Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 90 (1971)

Artikel: La codification du droit international privé en Suisse

Autor: Broggini, Gerardo

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896145

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.09.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

La codification du droit international privé en Suisse

Rapport présenté par GERARDO BROGGINI
Professeur à l'Université catholique de Milan

Table des matières

1. La «loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour». Le problème de la codification du droit international privé en Suisse 245

2. Les codifications traditionnelles de droit international privé 250

3. Caractère particulier de la LRDC comparée aux autres lois de droit international privé 253

4. Droit international privé et codifications de droit privé 258

5. Circonstances qui conduisent à la codification du droit international privé . . 265
   A) Codifications de droit international privé réalisées dans le cadre d'une codification du droit privé 266
   B) Codifications de droit international privé réalisées de façon autonome . . 271
   C) Codifications de droit international privé qui se limitent à harmoniser et réécrire le droit en vigueur 275
   D) Codifications de droit international privé en tant que «Restatement». . . 276

6. «Nouvelles méthodes» en droit international privé 280

7. Arguments généraux en faveur et contre la codification du d.i.p. 288
   A) Connexion étroite entre droit international privé et droit privé 288
   B) Prévisibilité et sécurité du droit 292
   C) Egalité de traitement 297
   D) Décalage entre législation nationale et internationale 299
   E) Cristallisation du droit international privé par la codification 301
   F) Crise actuelle de la science du droit international privé 303

8. Arguments particuliers, eu égard à la situation suisse 304

9. Facteurs déterminant la structure de la nouvelle législation suisse 310
   A) Le facteur technique 311
   B) Le facteur national 314
   C) Le facteur international 320

10. Conclusions générales 322

1. La «loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour» – Le problème de la codification du droit international privé en Suisse

On sait que la Suisse ne dispose pas d'une codification du droit international privé qui soit digne de ce nom. Le noyau principal des règles de conflit – contenu dans la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC) – a une origine bien singulière, si on la compare avec les autres systèmes législatifs de droit international privé. C'est pour résoudre d'une façon uniforme les conflits issus de la présence de législations civiles cantonales que la LRDC est née. En effet, les Cantons ne disposaient pas d'un système unitaire de règles sur le domaine d'application des droits cantonaux. D'aucuns, suivant le principe de la personnalité des lois, étendaient l'application du droit cantonal aux citoyens du Canton établis dans d'autres Cantons; d'autres, se fondant sur le principe de la territorialité des lois, avaient généralisé l'application du droit cantonal. Enfin les Cantons de langue française et italienne connaissaient déjà une solution plus différenciée, issue de l'art. 3 du Code Napoléon. Ainsi des sujets de droit étaient soumis à la fois à plusieurs législations cantonales, d'autres à aucune[1].

[1] R. DESGOUTTES, Les rapports de droit civil des Suisses établis ou en séjour en Suisse, Genève 1892, p. 16; E. HUBER/P. MUTZNER, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, vol. I, Bâle 1932, p. 78 ss., 146 ss.; W. STAUFFER, Das internationale Privatrecht der Schweiz auf Grund des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, Aarau 1925, p. 5 ss.; un résumé dans: F. VISCHER, Internationales Privatrecht (IPR), in: Schweizerisches Privatrecht, vol. I, Bâle 1969, p. 512 s.

C'est donc en tout premier lieu pour régler d'une façon uniforme les conflits de lois intercantonaux que la loi a été promulguée et c'est cette exigence qui avait poussé la Société Suisse des Juristes, dans une résolution de son congrès de Lausanne en 1884, à en demander la réalisation[2]. La loi ne prend en considération que les questions de droit des personnes, de famille et des successions et même pas d'une façon exhaustive. Aucune règle ne concerne le droit des obligations et les droits réels. Comme il arrive souvent quand on règle des conflits «internes» (interrégionaux, intercantonaux) c'est à la loi et à la juridiction du domicile qu'on se réfère en principe. Aussi la LRCD ne se limite pas à régler des conflits de lois, mais elle intervient pour régler en même temps des conflits de juridiction, notamment à l'art. 2: «Lorsque la présente loi ne réserve pas expressément la juridiction du lieu d'origine, les suisses établis ou en séjour sont soumis à celle du domicile...». La réserve en faveur de la juridiction et de la loi du pays d'origine touche en particulier les questions d'état (art. 8) et de capacité civile (et ceci malgré l'art. 7, en vertu du renvoi de l'art. 34 à l'art. 10, alinéas 2 et 3 de la loi fédérale sur la capacité civile du 22 juin 1881). De véritables règles de droit international privé et de procédure civile internationale n'apparaissent que dans le deuxième et troisième titre de la loi, sous forme, pourrait-on dire, d'appendice. Les articles 28 à 31 réglent «les rapports de droit civil des suisses à l'étranger», en introduisant des réserves importantes au principe de domicile, en faveur de l'application du droit suisse, en tant que loi nationale. Enfin les articles 32 à 34 réglent «les rapports de droit civil des étrangers en Suisse», en disposant notamment le fameux renvoi «par analogie» aux dispositions précédentes (art. 32).

Le projet d'un code civil suisse d'EUGEN HUBER prévoyait une solution législative assez étendue du droit international privé. Repoussée par la Commission d'experts, cette solution fut substituée par un système de normes dans le Titre final, qui, lui aussi, fut finalement rejeté par le Parlement. Seules des nouvelles règles en matière de droit matrimonial – ainsi qu'une modification de la règle de conflit sur la capacité – furent introduites (Art. 59 Titre final du CCS, Art. 7a–7i de la LRCD). Cette défaite des codifica-

[2] Sur l'origine et les motifs de cette loi v. en particulier W. BURCKHARDT, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung, Berne 1914, ad art. 46. Sur la résolution des juristes suisses v. la Revue de droit suisse (RDS), 25, 1884, p. 533 ss., 649 ss.

teurs trouve sa cause principale dans la volonté de substitution du principe du domicile par celui de la loi nationale, même dans sa forme atténuée, qui veut poser sur le même pied le citoyen national et l'étranger «assimilé»[3]. Avec l'entrée en vigueur du Code civil suisse, les conflits intercantonaux ont pratiquement disparu[4]. Toutefois les critères élaborés par la loi maintiennent leur vigueur soit pour les suisses domiciliés à l'étranger que pour les étrangers domiciliés en Suisse[5]. Aucune norme expresse règle, par contre, la position juridique de l'étranger à l'étranger.

Il est important de constater qu'au moment de la codification du droit civil, le refus de codifier le droit international privé ne fut jamais considéré comme définitif. Le président de la Commission du Conseil des Etats A. HOFFMANN pouvait ainsi déclarer: «Der Bundesrat wird die Sache nicht aus den Augen lassen und ist gewiss mit uns der Ansicht, dass man sobald als möglich aus dem unbefriedigenden Provisorium, das wir mit der Beibehaltung des Gesetzes von 1891 geschaffen haben, herauskommen muss»[6]. Toutefois, ce qu'en 1907 était défini unanimement

[3] Sur ces vicissitudes v. surtout H. FRITZSCHE, Das Problem der Gesetzgebung über das internationale Privatrecht der Schweiz, RDS 46, 1927, p. 232 ss., v. aussi F. VISCHER, IPR, p. 518 s.

[4] F. AUBERT, Revue critique de d. i. p., 1963, p. 68, rappelle des conflits intercantonaux concernant la sphère d'application des normes cantonales de police, en discutant l'Arrêt du Tribunal fédéral 20. 9. 1961.

[5] On a longtemps discuté si le renvoi analogique de l'art. 32 LRDC concernait seulement le titre premier de la loi (conflits intercantonaux), seulement le deuxième titre (suisses à l'étranger) ou les deux. La discussion avait commencé par l'étude de P. WOLF, Die zivilrechtliche Stellung des Ausländers in der Schweiz, RDS 35, 1894, p. 1 ss., p. 319 ss. Aujourd'hui on est d'avis que l'analogie concerne les deux titres: v. F. VISCHER, IPR, p. 517 n. 25. Le recours à l'analogie étant prescrit par l'art. 32, il est à mon avis assez audacieux de vouloir en contester l'application pour ce qui est de l'art. 8 LRDC, comme le fait P. A. LALIVE, dans plusieurs de ses écrits; v. Regards sur le droit international privé suisse, dans: Regards sur le droit suisse, Recueil publié à l'occasion de l'Exposition nationale suisse de Lausanne 1964, Bâle 1964, p. 185 s.; Annuaire suisse de droit international (ANNUAIRE), vol. 26, 1969/70, p. 291, dans une note à propos de l'Arrêt 4. 9. 1969 de l'Obergericht de Zurich. Ceci, bien entendu, sans vouloir critiquer la thèse de fond de l'auteur, que je partage en vue d'une révision de la LRDC et notamment de l'art. 8.

[6] Bulletin sténographique 1907, p. 127. Cf. aussi A. F. SCHNITZER, Bedarf das Schweizerische IPR eines neuen Gesetzes? Annuaire, vol. 12, 1955, p. 58 s. W. BURCKHARDT, en 1919, considérait aussi imminente la codification du droit international privé suisse

comme un «unbefriedigendes Provisorium», risque, après 65 ans, de se perpétuer, bien que la doctrine suisse n'ait jamais cessé de mettre en évidence les arguments en faveur d'une nouvelle législation.

Il est vrai qu'en général les auteurs suisses voudraient limiter la révision législative aux domaines déjà réglés par la LRDC. En 1925 le Congrès des Juristes Suisses, en discutant du droit international des obligations, n'a pas été, en général, favorable à la codification de ce domaine[7]. FRITZSCHE s'est occupé d'une façon plus ample du problème de la codification dans une conférence donnée le 28 novembre 1926[8]. Pour soutenir sa thèse favorable à une révision complète de la LRDC, FRITZSCHE souligne d'abord l'origine purement casuelle de la législation suisse en droit international privé en tant qu'appendice aux règles de conflits intercantonaux; il passe en revue, ensuite, les exigences des nombreux rapports internationaux dans le domaine du droit privé qui obligeraient la Suisse à se donner des solutions claires et prévisibles. Il faut savoir condenser en quelques règles précises ce que la pratique des rapports internationaux a désormais accepté comme «droit»; là où cette clarté et prévisibilité des solutions ne peuvent pas encore être atteintes, la nouvelle règle de droit offrira une contribution considérable dans la voie du progrès juridique.

On peut facilement affirmer que tous les auteurs suisses qui se sont exprimés sur l'argument, depuis FRITZSCHE, ont mis l'accent sur la nécessité d'une nouvelle codification du droit international privé suisse. Ainsi A. SCHNITZER, qui est même arrivé à présenter un projet de loi complet, ainsi W. SCHÖNENBERGER, qui exige une codification même du droit international des obligations, ainsi P. A. LALIVE, du moins pour ce qui concerne

et en recherchait, dans une étude, aussi brillante que profonde, les fondements: Über die Allgemeingültigkeit des internationalen Privatrechts, Festschrift Eugen Huber, Berne 1919, p. 263 ss.

[7] Voir la RDS 44, 1925, p. 220a ss. (rapport de H. FRITZSCHE), p. 271a ss. (rapport de G. SAUSER-HALL). Une voix favorable à la codification a été, à l'occasion, celle de M. GUTZWILLER, ibidem, p. 338a. En faveur de la codification en général s'était exprimé, dès 1901, F. MEILI, Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts, Zürich 1901, p. 110 ss.

[8] H. FRITZSCHE, Das Problem der Gesetzgebung, RDS 46, 1927, p. 232 ss. Son point de vue est franchement favorable à une nouvelle législation. P. 254: «Das jeder Gesetzgebung vorschwebende Ideal einer wenigstens klaren, leicht erkennbaren Lösung ist nicht erreicht» (par la LRDC).

la révision de la LRDC, dont la critique est véhémente[9]. On examinera plus loin la position de quelques jeunes savants suisses du droit international privé qui, s'inspirant de doctrines sans aucun lien avec notre tradition juridique, refusent, en principe, tout effort législatif[10].

On constatera, pour finir, que parfois l'importance d'une règle de conflit a conduit le Parlement à compléter des réformes législatives de droit privé par des règles de rattachement. Ainsi en matière de contrat d'agence (art. 418b, code des obligations), en matière de lettre de change (art. 1086ss. code des obligations), de chèque (art. 1138ss.); en matière de transfert du siège des sociétés (art. 14 disp. trans. code des obligations, ACF du 12 avril 1957/4 juillet 1958, ordonnance RC Art. 50 et 51); en matière de circulation routière (Art. 85, loi circulation routière); en matière d'état civil (Art. 71 et 87 ss. de l'ordonnance sur l'état civil). Cette tendance au morcellement des règles de conflit est déplorable: elle nous éloigne de plus en plus de l'état de clarté et de prévisibilité des solutions qui constitue l'avantage principal de toute codification. Toutefois on ne pouvait pas suivre d'autres voies, du moins dans les matières qui ne rentrent pas dans le domaine de la LRDC. Pour ces dernières, c'est la modification de la LRDC qui est préférable. Ainsi, en matière d'adoption, le Conseil fédéral propose d'ajouter des art. 8a/b/c à l'art 8 LRDC. Mais cela ne ferait que cimenter le contenu de l'art. 8, en dehors de l'adoption. Mieux vaudrait s'engager vers une révision complète de cette disposition, dans le cadre d'une réforme générale de la LRDC[11].

[9] A. SCHNITZER, Bedarf das schweizerische IPR eines neuen Gesetzes? Annuaire, 1955, p. 58s.; Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes, in: Ius et lex, Festgabe M. Gutzwiller, Bâle 1959, p. 429ss.; W. SCHÖNENBERGER, Kommentar zum schweiz. OR (commentaire de Zurich), Allgemeine Einleitung, 3e éd., Zurich 1961, p. 32ss., N. 94; P. A. LALIVE, Regards sur le d. i. p. suisse, cité à la note 5.

