz, 120 p.
- MEULDERS-KLEIN M.Th.,
- «La personne, la famille et la loi au sortir du XXe siècle», *J.T.*, n° du centenaire, 1982, pp. 137-144.
- «La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale», *Rev. int. dr. comp.*, 1989, p. 7.
- «Le divorce en Belgique: Bilan, réformes et perspectives», *J.T.*, 1990, pp. 717-724.
- MEZGHANI A., *Droit international privé. Etats nouveaux et relations privées internationales*, Tunis, Cérès, 1991, 419 p.
- MEZIOU K.,
- *Les relations en droit international privé de la famille entre les systèmes tunisiens et français. Le cas du divorce des couples mixtes*, Thèse, Tunis, 1982, polycop., 470 p.
- «Féminisme et Islam dans la réforme du Code de statut personnel du 18 février 1981», *R.T.D.*, 1984, p. 254.
- «Tunisie. Introduction générale. La famille», Paris, *Jurisqueur de droit comparé*.
- MIECZYSLAW DANILOWICZ, «Considérations sur l'étendue et l'objet du droit international privé», in *Polish Yearbook of International Law*, XII, 1983, p. 165.
- MONEGER F., «La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire», *R.C.D.I.P.*, 1984, pp. 29-69 et 267-288.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1951, vol. 2, 1809 p.
- MORRIS J.H.C., *The conflict of laws*, London, Stevens and Son, 1980, 2e éd., 552 p.
- MORSE C.G.J., «Comparative study of rules of conflicts of laws in the field of contracts», in RIGAUX (Ed.), *L'influence des*

*Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, pp. 141-190.

- MOSCONI F., «Exceptions to the operation of choice of law rules», *R.C.A.D.I.*, t. 217, 1989, V, pp. 9-214.
- MOSSE-BASTIDE R.M., *La liberté*, P.U.F., 1974, 138 p.
- MOULAY RCHID A., - *La condition de la femme au Maroc*, Rabat, Ed. Fac. des sc. jur. écon. et soc., 1985, 607 p. [cité: «Condition de la femme»].  
 - «Le droit de la famille entre la politique de l'Etat et le changement social», in *Droit et Environnement social au Maghreb*, Paris, C.N.R.S.; Casablanca, Fondation Roi Abdul Aziz Al Saoud, 1989, pp. 237-255 [cité: «Droit de la famille»].  
 - *La femme et la loi au Maroc*, Casablanca, UNU - Le Fennec, 1991, 135 p. [cité: «Femme et loi»].  
 - «Cours de statut personnel», Rabat, Université Mohammed V, 1990-1991, polycop. [cité: «Statut personnel»].  
 - «Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel», in CARLIER J.Y. et VERWILGHEN M. (dir.), *Le statut personnel des musulmans, droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, à paraître.
- NAGAN W.P., «Theory and method in Private international law: A policy oriented, internationalist perspective», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 907-931.
- NAYER A., *Introduction aux statuts de l'étranger*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, 408 p.
- NIBOYET J.P., «La théorie de l'autonomie de la volonté», *R.C.A.D.I.*, t. 16, 1927, I, pp. 5-116.
- NORTH P.M., - «Development of rules of Private international law in the field of family law», *R.C.A.D.I.*, t. 166, 1980, I, pp. 9-118.  
 - «Reform but not Revolution. General Course on Private International Law», *R.C.A.D.I.*, t. 220, 1990, I, pp. 9-288 [cité: «General Course»].
- NOTARIAT LATIN, - *Les Régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé*, Bruxelles, 1963, 1114 p.  
 - *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités: droit international privé et droit comparé*, sous la direction de VERWILGHEN M., Ed. de la Baconnière, Neuchâtel, 1979, 2 t.
- OPPETIT B., «Le développement des règles matérielles», *Travaux du Comité français de droit international privé*, C.N.R.S., Journée du Cinquantenaire, 1988, p. 121-139.
- OSCHINSKY S., «Le Legal Kidnapping et ses solutions en droit conventionnel», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 647-654.

- PÅLSSON L., - «Marriage and Divorce», *Int'l. Encycl. of Comp. Law*, vol. III, ch. 16, 1974, 175 p. [cité: «Int'l. Encycl.»].  
 - *Marriage in comparative conflict of laws*, The Hague, Nijhoff, 1981, 388 p. [cité: «Marriage»].  
 - «Rules, problems and trends in family conflict of laws, especially in Sweden», *R.C.A.D.I.*, t. 199, 1986, IV, pp. 313-414 [cité: «Family conflict of laws»].
- Passé-Présent, *L'individu*, n° 1, 1982.
- PATOCHI P.M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Georg, Librairie de l'Université, Genève, 1985, 376 p.
- PERELMAN Ch., *Les conceptions concrètes et abstraites de la raison et de la justice*, Louvain-la-Neuve, 1981, Centre de philosophie des sciences, U.C.L., 14 p.
- PEREZ-VERA E., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980, 361 p.
- PHILONENKO M., «La loi du mariage mixte», *R.C.D.I.P.*, 1950, pp. 539-558.
- PIERI G., «Statut des personnes et organisations politiques aux origines de Rome», *Revue hist. de droit français et étrangers*, 1981, pp. 583-592.
- PINTO de OLIVERRA C.J. (Ed.), *Autonomie, Dimensions éthiques de la liberté*, (ouvrage collectif), Ed. Univ. Fribourg, Suisse, Le Cerf, Paris, 1978, 222 p.
- POCAR Fr., «Etude comparative des règles de conflit de juridictions dans les Etats membres de la C.E.E.», in RIGAUX (Ed.), *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, pp. 77-95.
- PONSARD A., «L'office du juge et l'application du droit étranger», *R.C.D.I.P.*, 1990, pp. 607-619.
- PORTALIS, «Discours préliminaire prononcé le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet de Code civil, arrêté par la Commission du Gouvernement», in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. I, pp. 463-523.
- PRUVOST L., - *L'établissement de la filiation en droit tunisien*, Thèse, Paris I, 1977, dactyl., 538 p.  
 - «Algérie: Code de la famille et mariage mixte», *Grand Maghreb*, n° 36, 24 décembre 1984, p. 59.  
 - *Le contrat de mariage*, Université d'Oran, 1988, CRIDSSH, Collection Etudes et Documents, série Droit, n° 13, 78 p.
- PRYLES M.C., «Internationalism in Australian Private international law», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 963-998.