[10] Voir le chapitre 6 de la présente étude («Nouvelles méthodes» en d. i. p.).

[11] Une autre source de cette juxtaposition de textes législatifs réside évidemment dans la présence de conventions internationales ratifiées par la Suisse, tant multilatérales que bilatérales. Il arrive ainsi que des règles fondamentales de la LRDC, ainsi l'art. 22 en matière de succession, soient totalement bouleversées par des règles conventionnelles bilatérales (art. 5 de la Convention franco-suisse du 15 juin 1896, art. 17 du Traité d'établissement avec l'Italie du 22 juin 1868). Et ceci sans parler des conventions de la Haye ratifiées par la Suisse. Cf. un tableau complet des sources internationales du d. i. p. suisse, dans: F. VISCHER, IPR, p. 522s.

2. Les codifications traditionnelles de droit international privé

L'analyse rétrospective de la LRCD montre, dans le cadre des codifications traditionnelles du droit international privé, son caractère tout à fait exceptionnel. Je ne pense pas pour le moment au contenu de ses solutions – on les examinera dans un autre chapitre – mais seulement à l'attitude fondamentale du législateur en face du problème posé par l'existence des conflits de lois et de juridiction.

Dans une étude très soignée parue en 1936, le baron BORIS NOLDE[12] distinguait les législations nationales de droit international privé en trois groupes:

a) les premières codifications nationales, telles l'*Allgemeines Preussisches Landrecht* de 1794, le Code Napoléon de 1804, l'ABGB autrichien de 1811.

Ces codifications ont comme point de départ les notions statutaires de la territorialité et de la personnalité des lois (statut réel, statut personnel) et essayent d'établir le domaine propre de la loi territoriale et de la loi personnelle par des formulations abstraites (ainsi par exemple: «la loi territoriale régit les immeubles») sans approfondir le type ou la «nature» des différentes relations de droit privé. Bien qu'on reconnaisse aujourd'hui toute l'importance de ces premières tentatives de codifier les règles de conflit de lois, c'est un lieu commun depuis un siècle que de critiquer ces solutions et d'en mettre en évidence les insuffisances.

Toutefois on peut se demander si les critiques sont toujours tellement justifiées. S'il est vrai que le Code Napoléon se sert de formules très générales, il est aussi vrai que la théorie traditionnelle des statuts avait su ébaucher un système de règles beaucoup plus détaillé[13]. D'ailleurs il ne faut pas passer sous silence le fait que la méthode du traitement analytique des relations du droit privé, à laquelle se sont inspirées les codifications successives, en embrassant ainsi le principe fondamental élaboré par SAVIGNY de la localisation objective des rapports («siège» du rapport

[12] B. NOLDE, La codification du droit international privé, Recueil des Cours de la Haye, vol. 55 I, 1936, p. 308 ss.

[13] Sur les relations existantes entre l'art. 3 du Code Napoléon et la théorie traditionnelle des statuts, v. la vue d'ensemble dans H. BATIFFOL, Droit international privé (DIP), 5e éd., Paris 1970, vol. I, p. 328 ss.

juridique), n'a pas réalisé les progrès qu'on aurait désiré pour résoudre d'une façon plus adéquate les mêmes problèmes. Les nouvelles règles de rattachement ont souvent assumé des formules excessivement amples et par conséquent leur rôle n'a été qu'indicatif, obligeant l'interprète à développer une activité très délicate de concrétisation. A cela d'ajouter que les règles de rattachement établies d'après la «méthode Savigny» n'ont jamais dépassé la limite du droit privé «traditionnel», à savoir les institutions qui étaient couvertes par les codifications du XIXe siècle. Depuis lors les relations internationales de droit privé embrassent aussi des nouvelles matières auxquelles on arrive difficilement à étendre le système des règles de conflit «bilatérales». Qu'on pense, à titre d'exemple, au domaine de la propriété intellectuelle, au contrôle des changes, au problème de la situation juridique des sociétés étrangères, mais aussi, pour revenir au droit civil au sens étroit du terme, au divorce. Toutes ces matières, très différentes entre elles, peuvent être rapprochées par la tendance générale qui consiste à revenir à l'élaboration de règles concernant le «champ d'application» des lois internes qui ont trait à ces matières. C'est donc une méthode bien différente de celle proposée par le droit international privé «classique». Pour ce qui est des sociétés étrangères, on sait qu'en général on s'abstient de proposer un système complet de règles de rattachement, en se limitant à préciser le champ d'application de la loi nationale; le contrôle des changes offre un exemple de règles juridiques dont le champ d'application est déterminé par des critères bien différents de ceux qui dominent le droit des obligations et, en général, le droit international privé «commun». De même nous ne pouvons pas passer sous silence la méthode élaborée par plusieurs systèmes juridiques à l'égard du divorce, qui lie étroitement la compétence internationale de la juridiction nationale et l'application de la loi du for («Gleichlauf vom *ius* und *forum*»), une méthode pratiquement inconnue au système traditionnel des conflits de lois.

b) Les codifications du milieu du XIXe siècle, déjà fortement influencées par les progrès scientifiques réalisés avec les œuvres de STORY aux Etats-Unis (1834), de FOELIX en France (1843), de SAVIGNY en Allemagne (1849), de WESTLAKE en Angleterre (1858).

Pour nous, c'est le code zurichois de 1853, œuvre de J. C. BLUNTSCHLI qui est le plus intéressant de ce groupe, puisqu'il réalise pour la première

fois dans un code – et cela en Suisse – les idées fondamentales de SAVIGNY. La loi zurichoise est bien en vigueur sur le territoire du canton, mais «la nature particulière de certains rapports juridiques» peut déterminer soit l'application du droit étranger dans le canton, soit l'application de la loi zurichoise à l'étranger. A cette prémisse font suite cinq règles embrassant la totalité des rapports de droit civil. De ce groupe c'est toutefois le code civil italien de 1865 le plus marquant, et NOLDE en trace rapidement l'histoire et le contenu. Les art. 6 à 12 des dispositions préliminaires du code civil, mais surtout les trois premiers (6 à 8), contiennent une réglementation d'ensemble du droit international privé[14].

c) Les codifications «modernes»

Elles s'inspirent aux mêmes principes des précédentes, mais sont aussi le résultat d'un approfondissement de l'analyse des relations de droit privé et tiennent compte des progrès techniques atteints par la théorie générale du droit international privé. NOLDE examine en premier lieu la loi d'introduction *(Einführungsgesetz)* de 1896 du Code civil allemand, en mettant en évidence l'ampleur et la valeur scientifique de l'exposé des motifs qui l'ont précédée et qui porte le nom de projet GEBHARD (1881). Le projet de loi traite dans son ensemble le droit international privé et connaît, à côté de quatre dispositions d'ordre général, toute une série de règles particulières touchant les arguments suivants: capacité, émancipation, absence, statut des personnes juridiques, forme des actes, obligations contractuelles, obligations délictuelles, autres obligations, biens, mariage, rapports personnels des époux, régime matrimonial, dissolution du mariage, aliments entre parents, filiation, rapports entre parents et enfants, légitimation, adoption, tutelle, interdiction, successions et testaments.

C'est bien le principe de la nationalité qui domine le projet et GEBHARD lui-même résume dans son exposé des motifs les raisons qui plaident en faveur du principe en dix points. Deux arguments paraissent décisifs: en premier lieu le fait que les autres pays européens ont aussi opté en faveur du principe de la nationalité. Par conséquent l'adoption du principe du

[14] NOLDE, cité à la note 12, p. 322. A juste raison NOLDE termine son exposé du code civil italien avec la remarque suivante: «Jusqu'à ce jour les juristes italiens souvent n'hésitent pas à renverser l'ordre historique en affirmant que l'Ecole a créé le Code, tandis que c'est le contraire qui est vrai.»

domicile provoquerait d'innombrables conflits. Deuxièmement, la dignité de l'Empire allemand ainsi que les intérêts politiques veulent «que l'Allemand, quel que soit le lieu où il se trouve, vive en matière personnelle selon le droit allemand. Rien n'est plus propre à conserver vivants la conscience nationale et le sentiment de solidarité allemande».

On connaît le sort malheureux du projet GEBHARD. Les difficultés, surtout d'ordre politique, ont conduit à une très grave mutilation du projet, soit en faisant tomber les dispositions qui ne s'inspiraient pas du principe de la nationalité, notamment les règles sur les droits réels et les obligations, soit en transformant la plupart des autres dispositions en règles «unilatérales» c'est-à-dire qui déterminent uniquement le champ d'application de la loi allemande[15].

A côté de l'*Einführungsgesetz*, NOLDE rappelle encore la loi japonaise de 1898, qui emprunte ses règles de conflit au droit allemand, le code civil brésilien de 1916, la loi polonaise de 1926, ainsi que les projets plus récents[16].

3. Caractère particulier de la LRDC comparée aux autres lois de droit international privé

Il est bien difficile d'encadrer la LRDC dans les types de codification rappelés par NOLDE. Au fond, ce qui constitue le critère distinctif dans la classification de NOLDE, le critère chronologique mis à part, est représenté par une progression scientifique constante des règles législatives, obtenue par l'analyse plus détaillée des situations juridiques, par un effort plus précis d'encadrement de ces situations dans des catégories plus adéquates et enfin dans l'élaboration toujours plus «rationnelle» des «localisations». Cette «scientificité» toujours plus poussée implique aussi la réalisation d'un sys-

[15] L'histoire de la codification allemande représente encore aujourd'hui, sur bien des points, comme disait RAAPE, Internationales Privatrecht, 5e éd., Berlin/Francfort 1961, dans l'introduction, un «Arkanum». La plupart des documents concernant la révision du projet GEBHARD par le Bundesrat n'ont pas été publiés. Leur publication va paraître prochainement: cf. BEITZKE/COING/FIRSCHING/KORKISCH (Staudingers Kommentar), Internationales Privatrecht, vol. I, 1, Berlin 1970, p. 44 n. 154.

[16] Nous reviendrons encore sur les différents types de codifications de d.i.p. et cela au chapitre 5.

tème complet et coordonné des règles de conflit. Or, sous ce point de vue, si le projet GEBHARD représente un échelon important dans l'évolution progressive des systèmes de droit international privé, la même chose ne peut pas être affirmée pour l'*Einführungsgesetz*. Dans cette perspective, la réalisation législative allemande partage des limites et du caractère fragmentaire de la LRDC. Toutefois la législation allemande s'inspire aussi, comme la plupart des législations modernes à une idée centrale qui est celle du principe de la nationalité, qui lui donne un caractère plus homogène et unitaire que la codification suisse.

Pour mieux comprendre la différence existante entre celle-ci et les autres codifications modernes il est donc plus opportun de choisir comme terme de comparaison une législation différente de l'*Einführungsgesetz*. Qu'on prenne par exemple la codification italienne de 1865, successivement complétée par le texte de 1939. Bien que techniquement imparfait et incomplet, le droit international privé italien met en évidence une idée centrale qui est pour ainsi dire tout à fait inconnue au législateur suisse.

Cette idée fondamentale – qu'on a fini par appeler tout court la théorie de MANCINI – consiste dans la conviction que le législateur, en posant des règles nationales de droit international privé, doit adopter les règles les meilleures en vue d'une codification internationale uniforme de droit international privé. D'après cette conception, il existe des principes de droit international privé absolument valables[16a]. Or le législateur national doit les adopter sans réserve aucune et le juge national les appliquer, indépendamment des règles de droit international privé ou des règles de procédure civile internationale choisies par les autres Etats, et qui empêchent éventuellement, aux solutions nationales, d'êtres douées d'efficacité dans les autres Etats. Ainsi s'explique le refus du renvoi, dans le

[16a] Que les idées universalistes de MANCINI aient trouvé beaucoup d'échos aussi en Suisse, en témoigne l'étude déjà citée de W. BURCKHARDT (cf. note 6), quand il décrit à la page 263 le but du législateur du d. i. p.: «... Statt besonderer Lösungen zwischen dem schweizerischen und den fremden Rechten, allgemeingültige Lösungen, die sich zur Schlichtung aller Kollisionen eignen, in die unser Gesetz, in die ein Privatgesetz überhaupt, geraten kann, und eine für die Gesamtheit der Staaten brauchbare Konfliktsordnung verwirklichen, ein Vorbild, wie es das italienische Gesetzbuch unter der Führung Mancinis aufzustellen versucht hat.» La critique de W. BURCKHARDT contre l'utopie de MANCINI montre d'une façon très précise l'orientation générale de la doctrine suisse de d. i. p.

système italien, ainsi s'explique aussi le manque total de coordination entre les solutions des conflits de lois et des conflits de juridiction.

Ainsi une conception, issue d'une généreuse idée universaliste, finit par limiter les options et les intérêts à une vision strictement nationale des problèmes. Ajoutons que la solution fondamentale adoptée par cette conception, le principe de la loi nationale, n'a pas fini par s'imposer, et non seulement dans les pays anglo-saxons, restés toujours fidèles au principe du domicile. Et, encore que les Etats fidèles au principe de la nationalité n'ont jamais su résoudre d'une façon rationnelle le cumul des lois applicables dans les rapports de droit de famille entre sujets de différente nationalité (les questions des doubles nationaux mises à part).

Aussi beaucoup d'enthousiasme qui entourait les idées et les codifications «globales», inspirées d'un principe unitaire, a été dissout par l'expérience historique.

D'autre part même le produit le plus important de la vision universaliste de MANCINI, à savoir la codification du droit international privé par les conventions internationales élaborées par les Conférences de La Haye, a été entaché – du moins dans les conventions des premières années du siècle – par l'application radicale du principe de la nationalité: refusées par les pays anglo-saxons, ces conventions ont été dénoncées par la suite par plusieurs Etats européens, soucieux de protéger avant tout leurs intérêts nationaux.

Ajoutons pour finir que la théorie du renvoi, élaborée à une époque successive de celle de MANCINI, est en contraste évident avec la vision universaliste dont nous parlions. Or le renvoi, surtout dans sa forme la plus diffusée de renvoi au premier degré, bien que reposant sur des premisses tout à fait pragmatiques, a fini par s'imposer d'une façon inattendue.

C'est un principe beaucoup moins «absolu» qui a inspiré le législateur suisse dans les quelques dispositions de la LRDC. Il est intéressant de noter qu'une idée clé, qu'on pourrait appeler avec BATIFFOL, la vocation subsidiaire de la loi interne, se trouvait déjà énoncée dans le code civil zurichois de BLUNTSCHLI de 1853. En effet les paragraphes 3 et 4, concernant les relations de droit de famille et des successions, précisaient que la loi nationale (étrangère) était seulement applicable, si cette loi nationale le prescrit. Nous retrouvons ce principe surtout à l'art. 28 LRCD concernant les Suisses à l'étranger. Cette norme signifie deux choses, pre-

mièrement que la loi étrangère ne doit pas être appliquée si le législateur étranger ne prescrit pas son application, deuxièmement, que le législateur suisse ne veut pas imposer l'application de sa loi en dehors de l'Etat, si le législateur étranger ne le permet pas. Peu importe qu'on veuille interpréter l'art. 28 en tant que «bedingte Sachnormverweisung» ou en tant que véritable renvoi[17]. Ce que la règle et son interprétation jurisprudentielle[18] mettent en évidence est toutefois un refus de poser des règles de conflit ayant une valeur «absolue» et surtout une précise volonté d'élargir la sphère d'application de la loi interne chaque fois que la loi étrangère ou d'autres circonstances particulières le permettent.

Le «respect» du droit étranger à l'étranger, indépendamment du critère de rattachement qui pourrait justifier l'application du droit étranger, est de toute évidence aussi à l'art. 31 concernant les rapports pécuniaires des époux suisses à l'étranger[19]. On est donc très loin de la vision universaliste et certainement utopique de MANCINI. Aussi longtemps que les règles de conflits des lois resteront «nationales», elles devront toujours s'adapter à la réalité de la présence de systèmes juridiques nationaux «plus forts» chez eux, elles seront donc toujours marquées par un aspect pragmatique et de compromis.

D'une façon inverse, la loi interne tendra toujours à s'imposer même contre les principes «rationnels» qui inspirent les règles de rattachement, si des intérêts juridiques de fond (qui sont eux-mêmes l'expression de «valeurs» politiques) l'imposent. C'est le cas du renvoi au droit suisse pour les suisses à l'étranger. Mais nous en avons d'autres preuves, dans la défense acharnée de *l'onus probandi* des parties quant au contenu du droit étranger, et ceci malgré l'existence de la disposition de l'alinéa 2 de l'art. 2 LRDC. Le fait que le Tribunal fédéral et la plupart des Tribunaux suisses refusent l'application *ex officio* du droit étranger et recourent volontiers à la fiction d'identité du droit étranger inconnu et du droit suisse[20] et ceci

[17] L'explication théorique de l'art. 28 LRDC est toujours débattue. Cf. E. BORIOLI, La notion de renvoi en droit positif suisse, Genève 1967, p. 97 ss.; F. VISCHER, IPR, p. 546 s.

[18] ATF vol. 78 II 1952, p. 204 ss.

[19] Cf. F. VISCHER, IPR, p. 612 s.

[20] Il est vrai que cette fiction d'identité est désormais abandonnée par le Tribunal fédéral (arrêt *Sznajer* ATF vol. 92 II 1966, p. 111 ss.). Mais cet abandon a eu lieu en fonction de la révisibilité du droit suisse appliqué à la place du droit étranger, devant le

malgré les critiques parfois violentes de la doctrine[21] invite à réflexion. Or je pense que la meilleure réflexion sur cet argument reste celle de BATIFFOL qui interprète les «défaillances» de la loi étrangère (mieux vaudrait parler des défaillances du juge national envers la loi étrangère) en s'appelant à la «plénitude de compétence» de la *lex fori* (aujourd'hui BATIFFOL préfère parler de la «vocation subsidiaire» de la loi interne française, ce qui revient au même)[22].

Cette force expansive du droit interne ne doit tout de même pas faire crouler ce qu'il y a d'essentiel à tout système de droit international privé qui soit digne de ce nom, à savoir le respect le plus étendu possible de la loi

Tribunal fédéral. Personne ne sait aujourd'hui quelle justification donneront les tribunaux suisses à l'application du droit suisse à la place du droit étranger inconnu.

[21] Personnellement j'ai aussi critiqué cette pratique judiciaire et je continue à la critiquer puisqu'elle met en cause le devoir fondamental du juge en présence d'une espèce «internationale»: appliquer le droit qui est le plus étroitement lié avec l'espèce. Cf. Conoscenza e interpretazione del diritto straniero, Annuaire, vol. 11, 1955, p. 105 ss; Die Maxime iura novit curia und das ausländische Recht, Archiv f. civ. Praxis. vol. 155, 1956, p. 469 ss. Toutefois, dans cette deuxième étude, je me rendais déjà compte que cette pratique était l'indice d'une «vérité» du d. i.p. que la théorie traditionnelle tend à oublier. Je pourrais formuler aujourd'hui cette «vérité» en soulignant le dualisme permanent, l'antinomie inévitable et toujours présente entre la loi du juge et la loi applicable d'après les règles de rattachement, dualisme et antinomie qui se manifestent soit dans les textes législatifs que dans les solutions judiciaires issues de ces textes. L'existence de deux grands critères, en conflit entre eux (à juste raison W. WENGLER parle de collisions entre les principes généraux du droit international privé: Die allgemeinen Grundsätze des IPR und ihre Kollisionen, Zeitschrift f. öffentliches Recht, vol. 23, 1944, p. 473 ss.) empêche de donner un caractère «absolu» à toute construction rationnelle des règles de conflits et met l'accent sur leur relativité. La même vérité je crois avoir établi en étudiant les conflits de lois dans le temps, dont les solutions concrètes sont toujours construites en partant du dualisme entre *lex temporis (acti)* et la loi en vigueur au moment de l'analyse concrète du rapport juridique (principe dit «d'ordre public», qui impose l'application immédiate de la nouvelle loi). Cf. mon Intertemporales Privatrecht, dans: Schweizerisches Privatrecht, vol. I, Bâle 1969, p. 355 ss., spécialement p. 376 ss. (Antinomie zwischen Rückwirkungsverbot und ordre-public-Klausel). L'effort du législateur et de son interprète tendra toujours à établir un équilibre et garantir ainsi un minimum de continuité et d'unité des solutions soit à l'intérieur du système juridique qu'entre les systèmes juridiques (cf. mon Intertemporales Privatrecht, p. 421).

[22] H. BATIFFOL, Manuel de d. i. p., 2e éd., Paris 1955, p. 379 ss. Aujourd'hui (DIP, 5e éd., Paris 1970, p. 413 ss.) il parle de «vocation subsidiaire».

qui soit en contact le plus étroit avec le rapport juridique en discussion (ce qu'une théorie trop facilement critiquée, appelait le «respect des droits acquis», idée foncière, malgré toutes les critiques, des conflits des lois dans le temps et dans l'espace). C'est donc dans la recherche toujours renouvelée d'un équilibre dynamique entre *lex fori* et la loi étrangère la plus proche à l'espèce, que réside le noyau du droit international privé. Des affirmations unilatérales en faveur de la *lex fori*, si chères à certains auteurs américains[23], ne servent pas la bonne cause de cette discipline scientifique. Et de même ne servent pas la bonne cause des affirmations du genre de celle du Tribunal fédéral dans l'arrêt *Sznajer*[24] d'après lesquelles le juge doit appliquer en principe seulement le droit interne.

4. Droit international privé et codifications de droit privé

En tant que discipline scientifique moderne le droit international privé – on peut l'affirmer sans difficulté – est né avec les codifications. L'intérêt de la doctrine a été éveillé par les quelques règles de conflits qui précèdent ou accompagnent les codes autour de 1800. Ces règles ont offert aux juges et aux juristes en général le point de départ, la base textuelle indispensable à l'élaboration de la matière. Le juriste européen, surtout à partir du juriste savant, formé dans les Universités médiévales, n'a jamais pu déployer sa méthode, qu'en partant d'une *lex*, n'importe si cette *lex* est un fragment du *Corpus juris* ou une disposition de loi promulguée par un Etat.

Mais il y a des connexions plus profondes qui expliquent l'essor du droit international privé en tant que science à l'abri des grandes codifications. S'il est vrai que le VIIIe volume du «System des heutigen römischen Rechts» de F.C.SAVIGNY, paru en 1849, représente un «tournant copernicien» dans la science du droit international privé[25] et cela grâce à la méthode de la détermination analytique du «siège» de chaque rapport

[23] Voir plus loin, au chapitre 6 de l'étude.

[24] Cité à la note 20.

[25] P.NEUHAUS, Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache, Rabels Zeitschrift, 1949, p. 365. Sur l'influence de SAVIGNY et de son VIIIe volume du «System» en Suisse, voir aussi mon Intertemporales Privatrecht, p. 399ss.

de droit[26], il faut bien préciser qu'une telle méthode suppose l'élaboration systématique du droit privé et sa «consécration» par la science du droit des pandectes, d'abord, et par les codes de droit civil, ensuite. On a bon jeu en affirmant que SAVIGNY n'aurait pas pu écrire son VIIIe volume sur les conflits de lois dans le temps et dans l'espace s'il n'avait pas écrit avant les autres volumes sur le système du droit civil (des Pandectes)[27]. Les grandes codifications du droit civil, en premier lieu la napoléonienne, ont fini par donner une valeur de droit positif au système des «instituts» de droit civil, que les auteurs du XVIIIe siècle en France et l'école des Pandectes au XIXe siècle en Allemagne, avaient lentement dégagée de la grande tradition européenne du droit commun: qu'on pense à la notion de contrat, d'acte illicite, d'obligation etc. La nouvelle voie du droit international privé, qui trouve son fondement dans la distinction de ces «instituts» et des «catégories», en éliminant la recherche de la sphère d'application des différentes lois, n'est pas concevable sans l'élaboration scientifique du droit privé, qui a son point de départ dans le droit naturel et rationnel du XVIIe et XVIIIe siècle et débouche dans les grandes codifications du droit privé[28].

D'autres liens très profonds entre codification de droit privé et droit international privé peuvent facilement être décelés: je pense en particulier au rôle de l'autonomie de la volonté dans le *ius commercii*. C'est un principe fondamental que nous découvrons soit dans le Code Civil, soit dans la pensée de SAVIGNY, pour qui le droit (c'est une pensée nettement inspirée par KANT) garantit la pleine et libre explication de la volonté individuelle[29] et réalise ainsi sa fonction morale. C'est dans ces idées qu'il

[26] Ce que GIERKE appelait «centre de gravité», WESTLAKE «la connexion la plus étroite» et VON BAR, «la nature des choses». Cf. E.RABEL, The conflict of laws. A comparative study, Ann Arbor 1958, vol.I 2e éd., p.77. Cf. aussi H.BATIFFOL, DIP, Paris 1970, p.321ss.

[27] Ce que représente l'école des Pandectes dans l'ensemble de l'évolution du droit européen sur la voie de sa «rationalisation» et de son progrès scientifique, personne ne l'a décrit d'une façon plus heureuse que F.WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2e éd., Göttingen 1967, p.430ss. Et de même pour ce qui est du passage du positivisme scientifique des grands pandectistes au positivisme législatif du XIXe siècle (p.458ss.).

[28] Des remarques très pertinentes à ce sujet dans T.BALLARINO, Costituzione e diritto internazionale privato, Diritto internazionale, 1970, I, p.20s.

[29] System des heutigen römischen Rechts, vol.I, 1839, p.53s., 331ss. Cf. F.WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, p.375s.

faut rechercher le fondement du principe de l'autonomie de la volonté comme règle de rattachement en matière de contrats internationaux.

Aussi il semblerait un lieu commun d'affirmer que les codifications du droit international privé suivent nécessairement et sont foncièrement liées aux grandes codifications nationales du droit privé. La destinée des unes paraît intimement liée à celle des autres; aucun problème technique particulier au droit international privé, aucun aspect de politique législative inhérent à cette discipline semblent justifier son évolution différente dans l'optique de la rédaction écrite des règles qui la président.

Tout en étant des règles qui ont pour objet d'autres règles et non pas des rapports juridiques *(ius supra iura, Recht über Recht)*[30] les normes de conflit partagent foncièrement le sort des règles dont ils traitent; les règles de droit international privé partagent donc le sort du droit privé[31]. Ce lien semble toutefois mis en doute par les savants. MAX GUTZWILLER a écrit à ce propos[32]: «N'oublions pas toutefois une particularité du droit international privé qui n'est pas sans importance. Alors que les grands codes civils sont fortement empreints des conditions sociales et économiques de leur époque (je ne citerai, à titre d'exemple, que le code civil français de 1804, issu de la Révolution; le code civil suisse de 1907, contenant les résultats du développement des questions sociales vers le début de notre siècle; et les codes civils de la Russie soviétique, avec leurs restrictions de la propriété privée, leur quasi-suppression du droit des successions et leur abolition du *pater familias*), le droit international privé est absolument étranger à ses considérations matérielles. Abstraction faite de ses fondements, qui le rattachent au droit international public et à la souveraineté personnelle et territoriale de l'Etat (notions, elles aussi, essentiellement abstraites) les questions des conflits des lois civiles renfer-

[30] Un approfondissement de cette notion dans mon Intertemporales Privatrecht, p. 416 s. (Rechtsanwendungsrecht).