- RABEL E., *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, vol. I, 1<sup>e</sup> éd., Ann Arbor, 1945, 1958, 3 vol.
- RANOUIL V., *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, P.U.F., Paris II, 1980, 165 p.
- RAWLS J., - *Théorie de la justice*, trad. AUDARD C., Paris, Seuil, 1987, 667 p. [cité: «Théorie de la justice»].  
 - *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988 [cité: «Autour de Rawls»].  
 - «La théorie de la justice comme équité. Une théorie politique et non pas métaphysique», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, 1985, n° 3, trad. AUDARD C., in «Autour de Rawls», p. 279.
- Restatement of the Law, Second; Conflict of Laws 2d*, St Paul, Minn., American Law Institute, 1971, 3 vol.
- REZEK J.F., «Le droit international de la nationalité», *R.C.A.D.I.*, t. 198, 1986, III, pp. 333-400.
- RHEINSTEIN M., GLENDON M.-A., «Interpersonal Relations», in *Int'l. Encycl. of Comparative Law*, vol. IV, ch. 4.
- RIAD F., SADEK I., «Les conflits de lois en droit interne et en droit international privé égyptien dans les matières du statut personnel», in CARLIER J.Y. et VERWILGHEN M. (dir.), *Le statut personnel des musulmans, droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, à paraître.
- RICOEUR P., «Volonté», *Encyclopedia Universalis*, Corpus 23, 1989, p. 787.
- RIEG A., - *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, L.G.D.J., Paris, 1961, 589 p. [cité: «Le rôle de la volonté»].  
 - «Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX<sup>e</sup> siècle», in *Archives de Philosophie du Droit*, Nouvelle série, t. III, 1958, pp. 125 ss.  
 - «Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX<sup>e</sup> siècle», *Archives du droit*, 1968, p. 31.
- RIGAUX F., - *Les personnes*, t. I, Les relations familiales, Bruxelles, Larcier, 1971, 899 p., mise à jour avec MEULDERS-KLEIN M.-Th., 1978, 207 p. [cité: «Les personnes»].  
 - *Droit public et droit international privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, 486 p.  
 - *Droit international privé*, t. I, Bruxelles, Larcier, 1<sup>re</sup> éd. 1977; 2<sup>e</sup> éd., 1987, 386 p.; t. II, 1979, 678 p. [cité: «Rigaux, t...»].  
 - «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 213, 1989-I, pp. 13-407 [cité: «Cours général»].  
 - *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1990, 849 p. [cité: «Vie privée»].

- «Les notions de famille et de mariage en droit civil contemporain», *J.T.*, 1972, p. 669.
  - «L'article 34 du concordat du Latran et le droit international», in *Mélanges Mgr. H. Wagnon*, U.C.L., Louvain, 1976, pp. 395-424.
  - «Le droit belge de la filiation après l'arrêt Marekx», *Annales de Droit de Louvain*, 1979, pp. 369-383.
  - «Le droit au singulier et au pluriel», *R.I.E.J.*, 1982/9, pp. 1-61.
  - «La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie», *R.C.D.I.P.*, 1985, pp. 1-46.
  - «Le respect de l'égalité de traitement entre hommes et femmes d'après la jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés européennes», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 655-674.
  - «La loi applicable aux effets du mariage après sa dissolution», *Annuaire I.D.I.*, vol. 61-I, 1985, Session d'Helsinki et 61-II, 1986, pp. 67-130.
  - «Pour une relecture de François Laurent en 1987», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 663-668.
  - «Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *Cahiers de dr. eur.*, 1988, pp. 306-321.
  - «Le juge, arbitre des conflits de lois», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 999-1005.
  - «Espace et temps en droit international privé», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1989, p. 107-124.
  - «La conception occidentale des droits fondamentaux face à l'Islam», *Rev. trim. des droits de l'homme*, 1990, pp. 105-123.
  - «La science du droit entre un modèle éthique et un modèle scientifique», Académie Royale de Belgique, *Bulletin de la classe des lettres*, 6e série, t. I, 1990, pp. 111-129.
  - Voy. aussi VAN HECKE.
- RIGAUX F. (Ed.) *L'influence des communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, 266 p. [cité: «L'influence des communautés»].
- RIGAUX F. et GERASSIMOS Z., *Les grands arrêts de la jurisprudence belge*, Bruxelles, Larcier, 1981, 540 p.
- RIGAUX F. et VANDER ELST R., «Relations juridiques transnationales ou dialogue sur un autre droit», *J.T.*, 1982, p. 230.
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1925, 394 p.
- ROBINET de CLERY, «De l'émigration appréciée comme condition du maintien des nationalités», *Clunet*, 1874, p. 167.
- ROCHAT Ch., *La dislocation du statut personnel. Etude de droit international privé*, Thèse, Lausanne, Imprimerie Vaudoise, 1986, 394 p.

- ROMMEL G., - «Quelques problèmes en matière de droit maghrébin: la répudiation, la garde et le rapt d'enfants, les pensions alimentaires», *J.J.P.*, 1982, p. 33 [cité: «Quelques problèmes»].
- «Over moslimmigranten. Het sociaal beleid van de vrederechter. Van paternalisme naar bevrijding», in *Cent ans de droit social belge*, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 603-620.
- ROUSSEAU J.J., *Le contrat social, précédé de «La démocratie selon J.J.R.»* par J.P. SIMEON, Paris, Seuil, 1977, 313 p.
- RUDE-ANTOINE E., *Le mariage maghrébin en France*, Paris, Karthala, 1990, 190 p.
- SAADI N., *La femme et la loi en Algérie*, Casablanca, UNU - Le Fennec, 1991, 169 p.
- SACE J., «Quelques réflexions sur les conflits de lois en matière de partage d'ascendant», *Mélanges Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, t. II, pp. 675-715.
- SALEH N., «The law governing contracts in Arabia», *I.C.L.Q.*, 1989, pp. 761-787.
- SAREHANE F., - *Les conflits de lois relatives aux rapports entre époux en droit international privé marocain et tunisien*, Thèse, Paris II, 1984, polycop., 388 p.
- «Les contrats entre époux en droit international privé marocain», *R.M.D.*, 1985, pp. 235-246.
- SAUVEPLANNE J.G., - «New trends in the doctrine of Private International Law and their impact on Court practice», *R.C.A.D.I.*, t. 175, 1982, II, pp. 9-98 [cité: «New trends»].
- *Elementair Internationaal Privaatrecht*, 8e éd., 1986, Kluwer, Deventer, 7e éd., 1982, 152 p. [cité: «Elementair I.P.R.»].
- SAVIGNY F.C. (von), *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp., 8, 1849, t. VIII, Livre III.
- Trad. anglaise in GUTHRIE W., Edinburgh, London, T.T. Clark, Stevens & Sons, 1869, 387 p.
- Trad. française in GUENOUX Ch., Paris, Firmin Didot Frères, 1851, 532 p. [cité en référence à la traduction française, sauf mention].
- SCHACHT J., *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1983, 252 p.
- SCHLANGER J.E., *Les métaphores de l'organisme*, Paris, Librairie philosophique Vrin, 1971, 269 p.
- SCHREURS A.F.H., *De autonomie van partijen in het internationaal privaatrecht*, Leyden, E. LJDO, 1924, 92 p.
- SHAPIRA A., «Private international law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping cases», *R.C.A.D.I.*, t. 214, 1989, II, pp. 127-250.

- SIERENS S., «Les fonctions sociales et symboliques de l'Islam chez les immigrés marocains», in GAUDIER J.P. et HERMANS P., *Des Belges marocains*, Bruxelles, De Boeck, 1991, pp. 97-135.
- 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», *R.C.D.I.P.*, 1987, pp. 1-32.
- STERN D.S., «The judicial tribunal of the Cartagena Accord and legal unification in south America», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 1073-1087.
- STOJANOVIC S., «Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé», *R.C.D.I.P.*, 1988, pp. 261-289.
- STOUFF L., *Etudes sur le principe de la personnalité des lois, depuis les invasions barbares jusqu'au XIIe siècle*, Paris, Larose, 1894, 102 p.
- STUART MILL J., *La liberté*, trad. DUPONT-WHITE, Paris, Guillaumin et Cie., 1864, 303 p.
- STURM F., - «Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?», *Clunet*, 1979, pp. 259-273.  
- «Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand», *R.C.D.I.P.*, 1987, pp. 33-76 [cité: «Droit international privé allemand»].  
- «Codification et unification des règles de conflit de lois suisses au XIXe siècle», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 1099-1117.
- SURVILLE, «Du rôle de la volonté dans la solution des questions de droit international privé que soulève le contrat de mariage», *Rev. crit. de légis. et de jur.*, S., 1888, pp. 159-180 et 241-269.
- TANCELIN M.A., *Théorie du droit des obligations*, Presses de l'Université de Laval, Québec, 1975, 572 p.
- TARAZI S.E.D., «La solution des problèmes de statut personnel dans le droit des pays arabes et africains», *R.C.A.D.I.*, t. 159, 1978, I, pp. 345-463.
- TAVERNE M., - *Le droit familial maghrébin et son application en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1981, 159 p.  
- «La dissolution du mariage par volonté unilatérale dans les pays du Maghreb», *J.T.*, 1981, p. 354 [cité: «La dissolution»].  
- «Quelques réflexions à propos de la polygamie», *Ann. Dr. Louvain*, 1983, pp. 237-248.
- TERRE F., - *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., 1957, 599 p.

- «Sur la sociologie juridique du contrat», *Archives du Droit*, 1968, pp. 71-88.
- TRAVAUX de l'Institut de Droit Comparé, *Le divorce en droit international privé allemand, français et suisse*, Actes du Colloque des 11-12 mai 1979, Paris, L.G.D.J., 1980, 126 p.
- TRAVAUX de l'International Association of Legal Science: *Cohabitation without marriage*, Actes du Colloque de Berkeley, août 1980, in *Am. Journ. of Comp. Law*, 1981, vol. 29, pp. 217-429.
- UYTTENDAELE M., «Existe-t-il un droit interrégional privé en Belgique? (Réflexions suggérées par les arrêts de la Cour d'arbitrage du 30 janvier 1986)», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 785-800.
- VALLADÃO H., «Conséquences de la différence de nationalité ou de domicile des époux sur les effets de la dissolution du mariage», *R.C.A.D.I.*, t. 105, 1962, I, pp. 75-165.
- VAN DE KERCHOVE M. et OST F., «La lettre et l'esprit», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 395-420.
- VANDER ELST R., «L'autonomie de la volonté en droit international privé français et belge», in *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, Faculteit der Rechtsleerdheid, Gent, 1965, t. II, pp. 977-997.
- VANDER ELST R. et WESER M., *Droit international privé belge*, Bruxelles, Bruylant, t. I, 1983, 391 p., t. II par WESER M. et JENARD P., 1985, 654 p.
- VANDERLINDEN J., «Ubi domicilium, ibi ius universale», *R.I.D.C.*, 1985, pp. 303-329.
- VAN GYSEL A.C., - «Le concept de "notion autonome" dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et le droit international conventionnel en général», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 801-810.
- Voir WATTÉ N.
- VAN HECKE G., - «Principes et méthodes de solution des conflits de lois», *R.C.A.D.I.*, t. 126, 1969, I, pp. 399-569 [cité: «Principes et méthodes»].
- «Signification et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux», *Rev. int. dr. comp.*, 1955, pp. 80-91.
- «Universalisme et particularisme des règles de conflit au XXe siècle», *Mélanges Dabin*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1963, t. II, pp. 939-953 [cité: «Universalisme et particularisme»].
- «Le mariage polygamique devant les tribunaux belges», *R.C.J.B.*, 1971, pp. 7-12.
- «Le nom des personnes en droit international privé», *Mélanges Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 811-820 [cité: «Le nom en droit international privé»].

- VAN HECKE G. et LENAERTS K., *Internationaal Privaatrecht*, Story-Scientia, 2d éd., 1989, 435 p. [cité: «Leerboek»].
- VAN HECKE G. et RIGAUX F., «Examen de jurisprudence. Droit international privé (conflits de lois)»,  
 - (1976-1980), *R.C.J.B.*, 1982, pp. 385-431.  
 - (1981-1990), *R.C.J.B.*, 1991, pp. 143-203.
- VAN MENSEL A., «Blik op het algerijnse familierecht», *Tijdschrift voor sociale wetenschappen*, 1985, 30, pp. 175-223.
- VAN PARLIS Ph., *Panorama de la philosophie politique anglo-saxonne contemporaine*, Louvain-la-Neuve, 1981, Centre de philosophie des sciences, U.C.L., 33 p.
- VAN ROOLJ R., - «The Concept of Domicile (Woonplaats) in Netherlands Private international law», *N.I.L.R.*, 1975, 165-182.  
 - «Note sur la loi néerlandaise du 25 mars 1981 portant règlement du conflit de lois en matière de dissolution du mariage et de séparation de corps, et la reconnaissance de celles-ci», *R.C.D.I.P.*, 1981, pp. 810-814.
- VAN ROOLJ R. et POLAK M., *Private International Law in the Netherlands*, Deventer et La Haye, T.M.C. Asser Instituut, Kluwer, 1987, XX, 337 p.
- VERHOEVEN J., - «Etat des personnes et compétences consulaires. A propos d'un accord belgo-marocain», *J.T.*, 1980, p. 717.  
 - «Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation», *R.C.A.D.I.*, t. 182, 1985, III, pp. 9-232.
- VERWILGHEN M., - *Le Code de la nationalité belge*, Bruxelles, Bruylant, 1985, 673 p. [cité: «Nationalité belge»].  
 - V° «Belgique - Droit international privé», *Jurisclasseur de Droit comparé*, 1988, 22 p. [cité: «Jurisclasseur»].  
 - «Contribution à l'étude historique du droit international privé des obligations alimentaires», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 863-883.
- VERWILGHEN M. (dir.), - *Nationalité et Statut personnel - Leur interaction dans les traités internationaux et dans les législations nationales*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, t. XVI, 1984, 578 p.  
 - *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités. Droit international privé et droit comparé*, Publication de l'Union Internationale du Notariat Latin (Commission des Affaires Européennes), Neuchâtel (Suisse), Les Editions de la Baconnière, 1979, t. I : 1170 p.; t. II : 1030 p.  
 - Voy. aussi CARLIER.
- VERWILGHEN M., CARLIER J.Y., DEBROUX C., de BURLET J., *L'adoption internationale en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991, 216 p.