[31] M. GUTZWILLER, Internationalprivatrecht, Berlin 1931, p. 1538: «Demnach gehört das IPR, ohne Privatrecht zu sein, doch zum Privatrecht». La doctrine allemande considère à juste titre le droit international privé comme faisant partie du droit privé. Cf. tout dernièrement BEITZKE/COING/FIRSCHING/KORKISCH, IPR, vol. I, Berlin 1970, p. 6 n. 15 avec les renvois bibliographiques. Le même point de vue est accueilli par la doctrine française: cf. BATIFFOL, DIP, 5e éd., 1970, I, p. 22 s.

[32] M. GUTZWILLER, Le développement historique du droit international privé, Recueil des Cours de la Haye, vol. 29, 1929, IV p. 376.

ment un problème purement juridique, voire technique, abandonné dans une mesure bien large aux décisions d'un petit comité d'experts.»

Je pense que même son auteur considère aujourd'hui ce jugement quelque peu hardi: par excès, pour ce qui concerne les codifications du droit privé, par défaut pour ce qui est du droit international privé. A côté de codifications «révolutionnaires» – et par les circonstances qui les ont réalisées et par les conséquences issues d'elles – l'histoire de la codification du droit privé nous propose aussi des cas nombreux de simples «rédactions par écrit» du droit en vigueur. Je ne pense pas seulement aux recueils de lois de l'époque préilluministe, tous inspirés par la «réforme» et le développement du droit précédent[33], mais aussi et surtout à des codifications récentes.

Il est vrai que les grandes codifications postrévolutionnaires ont possédé un élan innovateur considérable, voulant d'une part éliminer les anciennes autonomies et particularismes juridiques, et offrir d'autre part une solution unitaire et rationnelle aux problèmes de la vie sociale. La foi illuministe dans le caractère universel et rationnel des règles juridiques, venait de se rencontrer avec l'exigence de liberté et de sécurité juridique de la classe bourgeoise toujours plus dynamique: de cette rencontre le code en est l'expression. Il y a certainement encore d'autres codifications qui montrent un caractère nettement révolutionnaire. Je pense aux grandes «réceptions» modernes, à la transplantation du code français en Roumanie en 1865 ou à celle du code civil suisse en Turquie en 1926. Ces codifications ont certainement forcé l'évolution sociale du pays. «Il y a là – écrit H. MAZEAUD[34] – une espèce d'opération chirurgicale brutale, une greffe hardie, tentée pour transformer le milieu et rattacher ainsi ses pays à l'Europe.»

Bien différemment nous devons juger plusieurs codifications récentes – je pense au code italien de 1942, au code grec de 1940, au projet hollandais du prof. MEIJERS, c'est-à-dire à des textes assez proches dans le temps et qui peuvent offrir un objet de comparaison pour des codifications éventuelles de droit international privé. On peut affirmer que ces codifica-

[33] Je renvois simplement à WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, p. 189ss., en particulier sur les «réformations» des législations allemandes.

[34] L'influence du code civil dans le monde. Travaux de la semaine internationale de droit, Paris 1954, p.570.

tions récentes ne veulent pas transformer les structures sociales et économiques du pays mais se limitent à perfectionner la tradition législative et jurisprudentielle précédentes. Ils ne sont pas le symbole d'une rupture avec le passé, mais tendent foncièrement à consolider et perfectionner les résultats précédemment acquis, tout en gardant, dans la limite du possible, l'unité du droit privé aussi dans son aspect extérieur.

D'autre part il est quelque peu exagéré de vouloir nier l'influence des aspects de fond – économiques et sociaux en particulier – sur les législations de droit international privé. L'histoire de la LRDC, ainsi que celle de l'*Einführungsgesetz* l'enseignent. N'oublions pas non plus la portée presque révolutionnaire de ces législations dans l'histoire du droit international privé. Les grands débats sur l'application du principe de la nationalité ou du domicile, sur les catégories des rapports juridiques, sur la localisation des contrats et des actes illicites ont comme point de départ les règles écrites de conflits des lois. Ceci est vrai surtout pour ce qui est du développement systématique du droit international privé et de son noyau idéal: l'application du droit étranger ne constitue pas une simple mesure discrétionnaire du juge, prêt à tenir compte de la *comitas* internationale, mais un droit des parties et une obligation du juge[35].

Une fois reconnue l'étroite connexion existant entre droit privé et droit international privé, le problème de la codification du droit international privé dans un pays possédant un code de droit privé, comme la Suisse, paraît disposer d'un point de repère assez sûr. Or c'est exactement la crise profonde que traverse l'idée de codification ainsi que les grandes transformations du droit privé, surtout dans le dernier quart de siècle, à nous mettre en garde contre des conclusions trop simplistes. On irait évidemment trop loin en exposant ici les raisons et les aspects de cette crise. Abandon du formalisme juridique qui dominait les systèmes de droit privé

[35] Je me réfère aux remarques de la note 21. Pour ce qui est de la fonction innovatrice des législations du d.i.p., je me limite à citer une autre phrase de NOLDE, cité à la note 12, p. 307: «La recherche de formules présentant une cohérence logique amena à constater et combler des lacunes, à mieux saisir l'interdépendance des règles et à dégager plus aisément les principes. On pourrait presque dire que l'histoire du droit international privé moderne se confond avec l'histoire du droit de sa codification. La méthode nouvelle a créé un droit nouveau.» Voir aussi l'étude de TH. NIEMEYER, Vom Beruf unserer Zeit für die Revision und Kodifikation des internationalen Rechts, Zeitschrift f. internat. Recht, vol. 49, 1934, p. 3ss.

classiques du XIXe siècle et leur interprétation judiciaire, formalisme qui était indissolublement lié à la conception de l'unité logique et de l'exhaustivité de la codification; désintégration du «système» du droit privé, par le développement de nouvelles branches de droit, qui ne sont pas abordées par le code et finissent par en rompre même l'unité extérieure; fin du caractère «absolu» des droits privés et évolution constante dans le sens de leur fonction sociale; tels sont à mon avis les aspects les plus évidents du renouvellement récent du droit privé, qui finissent par faire douter de la possibilité d'une «codification» au sens traditionnel et européen du terme[36]. Personne toutefois ne peut affirmer que l'incapacité des systèmes classiques de droit privé de résoudre tous les problèmes juridiques actuels nous conduise vers un système uniquement judiciaire, qui abandonnerait aux juges la tâche de dégager les règles qui doivent présider leurs solutions (en établissant donc les règles par l'examen critique des solutions précédentes; ce qu'à Rome faisaient les juristes et non les juges, en appliquant la maxime «non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat»). Nous constatons au contraire aujourd'hui le développement toujours plus intense de la législation, dans tous les domaines. C'est l'idée même de l'Etat moderne, fondé sur le programme et le plan qui engage dans cette voie[37]. Ce qui change, c'est probablement

[36] Je me permets de rappeler simplement les recherches fondamentales de F. WIEACKER sur la crise de la codification du droit privé: Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, Festschrift G. Boehmer, Tübingen 1954, p. 34ss.; Das Sozialmodell der klassischen Gesetzbücher, Karlsruhe 1963, et sa synthèse dans la Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, notamment p. 514ss. Sur la notion de codification voir les remarques à la note 39.

[37] En ce sens des tendances toujours plus évidentes à l'épanouissement de la législation se manifestent aussi dans les pays anglo-saxons: cf. C. F. ALLEN, Law and Orders, 3e éd., 1965, p. 41.; W. FRIEDMANN, Legal Theory, 5e éd., London 1967, p. 315 ss. Ce n'est pas vers le «Richterstaat» que nous nous dirigeons (qu'on se rappelle la thèse exorbitante de R. MARCIC, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957) mais vers l'Etat planificateur et technocrate. En parlant auparavant de la fin du caractère absolu du droit privé, j'ai voulu mettre l'accent sur l'évolution constante du droit privé vers un droit «social», où les droits individuels sont toujours plus limités par le critère de leur fonction sociale, par «l'éthique sociale». Pour le droit international privé cela signifie notamment que les règles de droit privé interne, devenant de plus en plus des règles de droit «social» interne, finissent par s'imposer à tous, marquant ainsi un retour à la territorialité de la loi et à la vision unilatérale du problème des conflits de lois (détermination du champ d'application de la loi interne en tant que problème

le type de législation. On abandonne de plus en plus la législation-système (qui caractérisait le «code» continental et qui reposait sur les attributs «unique» et «complet») pour une législation-type, qui opère par des directives et des clauses générales, sans prétendre à la réglementation de détail (législation «par principes», «loi-cadre», *Richtliniengesetzgebung*, *Rahmengesetzgebung*), et en faveur aussi d'une législation de détail en des secteurs très limités, notamment ce que les allemands appellent «Massnahmegesetzgebung». Dans le premier cas, le juge est appelé à faire continuellement œuvre de «constructeur» des solutions concrètes, dans le deuxième cas, il se limite à des fonctions de simple contrôle. De même il serait illusoire de penser que la fonction judiciaire pourrait éliminer, dans le monde de demain, la fonction législative. Le juriste – et le juge en tant que juriste par excellence – doit toujours œuvrer sur des textes, des *regulae*. Même si les règles de droit sont le produit de la jurisprudence, elles finissent par se séparer de leurs auteurs et par assumer une fonction autonome de «sources» de droit. Elles finissent aussi par s'organiser en système logique et cohérent, coordonné par des concepts strictement rationnels. Dans la tradition juridique continentale, personne ne doute sur les avantages issus du fait que ces «règles» soient le produit de la législation. Avantages fondés sur le caractère «scientifique» de toute œuvre législative, sur sa valeur générale, sur les garanties de prévisibilité des solutions et, pour finir, de sécurité juridique, qui l'accompagne[38]. Ce sera

principal du d. i. p.). Cf. Y. LOUSSOUARN, Les conséquences en d. i. p. du développement du rôle de l'Etat. Etudes de droit contemporain, Paris 1962, p. 293 ss.; H. BATIFFOL, DIP, 5e éd. vol. I, p. 299.

[38] F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, p. 542: «Jeder unmittelbare Durchbruch der Rechtsprechung zur sozialen Funktion wird notwendig mit Systemstörungen, Verformung der Begriffe, Missbrauch oder Preisgabe von Konstruktionszusammenhängen erkauft. Nun hat zwar die Rechtspraxis mit vollem Recht immer als ihre vornehmste Aufgabe nicht die system- oder begriffsgerechte oder elegant konstruierte Lösung empfunden, sondern die Entscheidung des Einzelfalles nach Rechtsvernunft im Rahmen der geschriebenen Rechtsordnung. Gleichwohl haben die höchsten Gerichte zur Aufgabe auch die Koordinierung der Rechtsprechung in die geistige und moralische Einheit der Gesamtrechtsordnung; dieses Wächteramt ist ohne die *beständige Orientierung an einem widerspruchsfreien systematischen und rechtsbegrifflichen Zusammenhang* nicht wahrzunehmen.» Et encore de F. WIEACKER, dans son étude Der Beruf des Juristen in unserer Zeit, Göttingen 1967, p. 15: «Entgegen einer oft auch von Wohlmeinenden vertretenen Erwartung soll sich der Jurist, und wieder zumal

encore la «législation» qui fournira la source principale au droit privé, et partant aussi au droit international privé de demain, du moins en Europe[39].

5. Circonstances qui conduisent à la codification du droit international privé

Passons maintenant à l'examen plus détaillé des codifications modernes de droit international privé, que nous avons rappelées dans les grandes lignes au deuxième chapitre, afin de dégager les voies possibles d'une nouvelle législation suisse de droit international privé.

Nous pourrons facilement distinguer (sans vouloir aucunement nous référer à une critère homogène, mais sur la base de situations particulière-

der Richter, auch der Durchsetzung persönlicher Wertungen ohne gesetzliche Grundlage oder gar *contra legem* [ent?] halten ... Der Richter kann nicht wie Moses vom Berge Horeb herabsteigen, zornig das goldene Kalb verbrennen und die mitgebrachten Gesetzestafeln aufrichten; Moses war ein Stifter und Gesetzgeber seines Volkes aus Gottes Vollmacht, nicht der Diener seines Volkes und eines überlieferten Gesetzes.» Pour finir une citation de moi-même (Intertemporales Privatrecht, p. 382): «Für den systematisch denkenden kontinentaleuropäischen Juristen sind allerdings seit der Naturrechtslehre und der Aufklärung die Vorzüge der legislativen Rechtssetzung und vor allem der erschöpfenden Kodifikation für das verantwortungsvolle Planen und Disponieren des Einzelnen und für die daraus entstehende Voraussehbarkeit und Bestimmtheit der Entscheidung nicht mehr aus dem Rechtsleben wegzudenken.»

[39] Il est désormais évident que le terme de codification doit être entendu, en vue d'une œuvre législative de demain, dans un sens très large, étant donné les difficultés inhérentes à la réalisation d'une loi d'ensemble, qui soit vraiment générale et exhaustive. D'ailleurs le mot «codification» a eu souvent, dans l'histoire, la signification de simple recueil écrit, doué d'une grande autorité (officielle ou privée) des règles de droit en vigueur («an orderly arrangement of the established rules in statutory form»). Tout au plus il s'agit alors d'éliminer des contradictions, d'éclaircir des points obscurs, de trancher des controverses. Qu'on pense aux codifications romaines et médiévales. La codification en tant que source unique et exhaustive du droit en vigueur («Alleinherrschaft und Alleingenügsamkeit des lückenlosen Gesetzes») est le produit de la rationalisation du droit dans la pensée continentale à partir du XVIIe siècle et trouve sa complète réalisation par le positivisme législatif du XXe siècle. Cette notion de codification reste complètement étrangère à la pensée anglo-saxonne. Cf. une synthèse claire de ce problème dans W. KÄGI, Kodifikation, dans le Wörterbuch des Völkerrechts de STRUPP/SCHLOCHHAUER, 2e éd., vol. II, 1961, p. 228 ss.

ment intéressantes) quatre types de codifications ou du moins de tentatives de codification: a) celles qui ont été réalisées dans le cadre d'une réforme du droit privé, b) celles qui ont été réalisées de façon autonome, c) celles qui se limitent à réaliser une harmonisation entre la pratique judiciaire et la loi, d) enfin les soidisantes codifications du type du «Restatement».