- VILLEY M., - *Leçons d'histoire de philosophie du droit*, Paris, 1962, 315 p. [cité: «Leçons»].  
 - «Préface historique à l'étude des notions de contrat», *Archives du droit*, 1968, pp. 1-12.
- VIOLLET P., *Histoire du droit civil français*, 3e éd., Paris, 1905, réimp. Scientia Verlag Aarlem, 1986, 907 p.
- VISCHER F., «Loi fédérale de droit international privé. Introduction générale», in *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausanne, CEDIDAC, 1988, pp. 11-26.
- VITTA E., - «Cours général de droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 162, 1979, I, pp. 9-243 [cité: «Cours général»].  
 - «Interlocal conflict of laws», *Int'l. Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, ch. 9 [cité: «Int'l. Encycl.»].
- VON BAR Ch., «Personal effects of Marriage», *Int'l. Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, ch. 17, 1985, 48 p.
- VON OVERBECK A.E., - «Persons», *Int'l. Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, ch. 15 [cité: «Persons»].  
 - «La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé», in *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, II, Genk, 1966, p. 1085 [cité: «Professio iuris»].  
 - «Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents», *R.C.A.D.I.*, t. 176, 1982, III, pp. 9-258 [cité: «Questions générales»].  
 - «La théorie des "règles de conflit facultatives" et l'autonomie de la volonté», *Festschrift für Frank Vischer*, Schulthess, Zürich, 1983, pp. 257-262 [cité: «Théorie des règles de conflit facultatives»].  
 - «Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé», *R.C.D.I.P.*, 1988, pp. 237-260 [cité: «Droit international privé suisse»].  
 - «Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse», in *Le nouveau droit international privé suisse*, CEDIDAC, 1988, pp. 59-78.  
 - «Le projet suisse de loi sur le droit international privé - Une codification nationale d'inspiration internationaliste?», in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, pp. 1181-1197.
- VOSKUIL C.C.A., «Emancipation of Dutch conflicts of law in family matters», *RabelsZ.*, 1979, pp. 346-363.
- de WAEL H., *Le droit musulman*, Paris, CHEAM, 1989, 120 p.
- WALINE M., *L'individualisme et le droit*, Paris, 1945, Domat-Montchristien, 1949, 2e éd., 436 p.
- WASSERSTEIN FASSBERG C., «Choice-of-Law Models: the Internal Interreligious Context», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 885-910.

- WATTÉ N.,
- *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1987, 371 p. [cité: «Droits et devoirs des époux»].
  - *Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1982, 96 p.
  - «La détermination de la loi applicable au régime matrimonial en vertu de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux», *J.T.*, 1982, pp. 661-665.
  - «Les relations familiales en droit international privé et l'incidence du principe de l'égalité de l'homme et de la femme», in *Mélanges R. Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, t. II, pp. 911-928.
- WATTÉ N. et VAN GYSEL A.C., «La loi applicable à l'établissement de la filiation biologique», *R.T.D.F.*, 1990, pp. 293-323.
- WEISS A., *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Paris, Larose, 1892-1905, 6 vol.
- WENGLER W.,
- «Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits», *R.C.D.I.P.*, 1952, pp. 595-622, 1953, pp. 37-60 [cité: «Principes généraux»].
  - «Les conflits de lois et le principe d'égalité», *R.C.D.I.P.*, 1963, pp. 203-231, 300-527.
  - «Note introductive sur les lois de droit international privé en R.D.A.», *R.C.D.I.P.*, 1977, pp. 191-194.
  - «L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable», *R.C.D.I.P.*, 1990, pp. 657-674 [cité: «Evolution moderne»].
- WESER M., «Le droit est l'art du bien et du juste ("Jus est ars boni et aequi")», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 929-934.
- WIEDERKEHR G., *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Bib. D.I.P., vol. VII, Paris, Dalloz, 1967, 358 p.
- YNTEMA H.E., «Autonomy in Choice of Law», *A.J.C.L.*, 1, 1952, pp. 341-358.
- ZAKI H., *L'imprévision du droit anglais*, Paris, Arthur Rousseau, 1930, 368 p.
- ZATZEPINE A.C., «Quelques réflexions sur la nationalité des personnes dans les républiques francophones d'Afrique et de Madagascar vingt ans après l'indépendance», *Recueil Penant*, 1986, pp. 482-496.
- ZEROUAL, *Cours de droit civil*, Rabat, Université Mohamed V, 1990, polycop.

## TABLE ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient, sauf indication contraire, aux numéros de paragraphes.

Acte de naissance .....	278
Voir: <i>Filiation, Officier de l'état civil.</i>	
Adoption .....	154, 155, 207, Annexe 2 (B)
Voir: <i>Filiation, Mère porteuse, Notaire.</i>	
Adultère .....	133, 134
Aliments:	
- entre époux .....	324, 357
- enfants .....	362, 364
Allégeance .....	170, 378
Voir: <i>Apostasie, Nationalité.</i>	
<i>American Trading Co.</i> (aff.) .....	65
<i>Analti</i> (aff.) .....	77
Apatride .....	185, 196
Voir: <i>Nationalité, Réfugié.</i>	
Apostasie .....	139, 140, 170, 192, 378
Arbitrage .....	127, 389
<i>Assurances générales de Paris</i> (aff.) .....	162
Aubry .....	69
<i>Audi NSU</i> (aff.) .....	96
Autonomie législative .....	39, 56
Voir: <i>Savigny.</i>	
Autonomie de la volonté:	
- Application pratique au statut personnel .....	271 ss.
- Common law .....	40
- Conflit de juridictions .....	123 ss., 205, 354
- Conflits de lois .....	112 ss.
- Contenu .....	88 ss.
- Doctrine .....	386
- Droit allemand .....	39
- Droit international privé .....	45 ss., 112
- Définition .....	103, 110
- Fondements .....	103
- Rôle et nature .....	92, 98, 236 ss.
- Droit international privé matériel .....	112
- Droit privé interne .....	18 ss.
- Droit public .....	36
- Limites (droit international privé) .....	93, 239, 240, 257 ss.
- Limites (droit interne) .....	32
- Localisation objective .....	75, 78, 89, 182
Voir: <i>Batiffol.</i>	
- Option de droit .....	237, 241, 242 ss., 263 ss., 296
- Philosophie .....	11
- Sciences humaines .....	5 ss.
- Théorie objectiviste .....	78, 88, 91
- Théorie subjectiviste .....	78, 85, 88, 91
Voir: <i>Contrat, privé/public, Immeubles, Obligations, Professio iuris, Statut personnel.</i>	

Autorité parentale.....	361, 389
Voir: <i>Enfant, Filiation.</i>	
Avitzur (aff.).....	354
Avocat.....	385
Avortement.....	134, 154
Bartole.....	161
Bathe (aff.).....	65
Batiffol.....	56, 63, 72, 89
Bibby Line Ltd. (aff.).....	65
Biens.....	115
Bigwood II (aff.).....	200, 207, 351
Bisbal (aff.).....	121, 324
Bochoms (aff.).....	194
Braschi (aff.).....	358
Busqueta (aff.).....	192, 200
Capacité.....	136, 305 ss., 316, 361, 362, Annexe 2 (D)
Voir: <i>Contrat, Enfant, Lizardi, Majorité, Mariage.</i>	
Castagli (aff.).....	182
Cession de fond de commerce.....	78
Chalutier Nicolaas (aff.).....	67
Chelouche/Van Leer (aff.).....	Annexe 2 (E, 4°)
Chevalley (aff.).....	76
Cicéron.....	21, 22, 50
Citoyenneté.....	171
Voir: <i>Nationalité.</i>	
Codifications:	
- XIX <sup>e</sup> - Debut XX <sup>e</sup> .....	55
- contemporaines.....	166, 321 ss., 333, Annexe 2
Voir: <i>Convention, Loi personnelle, Restatement 2d.</i>	
Compagnie Péninsulaire et Orientale de Londres (aff.)....	59
Concordat de droit transitoire.....	317, 338, 348, 371, 377
Voir: <i>Mutabilité automatique légale, Pétrification.</i>	
Conflit mobile.....	251, 269, 281, 317, 331, 338 ss., 353, 357, 371, 376-377
Voir: <i>Gel, Mutabilité abstraite automatique.</i>	
Conflit interpersonnel.....	242, 326
Consideration.....	40
Contrat.....	31 ss.
- Clause-or.....	32, 64, 68, 70, 75
- Consommation.....	43, 91, 101
- Droit international privé.....	112 ss.
- <i>Lex validatis</i> .....	90
- Synallagme.....	20, 21, 40
- Travail.....	33, 91, 101, 123
Conventions bilatérales.....	363, 388
Convention de Bruxelles.....	123, 185
Convention de Lugano.....	123, 185
Convention de Rome.....	48, 79, 81-83, 91, 95, 101-104, 305
Convention de San Sebastian.....	123
Cour Internationale de Justice.....	175, 180
Voir: <i>Nottebohm.</i>	
Cour Permanente de Justice Internationale.....	70
Voir: <i>Emrunts serbes et brésiliens.</i>	

d'Argentré.....	54
de Bauffremont (aff.).....	191, 233, 260
Debecker (aff.).....	78
De Cavel (aff.).....	166
Décès.....	366 ss.
Voir: <i>Héritage, Succession, Testament.</i>	
de Ganay (aff.).....	53
Dépeçage.....	88, 91, 256, 316
Dhont/Josi (aff.).....	322
Divorce.....	146, 148 ss., 201, 203, 207, 251, 261, 294, 349 ss., 376, Annexe 2 (F)
Voir: <i>Aliments, Mariage, Répudiation.</i>	
Domicile.....	112, 168, 181 ss., 196-198, 201, 209
- Définition.....	184
- Domicil of choice.....	182
- Domicil of origin.....	182, 198, 245, 255, Annexe 2 (E, 4°)
- Dual domicil doctrine.....	201
- Intended matrimonial home doctrine.....	201, 203
Donation.....	166, 372
Dot.....	144-145
Droits de l'homme.....	30, 100, 131, 180, 210
Droit de visite.....	362
Droit de vote.....	172
Droit international privé.....	45, 227, Annexe 2
- Bilatéralisme.....	45
- Harmonie internationale.....	45, 229, 255, 378
- Lois d'application immédiate.....	77, 83, 95
- Unilatéralisme.....	45, 159
Voir: <i>Autonomie de la volonté, Conflit de droit transitoire, Conflit mobile, Convention, Mutabilité, Ordre public, Principe, Qualification, Statut personnel, Privé/public.</i>	
Droit musulman.....	41 ss., 130, 137 ss., 144, 149, 155, 162, 165, 207, 209, 228, 266, 318, 328-329, 337, 350, 378-379, Annexe 3
Voir: <i>Egalité des sexes, Ijtihad, Islam, Mariage, Polygamie, Répudiation.</i>	
Droit transnational.....	86, 89, 114, 127, 233, 389
Voir: <i>Arbitrage.</i>	
Dumoulin.....	53, 56
Egalité des sexes.....	133, 134, 137 ss., 148 ss., 178, 201, 240, 301
Election de for.....	47, 64-65, 85, 123, 125, 246, 261
Emprunts serbes et brésiliens (aff.).....	70
Voir: <i>Contrat (Clause-or).</i>	
Enfant.....	360 ss., Annexe 2 (G)
- Enlèvement d'—.....	363, 389
- trouvé.....	278
Voir: <i>Aliments, Capacité, Droit de visite, Garde, Filiation, Majorité, Mariage, Mère porteuse, Union libre.</i>	
Exequatur.....	126-127
Voir: <i>Reconnaissance.</i>	
Famille.....	35, 131-132, 199, 210, 233, 362
Voir: <i>Enfant, Filiation, Mariage, Union libre.</i>	

<i>Favor validitatis</i> .....	90, 164, 305-306, 321
Fécondation <i>in vitro</i> .....	278
Voir: <i>Mère porteuse</i> .	
<i>Feist</i> (aff.) .....	64
Filiation .....	154 ss., 275, 276 ss., 281 ss., 302, Annexe 2 (A)
- Contestation de — .....	282 ss.
- Reconnaissance de — .....	288 ss.
- Recherche de — .....	291 ss.
Voir: <i>Adoption, Droit de visite, Enfant, Garde, Mère porteuse</i> .	
<i>Forum shopping</i> .....	255, 299
Fraude .....	96 ss., 240, 260 ss., 299, 321, 354
<i>Galdeano-Alonzo</i> (aff.) .....	195
<i>Garcia</i> (aff.) .....	193
Garde .....	362
Gel .....	376
Voir: <i>Mutabilité, Pétrification</i> .	
Geny .....	26
Glose d'Arccursus .....	160
Gounot .....	27
Grotius .....	22
<i>Gulham</i> (aff.) .....	202
Habermas .....	15
Héritage .....	366 ss., Annexe 2 (H)
Voir: <i>Décès, Succession, Testament</i> .	
Homologation .....	270 318
Homosexualité .....	358
Huber .....	51, 161
<i>Ijtihad</i> .....	141, 155, 387
Voir: <i>Droit musulman</i> .	
Immeuble .....	104, 116
Incorporation .....	62, 65, 68-69, 75, 88, 112
Individu .....	10
Individualisme juridique .....	24, 28, 43
Insertion graduelle (intégration) .....	223, 231, 270, 275, 378
Voir: <i>Migration, Nationalité (transnationalité)</i> .	
Islam .....	220, 378
Voir: <i>Droit musulman, Egalité des sexes, Ijtihad</i> .	
Kant .....	12, 137, 146
KEGEL (échelle de) .....	206, 333, Annexe 2 (E, 3°)
Laurent .....	55, 57, 188-190
<i>Legal kidnapping</i> .....	363, 389, Annexe 2 (G)
Voir: <i>Arbitrage, Droit de visite, Enfant, Filiation, Garde</i> .	
<i>Lewandowski</i> (aff.) .....	199
<i>Lex fori</i> .....	45, 64, 69, 107, 164, 183, 198- 199, 205, 207, 243, 246, 251, 281, 283-284, 317, 327, 333, 349, 351, 353-354, 359, 365, 378, 378b, Annexe 2
<i>Lex mercatoria</i> .....	114, 127
<i>Lindoso</i> (aff.) .....	193
Liberté .....	6, 11, 30, 189, 210, 234, 244