A) Codifications de droit international privé réalisées dans le cadre d'une codification du droit privé

Ici la codification du droit international privé rentre dans le cadre plus vaste d'une réforme législative de tout le système du droit privé. Ce sont des raisons de fond (mutation des conditions sociales) ou des raisons strictement techniques (par exemple unification du droit civil et du droit commercial) qui poussent à la réforme. On élabore aussi des normes de droit international privé plus correspondantes à l'évolution de la doctrine et de la pratique judiciaire.

Je place dans cette catégorie la codification italienne de 1942, la grecque de 1940, entrée en vigueur en 1946, le code soviétique de 1961 et le code portugais, entré en vigueur en 1967.

Le nouveau code civil italien[40] contient dans son introduction une série de règles de droit international privé (art. 17–31 des «Disposizioni sulla legge in generale») qui reproduisent, avec des modifications plutôt techniques, le système «mancinien» de 1865[41]. Il faut dire que cette réforme ne fut pas suggérée par les savants italiens; ceux-ci, à cette époque, n'avaient aucun intérêt particulier pour la «partie spéciale» du droit international privé et d'autre part la jurisprudence italienne en droit international privé était très pauvre. Par conséquent les éléments nouveaux de cette codification montrent un caractère très hétérogène; la réforme n'est pas le fruit d'une vision systématique et cohérente; certaines solutions

[40] Entré en vigueur en tant que texte complet en 1942. Toutefois les dispositions préliminaires qui contiennent aussi le d. i. p., ont eu exécution à partir de 1939, avec le Ier livre du code.

[41] Des normes expresses concernent les rapports personnels et patrimoniaux entre époux, la filiation, la tutelle; on précise que même les biens meubles sont soumis à la *lex rei sitae;* on prévoit, quant à la forme des actes, la possibilité de la soumettre aussi à la *lex substantiae;* on exclut par voie législative le renvoi, en consacrant ainsi la doctrine dominante.

sont inspirées des premières Conférences de La Haye, d'autres condensent tout simplement en règle légale ce que la doctrine avait élaboré (je pense surtout à l'exclusion du renvoi), enfin d'autres encore s'inspirent aux intérêts politiques de la communauté nationale italienne[42].

Aussi les «Principes de droit civil» adoptés par le Soviet Suprême de l'Union Soviétique, contenant des dispositions de droit international privé (art. 122–129) sont pauvres en innovations[43]. Ces dispositions, dédiées à des «questions choisies» de droit international privé se limitent à résumer une longue pratique des organes judiciaires et arbitraux. Seule exception à ce principe l'art. 127, concernant les successions, qui reconnaît une compétence sans restrictions à la loi de la dernière résidence permanente du de cujus[44] et introduit ainsi une limitation importante – certainement en lien étroit avec la reconnaissance progressive de la propriété privée sur certains biens – au principe de stricte territorialité qui dominait auparavant le système soviétique du droit international privé.

Un caractère plus original montrent les codifications grecque et portugaise, car elles sont nettement marquées par l'œuvre des savants qui les ont préparées. La codification grecque de droit international privé a été réalisée par MARIDAKIS et VALLINDAS[45]. Ce dernier dans toute une série d'articles remarquables en a expliqué les principes, fondés soit sur un modèle rationnel très clair, soit sur des exigences particulières de la

[42] Un projet de réforme du d.i.p. italien a été récemment proposé par le professeur E. VITTA, Prospettive del diritto internazionale privato (a cura dell'Istituto per la documentazione e gli studi legislativi), Milan 1968. Ce projet a une origine essentiellement privée et individuelle. Le volume contient aussi des commentaires du projet de quelques spécialistes italiens et étrangers. L'accueil du projet a été, soit parmi les commentateurs, soit parmi les autres spécialistes, assez froid.

Pour ce qui est de l'Espagne cf. l'article de A. MIAJA DE LA MUELA, Riflessioni sull'elaborazione di un nuovo sistema spagnolo di diritto internazionale privato e di diritto interregionale, Diritto internazionale, vol. 17, 1963, I p. 307ss.

[43] Cf. à ce propos L. A. LUNZ, Les règles de conflits dans les «principes de droit civil» de l'Union soviétique et des Républiques fédérées, Revue critique de d.i.p., 1964, p. 629ss.

[44] Jusqu'à l'entrée en vigueur des principes, on considérait applicable le droit soviétique: aux successions des citoyens de l'Union soviétique, aux successions des étrangers avec domicile dans l'Union au moment du décès et aux immeubles sis dans l'Union, quelles que soient la nationalité ou le domicile du de cujus.

[45] G. MARIDAKIS, Recueil des Cours de la Haye, 1954, I p. 111ss.

société grecque[46]. De même la codification portugaise de droit international privé est l'œuvre d'un savant, FERRER CORREIA[47]. Une tentative de nouvelle codification du droit privé, comprenant aussi un système exhaustif de règles de conflits est annoncée en Roumanie[48].

Dès maintenant nous pouvons conclure que la codification du droit international privé réussit normalement si elle est étroitement liée à une réforme législative du droit civil et cela prouve encore une fois la profonde unité qui existe entre droit privé et droit international privé. Ce dernier étant un instrument d'intégration et d'application du premier *(ius supra iura, Recht über Recht)* il est *normal* de le soumettre à révision en cas de révision de la législation de droit privé. En cas de révision partielle du droit civil (qu'on pense à la révision du droit sur l'adoption en Suisse) il sera aussi *normal* d'inclure dans la révision les règles de conflit correspondantes. Qu'on invite une personnalité de premier plan pour réaliser le projet (ce sera parfois une condition idéale à sa réussite, les exemples grec et portugais le prouvent) ou qu'on travaille en «petit comité», peu importe quant à la réalisation finale, si l'on fait abstraction de la valeur intrinsèque. Au contraire, les meilleures personnalités auront des difficultés énormes à s'imposer, si leur réforme du droit international privé n'est pas encadrée dans une réforme plus vaste du droit privé. Les exemples français, du Benelux, de l'Allemagne occidentale et de l'Autriche, dont nous parlerons bientôt, le prouvent.

Pour finir il est opportun de constater que des codifications partielles de droit international privé peuvent facilement se greffer sur des codifications partielles de droit privé. Cette situation se manifeste surtout en

[46] P. VALLINDAS, Le principe du droit unique en droit international privé grec, Revue hellénique de droit internat., 1948, p. 41ss.; Les principes de l'indépendance et de l'autonomie en droit international privé, ibidem, p. 209ss.; Les principes de la bilatéralité et de la possibilité d'internationalisation des règles de d.i.p., ibidem, p. 329ss.; Le principe de la nationalité et le principe de l'unité de droit dans la famille suivant le d.i.p. grec, ibidem, 1949, p. 1ss. Cf. A. MIAJA DE LA MUELA, Revista española de derecho internacional, 1950, p. 415ss.

[47] Revue critique de d.i.p., 1968, p. 369ss. Une traduction allemande des articles concernant le d.i.p. (14–65) dans Rabels Zeitschrift, vol. 32, 1968, p. 513ss. Cf. aussi un premier commentaire dans NEUHAUS/RAU, Das internationale Privatrecht im neuen portugiesischen ZGB, Rabels Zeitschrift, vol. 32, 1968, p. 500 ss.

[48] Voir Rabels Zeitschrift, vol. 33, 1969, p. 153.

Europe orientale, notamment dans les domaines des droits des personnes, de famille et des successions. Ainsi en Yougoslavie toute une série de lois portant sur le droit du mariage (1965), sur la tutelle (1965), sur le nom (1965), sur les successions (1955) sont complétées par des normes de droit international privé[49]; en Hongrie, la réforme du droit de famille de 1952 contenait aussi, dans les sections 42 à 44, des règles de conflit[50]; de même la réforme du droit de famille dans la *Deutsche Demokratische Republik* (Allemagne orientale) de 1965 contient aux paragraphes 15–26 de son *Einführungsgesetz* des règles de droit international privé[51]; en Bulgarie le Code du droit de famille de 1968 contient aussi des règles de conflits[52].

Les nombreuses codifications, partielles ou totales[53] du droit international privé des pays de l'Europe orientale, qu'elles soient liées ou moins à la réforme du droit civil, appellent un mot d'explication. Ces lois correspondent en général à l'exigence de consolidation des nouvelles structures sociales et économiques réalisées par les radicales transformations politiques. Pendant des années ces pays, malgré la transformation, ont continué à être formellement régis par des codes de droit privé de l'ancienne période bourgeoise, bien qu'en pratique ces législations

[49] Le texte des dispositions de d.i.p. en matière de successions dans Revue critique de d.i.p., 1955, p.823s. Pour le reste v. F. KORKISCH, Neues internationales Privatrecht in Ostmitteleuropa, Rabels Zeitschrift, vol.32, 1968, p.601ss., spéc. p.604.

[50] Cf. KORKISCH, cité à la note précédente. La Hongrie va se donner un nouveau code de d.i.p. dont les lignes essentielles sont présentées par F. MÀDL, Codification of Private international Law in Hungary, Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, vol.10, 1968, p.200ss. Je reviens sur ce projet.

[51] Texte dans le Gesetzesblatt de la DDR, 1966, vol.1, p.21ss. Traduction française dans Revue critique de d.i.p., vol.55, 1966, p.516ss., avec commentaire de MAKAROV, ibidem, p.519ss. Cf. aussi H. WIEMANN, Das internationale Familienrecht des Einführungsgesetzes zum Familiengesetzbuch, dans la revue Staat und Recht, 1966, p.398ss. Traduction italienne dans Diritto internazionale, 1966, I p.348ss. Je reviens aussi sur ce texte.

[52] Une traduction allemande est contenue dans la revue Die wichtigsten Gesetzgebungsakte in den Ländern Ost- und Südosteuropas, Monatshefte f. Osteuropäisches Recht, Hamburg, (WGO) vol.10, 1968, p.84ss.

[53] Il est aussi très important de rappeler que les Etats de l'Europe orientale ont conclu entre eux, dans le domaine du droit des personnes, de famille et des successions, toute une série de conventions bilatérales, donnant lieu ainsi à un droit international privé commun: cf. KORKISCH, cité à la note 49, surtout p.604ss.

dépassées n'aient pas gardé grande importance. Mais une fois les nouvelles structures consolidées, on a éprouvé le besoin de les munir des garanties juridiques classiques. En ce sens on peut aussi souligner le rapprochement constant de la méthode juridique entre les pays du Continent européen, de l'Est et de l'Ouest. Ces codifications partielles du droit international privé des pays de l'Europe orientale offrent aussi l'occasion d'une autre réflexion. Nous constatons d'emblée que l'exigence de codification a été ressentie surtout dans les domaines du droit des personnes, de famille et des successions. Ici les résultats ont été très concrets et positifs. On peut déjà se demander si la limitation des matières réglées par notre LRDC n'ait pas une justification moins casuelle, ne corresponde pas à une différence de structure des problèmes posés par les conflits de lois dans le droit des personnes, de famille et des successions et dans le droit des biens (droits réels et obligations). A première vue on est tenté de soutenir que dans ces derniers domaines le principe de la *lex rei situs* et le principe de l'autonomie des parties s'imposent d'eux-mêmes. Mais les exemples offerts par les pays de l'Europe orientale nous obligent à modifier cette première réponse. Personnellement je pense que la nécessité de régler des conflits de lois dans le domaine du droit des personnes (au sens romain du terme, le livre «*de personis*» traite aussi de la famille et de tous ses aspects patrimoniaux) est la plus immédiate, dans un pays qui limite énormément la liberté patrimoniale et dans lequel par conséquent les règles de conflits en ce domaine (le «*de rebus*» des romains)[54] n'ont presque pas d'importance pour l'individu. Précisons encore que les règles de conflits se présentent comme une garantie de liberté de l'individu, qui se voit soustrait à la pure et simple application territoriale du droit, en faveur de l'application de la loi la plus adéquate au rapport juridique (sans vouloir ici discuter des critères de rattachement choisis par les lois).

[54] Il est vrai que le *de rebus* comprenait aussi les successions. En effet le droit des successions participe toujours de cette double qualité, personnelle et patrimoniale. L'élément personnel (du groupe familial) semble prévaloir dans les systèmes qui reconnaissent le principe de la réserve en faveur des membres de la famille, comme c'est le cas dans les droits continentaux. Il est peut-être important qu'aussi la Suède prépare, depuis 1959, une codification du droit international privé en matière de droit de famille et des successions. Cf. J.FISCHLER, Vorläufige Teilreform des internationalen Familienrechts in Schweden, Rabels Zeitschrift, 1966, p. 505 ss.

B) Codifications de droit international privé qui ont été réalisées ou dont on essaye la codification d'une façon autonome de toute codification de droit privé

Les résultats positifs, si l'on excepte les pays de l'Est, sont beaucoup plus rares que dans le premier groupe. Dans les Etats de l'Europe orientale on comprend facilement les raisons du succès. Aussi nous avons assisté en 1965 à la promulgation de la Codification polonaise de droit international privé[55], en 1963 à la promulgation de la législation tchécoslovaque[56], en 1964 en Albanie[57] et, bientôt, en Hongrie, comme nous avons déjà précisé.

Bien différente est la situation en Europe occidentale, comme nous le montrent les vicissitudes des projets français et des pays du Benelux, pays avec une grande tradition dans le domaine de la législation. Je pense que les insuccès des tentatives de réforme dans ces pays prouvent les difficultés d'une codification «isolée» du droit international privé. En général, ces tentatives sont dues à l'initiative d'un seul ou d'un petit groupe de savants qui veut essayer d'imposer ses vues particulières. Ni la «société civile», ni le Parlement ou le Gouvernement sont sensibles aux exigences de créer un nouveau système de droit international privé. Les projets, une fois soumis aux savants qui n'ont pas participé à leur élaboration et aux groupes intéressés, sont toujours objet de critiques, parfois violentes:

[55] Traduction française dans la Revue critique de d.i.p., vol. 55, 1966, p. 323 ss.; traduction allemande dans WGO vol. 7, 1965, p. 378 ss. Cf. KORKISCH, cité à la note 49, et LUDWICZAK, Les modifications apportées au d.i.p. polonais par la loi 12.11.1965; Etudes sur le droit polonais actuel, 1968, p. 135 ss.; J. RAJSKI, The New Polish Private International Law, International and Comparative Law Quarterly, vol. 15, 1966, p. 457 ss.; S. SZER, La nouvelle loi polonaise sur le d.i.p., Journal Clunet, vol. 93, 1966, p. 346 ss.; D. LASOK, The Polish System of Private International Law, American Journal of Comparative Law, vol. 15, 1966–67, p. 330 ss.

[56] Traduction française dans Revue critique de d.i.p., vol. 54, 1965, p. 614 ss.; R. BYSTRICKY, Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en d.i.p., Recueil des Cours de la Haye, 1968, vol. I, p. 123 ss.; Z. KUCERA, La loi tchécoslovaque du 4.12.1963, Journal Clunet, 1966, p. 783 ss.; P. KALENSKI, Les traits essentiels des nouvelles codifications tchécoslovaques du droit du commerce international et du d.i.p., Revue internationale de droit comparé, vol. 16, 1964, p. 565 ss.; KORKISCH, cité à la note 49; traduction allemande dans LUNZ, Internationales Privatrecht, Berlin 1964, vol. II, p. 361 ss.

[57] Traduction allemande dans WGO vol. 7, 1965, p. 77 ss. Cf. KORKISCH, cité à la note 49.

discussions sur le plan technique, discussions sur les grandes lignes de la politique législative nationale, discussions profondes d'école.

Qu'on se rappelle rapidement l'histoire du projet français. L'initiative revient à NIBOYET et le Comité français de droit international privé, constitué en 1951 en élaborant un «projet de loi relative au droit international privé» s'est inspiré à l'avant projet du grand maître, qui remonte au 1939. Le projet de 1951 fut discuté à tous les échelons, soumis aux tribunaux et aux universités. On en a critiqué l'ampleur, l'empreinte nationaliste, la recherche de la réglementation de détail. Un nouveau projet fut élaboré, beaucoup plus synthétique, qui élimine toutes les dispositions concernant les problèmes généraux: qualification, renvoi, ordre public: il a été accepté tel quel dans l'Avant-Projet de la Commission de réforme du code civil, devenant ainsi partie intégrante d'un projet de réforme beaucoup plus ambitieux[58]. Mais là encore on ne s'arrête pas: revu une première fois par BATIFFOL, il est objet d'une refonte par J. FOYER et c'est ainsi qu'il se présente aujourd'hui à l'examen critique des spécialistes[59]. On ne peut pas lui donner de grandes chances de réussite[60].

Le projet Benelux est né dans un contexte plus vaste. En constituant en 1948 la Commission Benelux chargée de l'étude de l'unification du droit, on pensait que l'unification du droit international privé aurait été la première et la plus facile à réaliser. Le gouvernement hollandais soumit à la Commission un projet de loi uniforme du prof. MEIJERS: l'immense

[58] Revue critique de d.i.p., vol. 39, 1950, p.111ss., ainsi que le volume présenté par le Comité français de d.i.p., La codification du d.i.p., Paris 1956. Voir encore la présentation de H.BATIFFOL, Das IPR im Entwurf eines neuen Code civil, Zeitschrift f. Rechtsvergleichung, 1965, p.11ss. Le problème de la codification du d.i.p. est débattu en France depuis longtemps, comme le prouve le volume collectif La codification du d.i.p., Paris 1932.

[59] Cf. P.BELLET, Journal Clunet, 1968, p.46ss.; J.FOYER, Journal Clunet, 1971, p.31ss. Il a été aussi présenté à la Commission de la Communauté économique européenne en tant que contribution française à l'unification du d.i.p. européen: cf. K.H.NADELMANN/A.T.VAN MEHREN, A French Draft of a Law on Private International Law, American Journal of Comparative Law, vol.18, 1970, p.614ss.

[60] Il est quand même intéressant de noter que la tendance à la codification du d.i.p. est toujours considérable dans les pays de droit d'inspiration française. Cf. la codification du Madagascar de 1962, texte français dans Revue critique de d.i.p., vol.53, 1964, p.376s. Cf. aussi l'évolution législative en Tunisie, Revue critique de d.i.p., vol.58, 1969, p.17ss.

autorité de son auteur conduit rapidement à l'accueil du projet. Un traité pour l'introduction de la loi uniforme fut signé en 1951. Bien qu'il ait été soumis immédiatement à la ratification, il n'est pas encore entré en vigueur, vingt ans plus tard! D'abord il s'agissait de critiques limitées, par exemple l'art. 4 concernant les personnes juridiques, les art. 6 et 7 sur la séparation et le divorce. En vue de dépasser ces difficultés on rédigea, après de longues consultations, deux projets de protocole. Entre temps des nouveaux problèmes surgirent; plusieurs conventions élaborées par la Conférence permanente de La Haye venaient d'être approuvées: elles contenaient des règles en partie différentes de celles de la convention entre les trois Etats du Benelux.

Aussi décida-t-on d'abandonner la convention et d'en préparer une nouvelle version, qui parut en 1968[61]. Elle contient de nombreuses variantes à l'égard du premier projet.

On remarquera que le climat général a changé considérablement. Tandis qu'en 1947 les juristes des pays du Benelux et notamment les hollandais étaient très favorables à une nouvelle codification du droit international privé, ces mêmes juristes pensent aujourd'hui différemment. Une évolution assez caractéristique nous la trouvons dans la pensée de M. DE WINTER. En 1952[62] il était d'avis que, malgré l'évolution rapide de la science du droit international privé, la codification d'un certain nombre de règles aurait grandement contribué à la sécurité juridique. Mais récemment il est d'autre avis, en premier lieu du fait que le projet a constitué une véritable «source» pour la pratique de droit international privé dans le Benelux[63], deuxièmement parce que la discussion scientifique sur les grands problèmes de droit international privé a dès lors «explosé»

[61] Texte dans Revue critique de d.i.p., vol. 57, 1968, p. 812ss., traduction allemande dans Das Standesamt (Zeitschrift), vol. 22, 1969, p. 250s.; cf. L.I. DE WINTER, La nouvelle version du projet Benelux de loi uniforme de d.i.p., Revue critique de d.i.p., vol. 57, 1968, p. 577ss.; F. RIGAUX, Le nouveau projet de loi uniforme Benelux relative au d.i.p., Journal Clunet, vol. 96, 1969, p. 334ss.; M. FERID, Zum Entwurf eines einheitlichen Gesetzes über das IPR in den Beneluxstaaten, Das Standesamt, vol. 22, 1969, p. 241ss.

[62] Weekblad voor privaatrecht, notarisambt en registratie, 1952, n. 4238.

[63] La nouvelle version, cité à la note 61, p. 603: «Pour les juges, les avocats, les notaires, la loi uniforme fut souvent un phare au milieu de la mer brumeuse et pour la science une source d'inspiration et un point de départ pour les études plus détaillées.»

et qu'il est par conséquent difficile d'en faire le point en vue d'une nouvelle loi[64].

L'expérience française et des pays du Benelux est donc négative quant à la possibilité de réaliser une codification «autonome» du droit international privé. Toutefois personne ne doute que les recherches et les projets élaborés par les savants de ces pays ont grandement contribué à l'avancement de la science et même à la consolidation de la pratique judiciaire[65].

[64] Il est opportun de rappeler les paroles de DE WINTER, qui suivent celles de la note précédente: «... si l'on veut à présent ériger en loi un certain nombre de règles dont la plupart ont été formulées il y a une vingtaine d'années et qui, comme nous venons de le voir dans le résumé fragmentaire ci-dessus, ne reflètent plus souvent l'état actuel de la doctrine, la crainte me semble fondée qu'on ne fasse marche arrière.

Ce n'est qu'à partir de 1951 qu'une véritable discussion internationale des questions de droit international privé tant fondamentales que concrètes a vraiment commencé. L'importance de cette branche du droit a été très considérablement augmentée par le fait que le commerce juridique international et les rapports juridiques sur le terrain du droit international privé ont été intensifiés d'une manière qui était alors imprévisible; le nombre de décisions judiciaires et de publications juridiques en matière de droit international privé, tant dans notre pays qu'ailleurs, a énormément augmenté en comparaison du nombre d'avant-guerre. En 1951 la Conférence de La Haye est sortie de sa léthargie et a élaboré depuis cette date dix-neuf conventions en matière de droit international privé et de droit international de procédure, dont certaines contiennent en ces matières des solutions tout à fait nouvelles. Grâce au fait qu'à présent nombre d'éminents juristes américains déploient également une activité considérable dans le domaine du droit international privé, une vive controverse est née sur les fondements de cette discipline et maintes solutions traditionnelles de conflits ont été remises en question. Des idées toutes nouvelles sur l'élaboration de règles de droit dans ce domaine apparaissent et font l'objet de discussions passionnées tant au Pays-Bas qu'à l'étranger. A la lumière de ce développement dynamique il est impossible de ne pas douter de l'opportunité d'une codification de règles de conflit quelles qu'elles soient. Les voix qui s'élèvent contre une telle codification augmentent en nombre et en force.»

[65] Les mêmes remarques valent pour ce qui est des importants efforts d'approfondissement scientifique du d.i.p. de l'Allemagne fédérale, en vue d'une réforme législative du d.i.p. Il n'est pas sans intérêt de noter que ses efforts ont porté jusqu'à aujourd'hui surtout sur le droit de famille et des successions. Cf. Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts, vorgelegt im Auftrag der Eherechtskommission des deutschen Rates für IPR, von W.LAUTERBACH, Berlin/Tübingen 1962 (compte rendu de NEUHAUS, Familienrechtszeitschrift, 1962, p.415ss.; IDEM, Zur Reform des deutschen internationalen Kindschafts-, Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts, 1966 (compte rendu de NEUHAUS, Familienrechtszeitschrift, 1967,

C) Codifications de droit international privé qui se limitent à harmoniser et réécrire le droit en vigueur

Plusieurs codifications, totales ou partielles de droit international privé des pays de l'Europe orientale ont abouti à un résultat favorable puisqu'elles se limitent – si je vois bien – à traduire dans de nouvelles formes législatives, la réalité juridique déjà existante. On éclaircit la pratique judiciaire, on précise des textes peu clairs, on réunit et on coordonne des dispositions de lois dispersées. Au fond ces mêmes exigences nous les retrouvons dans presque tous les systèmes juridiques, ayant un droit international privé codifié ou non. Toutefois, il faut en général une raison particulière pour pousser les Etats à des révisions, même seulement formelles – dans le sens énoncé – du droit international privé. Faute de ce motif spécifique, la réforme législative ne se réalise pas. Dans les pays de l'Est, l'adaptation d'un droit dépassé, datant de l'époque bourgeoise, a poussé à ce genre de réforme: ainsi en Hongrie, d'après ce qu'on apprend de F. MADL[66], ainsi dans la République démocratique allemande, dont les règles de conflit en matière de droit de famille n'innovent en aucun point essentiel les règles de l'*Einführungsgesetz* allemand, restées en vigueur dans les deux Allemagnes[67]. Il est vrai que les nouvelles dispositions ont toutes une formulation bilatérale, donc complète et qu'en ce sens elles mettent à jour une interprétation des règles unilatérales de l'EGBGB que toute la doctrine allemande, unanime, avait toujours acceptée.

Nous pouvons citer aussi d'autres situations qui ont permis une codification partielle du droit international privé dont le contenu est essentielle-

p. 22ss.); IDEM, Zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts, 1969. Quant au contenu du projet autrichien, élaboré depuis des années par l'Institut für Rechtsvergleichung de Vienne, sous la direction du Professeur F.SCHWIND, il sera rendu public dans un des prochains cahiers de la Zeitschrift für Rechtsvergleichung (communication privée du 11 juin 1971). Sur les idées de son auteur cf. F.SCHWIND, Problems of Codification of Private International Law, International and Comparative Law Quarterly, vol. 17, 1968, p. 428ss.

Sur les efforts de codification du droit international privé en général, v. surtout les articles de R. DE NOVA, Recenti sviluppi in diritto internazionale privato, Diritto internazionale, vol. 12, 1968, p. 20ss., SAUVEPLANNE, Beschouwingen over Codificatie van het Internationaal Privaatrecht, Nederl. Juristenblad, 1969, p. 609ss.

[66] Cité à la note 50.

[67] Littérature à la note 51.

ment celui d'harmoniser les textes de lois avec des exigences juridiques déjà acceptées par la *communis opinio*. Je pense notamment au *Wills Act* anglais de 1963[68] et à la loi belge sur le divorce d'étrangers du 27 juin 1960[69]. Ces deux lois sont le résultat d'exigences très particulières, le *Wills Act* substitue l'ancienne loi britannique de 1861 (le *Lord Kingsdown's Act*) concernant la forme des testaments – il s'agit du plus ancien texte de loi anglaise en matière de conflits de lois – en acceptant les solutions adoptées en matière de forme de testaments par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961.

La loi belge voulait éliminer les incertitudes jurisprudentielles en ce domaine, une fois abandonné le principe du cumul des deux lois en cas de «mariage mixte» (différente nationalité des époux); elle voulait ainsi étendre l'application de la loi belge, dont les causes de divorce sont assez limitées.