<i>Lizardi</i> (aff.).....	197, 305, Annexe 2 (D)
<i>Locus regit actum</i> .....	65, Annexe 2 (E, 1°)
Loi personnelle.....	157, 168, 186 ss., 209
- Article 3, alinéa 3, Code Napoléon.....	187 ss.
- Jurisprudence.....	191 ss.
Voir: <i>Domicile, Nationalité, Résidence habituelle, Statut personnel.</i>	
Majorité.....	134, 136, 275, 306
Voir: <i>Capacité, Enfant, Filiation.</i>	
Mancini.....	57, 188-190, 230
<i>Marckx</i> (aff.).....	155
Mariage.....	35, 137, 139, 201, 280, 286, 290, 293, 301, 307 ss.
- Annulation.....	356, 376
- Consulaire.....	202, 310, Annexe 2 (E, 1°)
- Concordataire.....	311
- Contrat (clauses contractuelles).....	144 ss., 150, 266, 318, 320, 329 332, 378, 385
- Effets	
- personnels.....	331 ss., Annexe 2 (E, 3°)
- patrimoniaux.....	336 ss., Annexe 2 (E, 4°)
- Empêchement religieux.....	138-141, 318, 353
- Empêchement racial.....	100, 318
- Forme.....	310 ss., Annexe 2 (E, 1°)
- Fond.....	313 ss., Annexe 2 (E, 2°)
- Posthume.....	322
- <i>by proxy</i> .....	251, Annexe 2 (E, 1°)
Voir: <i>Divorce, Filiation, Nom, Union libre, Polygamie, Répudiation.</i>	
<i>Mater semper certa est</i> .....	274, 278
Mère célibataire.....	278, 282, 288, 291
Mère porteuse.....	154, 278, 282, 299
Voir: <i>Adoption, Enfant, Fécondation in vitro, Filiation.</i>	
<i>Messageries maritimes</i> (aff.).....	75
Meuble.....	116
Migrations.....	50, 169, 178, 197, 213 ss., 223, 255, 344, 378, 388
Voir: <i>Allégeance, Insertion graduelle, Nationalité.</i>	
<i>Mines de potasse d'Alsace</i> (aff.).....	120
Montesquieu.....	51, 169
<i>Moustaquim</i> (aff.).....	175
Mutabilité.....	256, 268 ss., 303, 316, 318, 331, 338 ss., 357
- Mutabilité abstraite automatique.....	338, 342, 345, 348, 353, 376-377
- Mutabilité abstraite voulue.....	338-339, 341, 345, 347, 371
- Mutabilité matérielle légale.....	338, 346-348
- Mutabilité matérielle voulue.....	338, 340-341, 345, 347, 371
Naissance.....	272 ss.
Nationalité.....	112, 168-169, 180, 188, 198, 209, 253, 278, 295 ss.
- Allemagne.....	171
- Belgique.....	171, 176, 215, 275, 296
- Définition.....	180
- Droit musulman.....	170
- France.....	170, 173
- Naturalisation.....	174
- Option de —.....	296
- Plurinationalité.....	178, 194, 295

- Royaume-Uni .....	171
- Supranationalité .....	177
- Transnationalité .....	178
Voir: <i>Bochoms, Citoyenneté, Moustaquim, Nottebohm, Service militaire.</i>	
Niboyet .....	69-70
Nom .....	300 ss., Annexe 2 (C)
Voir: <i>Filiation, Mariage.</i>	
Norme impérative .....	77, 258
Notaire .....	263, 267, 313
<i>Nottebohm</i> (aff.) .....	175, 179, 260
Obligation (quasi-) délictuelle .....	84, 115, 117 ss., 124
Officier de l'état civil .....	69, 261, 263, 267, 273, 301, 313, 324, 377, Annexe 2 (E, 2°)
Voir: <i>Acte de naissance, Mariage.</i>	
Ordre public .....	62, 68, 77, 97, 126-127, 145, 203, 240, 259, 261, 299, 310, 318, 322, 324, 328-329, 351, 359
Voir: <i>Autonomie de la volonté (limites), Mariage, Mère porteuse, Polygamie, Répudiation.</i>	
Personne .....	272 ss.
Pétrification .....	88, 91, 256, 399, 343, 348
Voir: <i>Conflit de droit transitoire, Conflit mobile, Gel, Mutabilité.</i>	
<i>Pistre</i> (aff.) .....	Annexe 2 (B)
Polygamie .....	42, 132, 138-140, 144-145, 150, 202-203, 242, 255, 312, 328-329, 385
Principe dispositif .....	107-118, 121 ss., 243, 251, 265, 283, 285, 324, 351, 354
Voir: <i>Autonomie de la volonté.</i>	
Principe de justice .....	92, 99 ss., 225, 228, 235 ss., 241, 262
Voir: <i>Rawls.</i>	
Principe de proximité .....	84, 92, 94 ss., 103 ss., 117, 203, 205-206, 229, 231-232, 234, 235 ss., 241, 384
Principe d'ubiquité .....	117, 120, 124
Principe du contradictoire .....	122, 351
Principe du respect des personnes .....	230-231
Privé/public .....	29-30, 44, 131, 133, 138, 147, 189, 210, 219 ss., 224, 232, 278, 296, 300, 301, 329, 336, 378, 382
<i>Professio iuris</i> .....	51, 160, 242 ss., 260
Voir: <i>Autonomie de la volonté.</i>	
Qualification .....	317, 322, 368, 380
<i>Quazi</i> (aff.) .....	202
Questions préalables .....	380
Voir: <i>Qualification.</i>	
<i>Radwan</i> (aff.) .....	202
<i>Ramsay</i> (aff.) .....	182
Rawls .....	15, 100, 225, 228
Voir: <i>Principe de justice.</i>	
Reconnaissance .....	126, 354
Reese .....	80