D) Codifications de droit international privé en tant que «Restatement»

Les codifications et lois rappelées dans la catégorie précédente ont renoncé à la prétention d'ériger un système exhaustif de règles et se justifient surtout du fait qu'elles harmonisent et précisent un droit déjà existant. En accentuant ces prémisses, nous atteignons un dernier «type» de codification de droit international privé, que nous appellerons le type du *Restatement*. Nous devons revenir un instant à la notion même de codification dans le monde juridique anglo-saxon[70]. Elle a pour but la réunion et la «consolidation» du droit coutumier et surtout judiciaire déjà en vigueur *(mere recording of the existing law, consolidation, declaration, restatement)*. En vue du volume croissant des décisions judiciaires établissant des précédents et donc des règles à suivre, et tenant compte aussi que souvent ces règles sont en contradiction entre elles, l'exigence de clarté et de cohérence du droit conduit souvent les pays anglo-saxons à se donner des «codifications». Elles se distinguent toujours des codifications européennes, car la précise volonté de «transformation» du droit en

[68] Traduction française et commentaire de A. VON OVERBECK, Revue critique de d.i.p., 1964, p. 581 ss.

[69] Texte et commentaire de T. BALLARINO, Diritto internazionale, 1961, I p. 343 ss.

[70] Cf. surtout les réflexions précédentes à la note 39.

vigueur ainsi que la prétention d'unité logique et d'exhaustivité leur fait défaut. Elles gardent en général un caractère fragmentaire et partiel, assez adhérent à la casuistique. Elles ressemblent plutôt à une compilation de critères de solutions des cas concrets et non pas à un système d'attribution de droits et d'obligations entre les sujets de droit; elles sont plus proches de l'édit du préteur romain que du «Pandektenrecht» de PUCHTA ou de WINDSCHEID[71].

On connaît l'histoire du «Restatement» américain de droit international privé[72]. Elle fait partie d'un mouvement plus général, lié à la fondation de l'*American Law Institute* en 1923, dont la tâche principale était la préparation d'exposés du droit de *common law* en vigueur aux Etats-Unis, dans les différentes matières, la préparation du «Restatement». Les exposés ne veulent pas obtenir l'approbation du législateur, ils veulent rester des recueils privés, dont l'autorité consiste uniquement dans leur valeur scientifique. En ce sens le *Restatement* ne veut ni être une codification législative ni un pas vers cette codification, il veut «préserver le système du *common law* qui consiste à développer le droit par voie de solutions judiciaires de cas d'espèce»[73].

De 1923 à 1934 un groupe de professeurs et de praticiens américains, sous la direction du grand maître de Harvard, JOSEPH H. BEALE, ont travaillé à la préparation du *Restatement of conflict of laws*. Pendant des dizaines d'années son succès fut éclatant: il a rempli la fonction qu'on lui avait attribué de la façon la plus féconde. Seulement dans les dernières années les grands ennemis de toute codification, notamment EHREN-

[71] Soulignons encore une fois le caractère «scientifique» de l'idée de codification continentale: construction d'un système complet et unitaire de normes, en partant de quelques «principes généraux» desquels on puisse déduire logiquement les règles de détail et, pour finir, les solutions concrètes. R. DAVID, Les grands systèmes de droit contemporains, 3e éd., Paris 1969, p. 101: «La notion romano-germanique de code (j'ajouterais: à partir du XVIIe siècle) vise à fournir aux citoyens non pas des règles immédiatement applicables aux difficultés qu'ils rencontrent, mais des règles plus générales, ordonnées en système, desquelles, par un travail aussi simple que possible, ils déduiront facilement la manière dont leur difficulté doit être résolue.»

[72] Cf. un résumé dans NOLDE, cité à la note 12, p. 343 ss.

[73] Déclaration officielle de l'American Law Institute, cité par NOLDE, op. cité à la note 12, p. 344.

ZWEIG[74] et CURRIE[75] ont levé leur voix critique – souvent véhémente, parfois atroce – contre le *Restatement* et la tentative actuelle d'en rédiger une nouvelle édition, sous la direction du prof. REESE[76]. Je n'ai aucune difficulté à reconnaître que le caractère très systématique, l'ampleur (625 articles) et des généralisations banales sont loin de satisfaire le spécialiste moderne du droit international privé. Toutefois le résultat reste imposant. Les douze chapitres du *Restatement* ont fourni une directive précieuse aux praticiens du droit, leur ont offert la possibilité essentielle de prévoir, par un simple effort de réflexion logique, les solutions judiciaires futures. Trop souvent les critiques du *Restatement* en particulier et du droit écrit en général oublient que le droit est avant tout un «*Ordnungssystem*», c'est-à-dire un ensemble de règles de conduite qui permettent à l'individu et aux autres sujets de droit de se conformer à une ordre préétabli. Si la *norma agendi* ne précède pas l'action, si le droit est conçu uniquement comme un système pour résoudre *a posteriori* les litiges, il n'y a plus d'espace pour une liberté-responsabilité individuelle[77].

Je ne veux pas entrer dans les détails du *Restatement*, et je me limite à souligner un point, très intéressant, à mon avis, pour toute éventuelle

[74] A. A. EHRENZWEIG, dans Symposium on New Trends in the Conflict of Laws, Law and Contemporary Problems, School of Law, Duke University, vol. 27, 1963, p. 700 ss.; IDEM, The Second Conflicts Restatement: a Last Appeal for its Withdrawal, in University of Pennsylvania Law Review, vol. 113, 1965, p. 1230ss.; IDEM, Das Desperanto des zweiten Restatement of Conflict of Laws, dans Ius Privatum Gentium, Festschrift Max Rheinstein, Tübingen 1969, p. 343 ss. EHRENZWEIG a déclaré à plusieurs reprises d'être un ennemi «en principe» de toute codification. Cf. Prospettive del diritto internazionale privato, Milano 1968, p. 301: "I am on principle opposed to any attempt at a comprehensive codification of private international law."

[75] B. CURRIE, Selected Essays on the Conflict of Laws, Durham N.C. 1963, et son essai dans le Symposium on New Trends in the Conflict of Laws, cité à la note précédente, p. 754 ss.

[76] Voir les publications annuelles de l'American Law Institute. Dernier volume consulté: 45th Annual Meeting, The American Law Institute, Proceedings 1968, paru en 1969. Le projet a été publié: American Law Institute, Restatement of the Law Second, Conflict of Laws. Proposed Official Draft, Part I–III, 1967–1969. Cf. aussi W. REESE, dans Symposium on New Trends in the Conflict of Laws, cité à la note 74, p. 679 ss.

[77] C'est le thème de fond de la doctrine européenne de la non-rétroactivité de la loi, que j'ai essayé d'approfondir dans mes études Dauer und Wandel im Recht, RDS 84, 1965, p. 1 ss.; La retroattività della legge nella prospettiva romanistica, dans mon volume Coniectanea, Studi di diritto romano, Milan 1966, p. 343 ss. et enfin dans mon Intertemporales Privatrecht.

codification suisse: le *Restatement* traite conjointement et des conflits de lois et des conflits de juridictions, montrant à l'évidence les connexions logiques et pratiques des deux problèmes. On ne peut pas espérer dans le succès d'une codification qui devrait se limiter à poser des règles de conflits des lois, en maintenant la situation chaotique existant aujourd'hui dans le secteur des conflits de juridictions en Suisse[78].

Certes, le *Restatement*, comme tout effort de fixer le droit judiciaire en dégageant des solutions concrètes des maximes et des règles générales, finit par rédiger et codifier un droit différent de celui en vigueur. Tout effort d'analyse critique de la pratique judiciaire représente à son tour une activité d'interprétation et donc aussi de construction du droit. Cela correspond aux données les plus sûres de nos connaissances modernes sur l'interprétation juridique[79] et n'est pas du tout un défaut. D'ailleurs tous les juristes qui ont fait des recherches jurisprudentielles savent quelles contradictions peuvent contenir les jugements du même pays et même du même tribunal et quelles difficultés existent dans l'effort de dégager la véritable *ratio* de la décision. Toute forme d'*adoration des décisions judiciaires* est aussi aberrante qu'irrationnelle. Une science bimillénaire telle que le droit européen ne peut pas accepter des attitudes si peu «scientifiques». S'il existe, et personne ne pourrait plus en douter, un apport fécond et constructif de la jurisprudence à la formation du droit, il existe aussi une jurisprudence qui est une véritable «source abusive de droit»[80] et que tout juriste conscient de sa mission doit savoir critiquer et refuser.

Le fait que le *Restatement* est une œuvre «privée» qui ne prétend aucunement à une reconnaissance officielle par l'Etat paraît le rendre assez

[78] Je pense en premier lieu aux problèmes de la compétence internationale des Tribunaux suisses, réglée, pour ce qui concerne le droit des personnes, de famille et des successions, par le droit fédéral (ainsi M. GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, p. 58 s. Cf. aussi ma note sur La competenza internazionale del giudice ticinese, dans Repertorio di giurisprudenza patria, Bellinzona 1959, p. 7ss.) et pour ce qui est des autres matières par le droit cantonal. Mais je pense aussi aux effets internationaux des jugements et des actes administratifs.

[79] Qu'il me soit permis de renvoyer simplement aux œuvres de E. BETTI, Teoria generale dell'interpretazione, Milan 1955, vol. II, et à H. G. GADAMER, Wahrheit und Methode, 2e éd., Tübingen 1965.

[80] En reprenant le titre d'une étude fort attachante de O. DUPEYROUX, Mélanges Maury, Paris 1960, vol. II, p. 349 ss.

étranger à la mentalité juridique européenne. Toutefois, si l'on regarde de près, on constate très souvent que des œuvres savantes ont représenté, en Europe, le prélude souvent inévitable à la codification. Sans vouloir revenir au droit romain et médiéval – personne n'oublie que les premières «codifications» romaines, le *Codex Hermogenianus* et le *Codex Gregorianus*, étaient des œuvres de savants et que les grands recueils des Coutumes ou les «Spiegel» étaient aussi privés que les écrits d'ACCURSE et de BARTOLE – nous connaissons assez bien le rôle des DOMAT et des POTHIER, des WINDSCHEID et des EUGEN HUBER dans l'œuvre de codification française, allemande et suisse. Et d'ailleurs, pour rester dans l'argument, est-ce que la fonction du Comité français de droit international privé ou du *Deutscher Rat für IPR* est très différente de celle du Comité de l'*American Law Institute* qui a élaboré le deuxième *Restatement*? Seule différence reste la tendance à la transformation de l'œuvre savante en texte législatif, qui est fondamentale à la *forma mentis* du juriste européen, qui veut prévoir dans la loi les solutions et offrir ainsi à l'individu le maximum possible de certitude et donc de liberté[81]. Le juriste européen reste l'homme de la loi.

6. «Nouvelles méthodes» en droit international privé

La discussion autour du *Restatement* nous introduit directement dans l'argument le plus brûlant de notre exposé. Depuis quelques années la critique de la codification en droit international privé est devenue un corollaire d'une critique bien plus générale qui touche aux fondements mêmes du droit international privé, tel que la science européenne le conçoit depuis SAVIGNY. C'est donc une critique qui investit la méthode du «choix de la loi applicable»: elle s'est développée surtout aux Etats-Unis (CAVERS,

[81] H. G. GADAMER, Wahrheit und Methode, cité à la note 79, p. 312: «Eben deshalb ist in einem Rechtsstaat Rechtssicherheit vorhanden, d. h. man kann *der Idee nach* wissen, woran man ist. Jeder Anwalt und Berater hat die prinzipielle Möglichkeit, *richtig zu beraten*, d. h. die richterliche Entscheidung auf Grund der bestehenden Gesetze richtig vorauszusagen»; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, La dottrina del diritto naturale, 2e éd., Milan 1962, p. 153: «Il giurista è l'uomo del *certum*. È giusto che egli sia tale, che egli sottolinei la *dura lex sed lex*, il vantaggio di leggi sia pure imperfette a confronto dell'assenza di ogni legge.» Cf. aussi les pages de B. LEONI, Freedom and the Law, Princeton 1961, particulièrement p. 77 ss. (Freedom and the Certainty of the Law).

CURRIE, EHRENZWEIG) et son écho en Suisse a été plus puissant que dans n'importe quel autre pays européen[82]. De ce fait, nous n'avons pas besoin de répéter le noyau de cette critique: si pour CURRIE l'essentiel est de rechercher la «most concerned jurisdiction» en déterminant «l'intérêt à l'application» des différentes lois qui entrent en considération, ou, si l'on veut, leur «finalité normative» (ce qui finit par imposer dans la plupart des cas l'application de la *lex fori*); la même *lex fori* est, d'après EHRENZWEIG, normalement compétente, du fait même qu'on considère compétent le tribunal. La vocation subsidiaire de la *lex fori* devrait s'imposer donc en principe *(residuary rule)* et céder seulement en présence d'une règle de conflit indiscutablement contraire[83].

Soulignons seulement que très souvent les auteurs suisses renvoyent à

[82] A.HEINI, Neuere Strömungen im amerikanischen IPR, Annuaire, vol.19, 1962, p.31ss.; IDEM, Eine neue Methode im IPR, RDS 86, 1967, p.265ss.; PETER M.GUTZWILLER, Von Ziel und Methode des IPR, Annuaire, vol.25, 1968, p.161ss.; F.VISCHER, Die Kritik an der herkömmlichen Methode des IPR, Festschrift O.A.Germann, Berne 1969, p.287ss.; W. VON STEIGER, Annuaire, vol.25, 1968, p.207ss. Un cadre générale de cette évolution scientifique dans R. DE NOVA, Current Developments of Private International Law, American Journal of Comparative Law, vol.13, 1967, p.542ss., traduction italienne dans Diritto internazionale, vol.22, 1968, p.20ss.; IDEM, Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws, Recueil des Cours de la Haye, vol.118, 1966, II p.441ss.; IDEM, Le concezioni statunitensi dei conflitti di legge viste da un continentale, Valladolid 1964; G.KEGEL, The Crisis of Conflict of Laws, Recueil des Cours de la Haye, vol.111, 1964, II p.95ss.