Réfugié.....	170, 185, 196, 233, 348, Annexe 2 (E, 2°)
Voir: <i>Apatride</i> .	
Régimes matrimoniaux.....	53, 166, 263, 336 ss., Annexe 2 (E, 4°)
Voir: <i>Mariage</i> .	
Registre national.....	264, 300
Répudiation.....	42, 126, 149 ss., 299, 310, 323, 354, 385
Résidence.....	182, 196, 253
- conjugale.....	332
- habituelle.....	81, 185, 245, 249, 252-253
<i>Restatement Second</i> .....	80, 106, 119, 184, 260
Renvoi.....	368, 381
Rétroactivité.....	343
<i>Rivière</i> (aff.).....	199, 207
<i>Roho</i> (aff.).....	118
<i>Robinson</i> (aff.).....	58
<i>Rossi</i> (aff.).....	199, 207
Rousseau.....	12, 14, 36
Savigny.....	39, 45, 51, 56-57, 108, 111, 123, 137, 166, 184, 233, 236, 384
<i>Scholder</i> (aff.).....	60
Service militaire.....	179, 194, 296
Siège (du rapport de droit).....	56, 108, 368
Voir: <i>Savigny</i> .	
Situation boiteuse.....	255, 268, 297, 298, 318, 352-353, 378-379
Souveraineté.....	222
Statut personnel.....	129 ss., 189, 209, 366
- Contenu.....	163 ss.
- Définition.....	162
- Droit international privé.....	157 ss., 162
- Droit interne.....	130 ss.
- Droit matériel.....	134 ss.
- Permanence (Voir: <i>Sécurité</i> ).....	134, 167, 197, 204, 255, 268, 378
- Segmentation.....	207-208, 233, 253, 271, 283, 308
- Sécurité (Voir: <i>Permanence</i> ).....	252, 255, 268
- Théorie des statuts.....	158 ss.
- Unité.....	134, 204, 383
Voir: <i>Adoption, Décès, Divorce, Enfant, Filiation, Loi personnelle, Mariage, Succession</i> .	
Statut réel.....	158-160, 189, 366
Succession.....	161, 166, 366 ss., Annexe 2 (H)
<i>Tant</i> (aff.).....	162, 191
<i>Terwangne</i> (aff.).....	191
Testament.....	366 ss., Annexe 2 (H)
Voir: <i>Décès, Héritage, Succession</i> .	
<i>The Assunzione</i> (aff.).....	74
<i>Torlet</i> (aff.).....	Annexe 2 (B)
Traité de Constance.....	52, 158
Transport.....	59, 64-65, 81
Tutelle.....	365
Voir: <i>Aliment, Enfant, Filiation, Lindoso</i> .	
U.M.A. (Union du Maghreb Arabe).....	177, 388

Union libre.....	133, 279, 285, 289, 292, 307 ss., 358 ss.
<i>Voir: Famille, Filiation, Mariage.</i>	
<i>Van Mill-Delby</i> (aff.).....	62
<i>Vervacke</i> (aff.).....	203
<i>Ville d'Anvers</i> (aff.).....	68
<i>Vita Food Products</i> (aff.).....	64
Volonté .....	7, 112
Volonté hypothétique.....	60, 85
<i>Winans</i> (aff.).....	182

## TABLE DES MATIERES

Abréviations.....	1
Introduction.....	3
<b>Première partie</b> <b>LE CONCEPT D'AUTONOMIE DE LA VOLONTE</b>	
Chapitre I: En sciences humaines.....	5
Section 1. Les mots.....	6
Section 2. Psychologie: volonté.....	7
§ 1. Les niveaux de volonté.....	7
§ 2. Les phases de l'acte de volonté rationnelle.....	8
Section 3. Sociologie: individu.....	9
Section 4. Philosophie: liberté.....	10
Section 5. Du politique au droit: autonomie et contrat.....	12
Section 6. Conclusion: autonomie de la volonté.....	16
Chapitre II: En droit privé interne.....	17
Section 1. L'évolution historique dans les pays de droit civil.....	18
§ 1. Avant le Code Napoléon.....	18
A. Chez les Grecs.....	18
B. Chez les Romains.....	19
C. Le moyen-âge et le début de l'époque moderne.....	19
§ 2. Le Code Napoléon.....	20
A. Le Code.....	20
B. Les commentateurs.....	21
§ 3. Après le Code Napoléon.....	21
A. Apogée.....	21
B. Déclin.....	24
C. Renaissance.....	25
Section 2. Les domaines d'application.....	26
§ 1. Généralités.....	26
§ 2. Le domaine contractuel.....	28
A. Le principe.....	28
B. Les limites.....	29
1) Générales.....	29
2) Contrat de travail.....	30
3) Contrat de consommation.....	30
§ 3. Exclusion des autres domaines?.....	31
A. Droit de la famille.....	31
B. Droit public.....	32
Section 3. Le droit comparé.....	33
§ 1. Le droit civil allemand.....	33
§ 2. La common law.....	35
§ 3. Le droit musulman.....	36

<b>Chapitre III: En droit international privé</b> .....	<b>39</b>
Section 1. Généralités de droit international privé .....	39
Section 2. Evolution historique du concept .....	42
§ 1. Avant les codifications: naissance du concept .....	42
A. L'antiquité et le moyen-âge .....	42
B. Dumoulin .....	46
§ 2. Le XIXe siècle: développement du concept .....	48
A. Codifications .....	48
B. Doctrine .....	49
C. Jurisprudence (Angleterre, France, Suisse, Pays-Bas, Belgique) ..	52
§ 3. Première moitié du XXe siècle: l'écart entre la doctrine et la jurisprudence .....	57
A. Jurisprudence (Angleterre, France, Suisse, Pays-Bas, Belgique) ..	57
B. Doctrine .....	63
§ 4. Deuxième moitié du XXe siècle: l'affinement du concept .....	66
A. Doctrine .....	66
B. Jurisprudence (Angleterre, France, Suisse, Pays-Bas, Belgique) ..	68
C. Codifications (U.S.A., Europe, R.F.A., Suisse, Autriche) .....	72
Section 3. Signification contemporaine et domaine d'application du concept .....	82
§ 1. Contenu .....	83
A. Le principe .....	83
B. Les limites .....	88
1) Le principe de proximité .....	88
2) Le principe de justice .....	95
C. Fondements et définition de l'autonomie de la volonté en droit international privé .....	99
§ 2. Domaines d'application .....	105
A. Comme règle de conflit de lois .....	106
1) Les contrats .....	106
2) Les autres matières .....	108
B. Le principe dispositif .....	114
C. Règle de conflit de juridictions .....	117
<b>Conclusion de la première partie</b> .....	<b>122</b>

## Deuxième partie

## LE CONCEPT DE STATUT PERSONNEL

<b>Chapitre I: En droit interne</b> .....	<b>126</b>
Section 1. Notion .....	126
§ 1. Absence de notion de statut personnel .....	126
§ 2. Relations familiales .....	128
Section 2. Le droit matériel .....	131
§ 1. Généralités .....	131
§ 2. Capacité .....	132
§ 3. Mariage .....	133
§ 4. Divorce .....	147
§ 5. Filiation .....	151
<b>Chapitre II: En droit international privé</b> .....	<b>156</b>
Section 1. Notion .....	156
§ 1. Théorie des statuts .....	157
§ 2. Statut personnel .....	161

A.	Les mots.....	161
B.	Contenu.....	163
C.	Constantes.....	170
Section 2.	Loi appliquée: la loi personnelle.....	171
§ 1.	Les notions de nationalité, domicile, résidence habituelle.....	171
A.	Nationalité.....	171
1)	La citoyenneté.....	175
2)	La volonté.....	177
3)	La supranationalité.....	183
4)	La plurinationalité.....	184
B.	Domicile.....	187
C.	Résidence habituelle.....	192
§ 2.	La loi personnelle.....	195
A.	Présentation et plan.....	195
B.	Historique: autour de l'article 3, alinéa 3 du Code Napoléon.....	195
C.	Le débat: nationalité contre domicile.....	206
D.	Problèmes: unité et égalité dans la famille.....	208
E.	Les solutions alternatives.....	214
1)	Loi applicable: la judiciarisation.....	215
2)	Facteur de rattachement: l'assouplissement.....	216
3)	Catégorie de rattachement: la segmentation.....	217
F.	Les constantes.....	220

**Troisième partie**  
**L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE**  
**DANS LES MATIERES DE STATUT PERSONNEL**

Chapitre I:	Les éléments théoriques.....	223
Section 1.	Les fondements.....	223
§ 1.	Aspects sociologiques.....	223
A.	Le facteur «étranger» ou le phénomène migratoire.....	224
1)	Statistiques.....	224
2)	Considérations.....	226
3)	Prospectives.....	228
B.	Le facteur «privé».....	229
§ 2.	Aspects du droit en général.....	232
A.	La souveraineté de l'Etat.....	232
1)	Le facteur «étranger».....	232
2)	Le facteur «privé».....	233
B.	L'égalité de droit.....	234
§ 3.	Aspects du droit international privé.....	236
A.	Les objectifs du droit international privé.....	236
1)	La justice effective.....	237
2)	L'harmonie internationale.....	239
3)	Le respect des personnes.....	239
4)	Les intérêts de l'Etat.....	241
B.	La mise en œuvre des objectifs.....	241
Section 2.	L'autonomie de la volonté comme facteur de proximité et de justice.....	244
§ 1.	Rôle et nature de l'autonomie de la volonté.....	244
§ 2.	Exercice de l'autonomie de la volonté.....	247
A.	Les limites internes.....	247
1)	Généralités.....	247
2)	L'option de droit ou la <i>professio iuris</i> .....	249
3)	La permanence ou la sécurité du statut personnel.....	258
4)	Les limites internes générales.....	259

B.	Les limites externes.....	260
1)	Les lois impératives.....	260
2)	L'ordre public.....	261
3)	La fraude.....	261
C.	L'expression de la volonté.....	264
1)	Modalités.....	264
2)	Moment et modifications.....	269
<b>Chapitre II: L'application pratique.....</b>		<b>271</b>
Section 1.	La personne.....	271
§ 1.	Loi personnelle à la naissance.....	271
§ 2.	La filiation.....	274
A.	Au moment de la naissance.....	275
1)	Mère célibataire.....	275
2)	Couple non marié.....	276
3)	Couple marié.....	277
B.	Après la naissance.....	277
1)	Contestation de filiation.....	278
a)	Mère célibataire.....	278
b)	Couple non marié.....	281
c)	Couple marié.....	282
2)	Reconnaissance de filiation.....	282
a)	Mère célibataire.....	282
b)	Couple non marié.....	283
c)	Couple marié.....	283
3)	Recherche de filiation.....	284
a)	Mère célibataire.....	284
b)	Couple non marié.....	284
c)	Couple marié.....	284
4)	Incidence du divorce.....	285
§ 3.	La nationalité.....	285
§ 4.	L'adoption.....	288
§ 5.	Le nom.....	293
§ 6.	La capacité.....	298
Section 2.	La vie commune.....	301
§ 1.	Le mariage.....	303
A.	La création du lien (célébration).....	303
1)	Forme.....	303
2)	Fond.....	307
a)	Formalités.....	307
b)	Etendue de l'option.....	308
c)	Domaine de la loi.....	308
d)	Application dans le temps et l'espace.....	311
e)	L'option dans le droit international privé contemporain.....	313
f)	Mariage polygamique.....	317
B.	Les effets.....	320
1)	Les effets personnels.....	320
2)	Les aliments.....	322
3)	Les effets patrimoniaux.....	324
a)	Mutabilité abstraite voulue.....	327
b)	Mutabilité matérielle voulue.....	327
c)	Mutabilité abstraite voulue et mutabilité matérielle voulue.....	327
d)	Mutabilité abstraite automatique.....	328
e)	Mutabilité abstraite automatique et mutabilité abstraite voulue ou mutabilité matérielle voulue.....	332

f)	Mutabilité matérielle légale.....	332
g)	Mutabilité matérielle légale et mutabilité abstraite voulue ou mutabilité matérielle voulue .....	333
h)	Mutabilité matérielle légale et mutabilité abstraite automatique .....	333
C.	Le relâchement ou la dissolution du lien (divorce).....	334
§ 2.	L'union libre .....	341
Section 3.	Les rapports parents-enfants .....	344
Section 4.	Le décès.....	350
<b>Chapitre III: Les constantes et leur incidence sur l'évolution du droit international privé positif .....</b>		
<b>358</b>		
Section 1.	Constantes .....	358
§ 1.	En négatif.....	358
A.	Conflit mobile .....	358
B.	Situations boiteuses: l'effectivité au regard du droit musulman ..	360
§ 2.	En positif .....	364
A.	Qualification.....	365
B.	Renvoi.....	365
C.	Ordre public .....	365
D.	Loi unique .....	365
E.	Règle localisatrice à caractère substantiel.....	366
F.	Pacification .....	366
Section 2.	Intégration du principe d'autonomie dans le droit international privé positif du statut personnel .....	367
§ 1.	Evolution doctrinale: l'apport de cette étude .....	367
§ 2.	Evolution jurisprudentielle.....	369
§ 3.	Evolution législative .....	370
§ 4.	Commissions mixtes d'arbitrage.....	371
<b>Conclusion.....</b>		<b>373</b>

**ANNEXES:**

-	<b>Annexe 1</b>	
	Projet de Convention sur la loi applicable aux matières de statut personnel....	379
-	<b>Annexe 2</b>	
	L'état des législations et jurisprudences récentes .....	382
A.	La filiation.....	382
B.	L'adoption.....	384
C.	Le nom.....	386
D.	La capacité .....	390
E.	Le mariage.....	391
1°	La forme .....	391
2°	Le fond .....	393
3°	Les effets personnels .....	395
4°	Les effets patrimoniaux (régimes matrimoniaux).....	397
F.	Le divorce .....	400
G.	Les relations parents-enfants .....	403
H.	Les successions.....	405
I.	Tableau récapitulatif.....	408
-	<b>Annexe 3</b>	
	Questionnaire sur le point de vue du droit musulman.....	416

<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>399</b>
<b>TABLE ALPHABETIQUE</b> .....	<b>443</b>
<b>TABLE DES MATIERES</b> .....	<b>451</b>