[83] On trouve un brillant exposé de la théorie d'EHRENZWEIG dans K.SIEHR, Ehrenzweigs lex-fori-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht, Rabels Zeitschrift, vol.34, 1970, p.585ss. En examinant empiriquement la masse des solutions judiciaires d'espèces ayant des éléments «internationaux», EHRENZWEIG constate que la grande majorité a été résolue en recourant à la *lex fori*. Sur ce «fait» il fonde sa «théorie»; ce qui «est», «doit être». Des remarques analogues peuvent être faites pour la «rule of validation», en ce qu'elles établissent les conditions légales pour faire reconnaître des effets juridiques à des situations ou à des actes qui, normalement, d'après la *lex fori*, en seraient dépourvus. Sur un autre point j'aimerais m'arrêter un instant. Pour éviter que son système de l'application primaire de la *lex fori* conduise les individus à la recherche du *forum* le plus avantageux (ce qu'on appelle le *forum shopping*) EHRENZWEIG est obligé de plaider pour un système (national? supranational?) qui limite le nombre des tribunaux compétents (théorie du *forum non conveniens*). Cf. EHRENZWEIG, La loi du forum compétent, l'harmonie ultime des règles de conflit et des conflits de juridictions, dans Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq, 1965, p.399ss., traduction italienne dans Diritto internazionale,

l'œuvre de D. F. CAVERS, qui a développé sa critique de la méthode traditionnelle déjà depuis 1933 et dont l'œuvre et les conceptions fondamentales sont connues en Europe depuis longtemps[84]. J'ai été aussi fortement influencé par la lecture de CAVERS[85] et c'est en partant de ces réflexions que j'ai critiqué la doctrine courante, qui entend limiter la fonction du droit international privé à la réalisation de l'*Entscheidungsharmonie*[86]. Je crois qu'il est important de distinguer ces deux courants de la critique contemporaine de la théorie traditionnelle du droit international privé. Le phénomène de l'adaptation de la règle de droit étrangère en cas d'application par le juge national, son «insertion» (BATIFFOL) dans le système juridique national, a été très étudiée en Europe et cela prouve que personne n'a jamais douté de tout ce qu'il y a de relatif dans le critère fondamental du choix de la loi applicable[87]. Et surtout que signifie la clause d'ordre public

vol. 17, 1963, I p. 3 ss. Chassée avec fureur par la porte des conflits des lois, la méthode du choix rentre par la fenêtre des conflits de juridictions. Au lieu d'imposer le choix de la loi applicable (et d'obtenir de ce fait justice aussi «à l'étranger»), la théorie finit par imposer le choix du tribunal compétent (et d'obliger ainsi à chercher la justice «ailleurs»).

[84] D. F. CAVERS, A Critique of the Choice-of-Law Problem, Harvard Law Review, vol. 47, 1933, p. 173 ss. Les idées de CAVERS ont été diffusées en Europe surtout par R. DE NOVA, dans sa magistrale étude Soluzione del conflitto di leggi e regolamento confacente del rapporto internazionale, Studi Ciapessoni, Pavia 1948, p. 115 ss. En Europe aussi la critique de la méthode du choix de la loi applicable est assez ancienne. Qu'on pense à la réaction de JITTA, La méthode en droit international privé, 1890, p. 44, contre la «guillottine à conflits».

[85] Dans mon étude Conoscenza e interpretazione del diritto straniero, Annuaire, vol. 11, 1954, p. 106 note 4, j'ai souligné cette influence en rappelant la phrase bien connue de CAVERS, citée maintenant aussi par F. VISCHER, Die Kritik an der herkömmlichen Methode..., p. 289: "The court is not idly choosing a law, it is determining a controversy". D'ailleurs j'ai rappelé déjà en 1954 que ces réflexions n'étaient pas une prérogative de la critique américaine et j'ai cité une phrase identique de H. BATIFFOL, Traité élémentaire de d.i.p., 1949, p. 368: «La solution admise montre que l'objectif final du problème n'est pas de répartir des compétences législatives, mais de résoudre des questions civiles ou commerciales: il s'agit de prononcer un divorce ou d'allouer une pension alimentaire.»

[86] Dans mon étude Die Maxime *jura novit curia* und das ausländische Recht, Archiv f. civ. Praxis, vol. 155, 1956, p. 469 ss.

[87] Cf. déjà L. RAAPE, Recueil des Cours de la Haye, 1934, IV p. 403 ss.; H. LEWALD, Règles générales des conflits de lois, Bâle 1941, p. 128 ss.; G. CANSACCHI, Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate, Turin 1939, p. 218 ss.; W. WENGLER, Die

(Vorbehaltsklausel) sinon un appel à la justice matérielle, à la solution considérée comme inévitable pour sauvegarder les conceptions fondamentales de la justice et de l'Etat de la *lex fori*[88] ? Car c'est bien sur ce point que CAVERS et ses épigones meuvent leur critique à la théorie traditionnelle, coupable d'accueillir une vision du droit international privé purement formelle. Tandis que le juriste européen, dit-on, recherche dans le droit international privé un système rationnel pour rattacher l'espèce concrète à un ordre juridique déterminé et limite donc la fonction de la règle de conflit à la recherche d'une justice formelle (la recherche de la loi la plus adéquate, qui conduit à une «kollisionsrechtliche Gerechtigkeit»)[89] le juge américain (et le juge en général) se sert des règles de conflit pour choisir le système juridique qui fournit la solution la plus juste du cas concret. C'est donc la loi «la meilleure» qu'il choisira («better law approach»)[90]. Cette critique de la méthode du choix de la loi applicable nous la retrouvons surtout dans l'œuvre de PETER M. GUTZWILLER. Cette méthode est «aveugle et mécanique»[91]. Il n'est pas possible d'atteindre à une solution «juste» sans prendre en considération le contenu des normes éventuellement applicables. Le juge est ainsi appelé à choisir entre les solutions de droit matériel et non pas entre des systèmes de droit équivalents. Ayant moi-même développé une critique pareille, je ne saurais m'opposer aux idées du jeune auteur de Bâle. Bien différent est toutefois ma réaction envers les solutions proposées. Car les critiques de la méthode traditionnelle ne pourront jamais nous dire pour quelle raison l'application de la *lex fori* (dans son contenu matériel) est plus satisfaisante, plus «juste» que l'application d'une autre loi. Il n'y a pas de critères supranationaux d'évaluation, qui puissent nous

allgemeinen Rechtsgrundsätze des IPR und ihre Kollisionen, cité à la note 21; IDEM, Betrachtungen über den Zusammenhang der Rechtsnormen in der Rechtsordnung und die Verschiedenheit der Rechtsordnungen, Festschrift Laun, 1954 p. 719ss. Mais je pense aussi aux critiques de R. QUADRI, dont je parlerai aux notes 175 et 191.

[88] Cf. mes remarques dans l'article Ordine pubblico e norme imperative, dans la Festgabe W. Schönenberger, Fribourg 1968, p. 93ss.

[89] La critique est parfois provoquée par des positions radicales qu'on trouve surtout dans la doctrine allemande: cf. H. DÖLLE, Internationales Privatrecht, Karlsruhe 1968, p. 1ss.; P. NEUHAUS, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, Tübingen 1962, p. 49ss.

[90] Cf. surtout PETER M. GUTZWILLER, cité à la note 82, p. 167ss.

[91] Op. cit., p. 169. Ce sont les mots de CURRIE. Cf. DE NOVA, Recenti sviluppi nel d. i. p., Diritto internazionale, vol. 22, 1968, p. 59.

aider. Tout revient donc à un retour assez primitif (DE NOVA est tenté de l'appeler «réactionnaire»[92]), à l'application constante et indiscriminée de la *lex fori*. Pour réaliser cela, PETER M. GUTZWILLER propose «d'affaiblir» les règles de conflit légales existantes, en les considérant «des simples directives»[93]. La contradiction est flagrante: tous les systèmes du choix de la loi applicable ont comme point de départ une évaluation positive (étant des systèmes étatiques) des avantages à ce qu'un «droit» soit appliqué au lieu d'un autre «droit». Si l'on reconnaît une autonomie à ces systèmes juridiques on ne voit pas comment pourra-t-on évaluer la «bonté» de la solution concrète des problèmes qu'ils proposent. La recherche de la solution matérielle la plus adéquate n'a qu'un sens, à savoir lorsque la contradiction entre le contenu de la *lex fori* et le contenu de la loi étrangère est si éclatante qu'elle met en danger, par l'application de la loi étrangère, l'unité du droit interne (des solutions judiciaires de droit interne). C'est la fonction traditionnelle de l'intervention de l'ordre public. D'ailleurs pourquoi faire d'une règle considérée «untauglich», une «directive générale»? Est-ce que la directive générale ne dicte pas elle aussi la règle de conduite?

La critique de CAVERS à l'égard de la théorie traditionnelle signifie à mon avis le refus d'une conception «absolue» de la méthode du choix de la loi applicable. Comme WENGLER, QUADRI et d'autres auteurs européens ont bien mis en évidence, le droit international privé repose sur l'existence d'une série d'antinomies, dues à la présence de systèmes juridiques autonomes et

[92] Recenti sviluppi, op.cit., p.57.

[93] Op.cit., p.195. L'auteur est violemment contraire à toute œuvre de codification du d.i.p. A page 196 il écrit: «Damit (avec la codification) aber würde das Kollisionsrecht just in diesem bereits als überholt sich abzeichnenden Stadium versteinert und die so grundlegend (sic!) gegenläufige aktuelle Entwicklungstendenz brüsk abgebrochen. Es gibt zweifellos verschiedene Möglichkeiten, einen Säugling zu einem brauchbaren Menschen zu erziehen; wenn man die Mühe scheut, kann man ihn allerdings auch im Kindbett erwürgen...» Personnellement je ne crois pas qu'une théorie qui veuille substituer au droit législatif un droit purement judiciaire ait des chances en Europe; il n'en découle toutefois pas qu'on veuille étrangler cette théorie. De cela à prétendre que la vie juridique s'arrête ... pour permettre à la jeune théorie de s'épanouir, c'est évidemment trop. Quant à la crainte que le jeune homme puisse plus tard, de son côté, étrangler le d.i.p. traditionnel, je dirai ce que fait dire ALESSANDRO MANZONI du personnage de son roman accusé de diffuser la peste à Milan: «Va, va, povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano» (I promessi sposi, chapitre 34).

différents qui doivent pourtant, dans une certaine mesure, s'harmoniser. Ce serait fermer les yeux sur la réalité que de nier le rôle de la *lex fori* dans toute solution d'espèces contenant des éléments internationaux. Mais ce serait nier une exigence profonde de justice que de vouloir permettre au juge de tenir compte d'une façon purement discrétionnaire des droits étrangers qui sont en connexion étroite avec cette espèce. Aussi les théories de CURRIE et de EHRENZWEIG, en se proclamant «réalistes», ne font qu'accentuer des faiblesses critiquables de la jurisprudence. Elles n'aident pas la jurisprudence à assumer la fonction de respecter le caractère «international» de l'espèce, tant en faveur des individus que des différents systèmes juridiques intéressés.

Fixons encore un instant notre attention sur la pensée d'EHRENZWEIG. Comme F. VISCHER a exactement vu, elle revient, par une voie différente, à la formulation d'un principe absolu dont découlerait tout le droit international privé[94]. Elle retombe donc dans le vice fondamental des théories classiques critiquées, qui font de l'*Entscheidungsharmonie* dans les rapports internationaux le principe absolu de tout le système. Si je conviens avec PETER M. GUTZWILLER et tant d'autres dans la critique de ce principe[95], ce n'est pas pour retomber dans un absolutisme territorialiste qui nous ferait reculer à l'époque préscientifique de notre discipline[96].

La critique de la méthode de la localisation du rapport juridique dans un système juridique national (choix de la loi applicable) doit conduire à

[94] F. VISCHER, Die Kritik der herkömmlichen Methode, cité à la note 82, p.303: «Die Reduktion des IPR auf eine Grundnorm oder wenige abstrakte Prinzipien dürfte nicht möglich sein. Die Anerkennung des Primats der materiellen *lex fori*, wie Ehrenzweig vorschlägt, ist im Grunde ein Versuch zur Errichtung eines radikalen Systems.»

[95] PETER M. GUTZWILLER, cité à la note 82, p. 161ss. Cf. mon article Die Maxime *iura novit curia*, cité à la note 86.

[96] La tentation territorialiste est d'ailleurs présente à toute époque (qu'on pense à la conception de NIBOYET: un résumé dans BATIFFOL, DIP, 5e éd., Paris 1970, p. 291 ss.), mais cette fois elle ne se présente pas comme une affirmation des intérêts de la communauté, mais sous le faux drapeau de la «justice du cas concret», c.-à-d. en tant que garantie offerte à l'individu d'une meilleure administration de la justice. Or c'est exactement le contraire qui est vrai: comme le cas concret présente des éléments «internationaux», c'est nier la justice du cas concret que de revenir tout simplement à la *lex fori*, qui, de par sa structure et sa finalité, ne tient pas compte de ces éléments. Cf. aussi W. WENGLER, Der Mythos von der *lex fori*, dans Ius privatum gentium, Festschrift M. Rheinstein, Tübingen 1969, p. 299ss.

en faire reconnaître les limites, non pas à la détruire. Elle doit conduire à en mesurer la relativité et à mieux faire comprendre le caractère inévitable des antinomies de notre discipline[97]. C'est ce que la science européenne a toujours fait en élaborant les théories de la qualification, du renvoi, de l'*Anpassung*, de la fraude à la loi et, surtout, de l'ordre public. Ce sont là les instruments techniques qui permettent de rétablir un juste équilibre entre l'application du droit étranger et celle du droit national: ils doivent être précisés et améliorés: je pense notamment à une compréhension plus précise de l'*Anpassung* et de l'ordre public, dont l'approfondissement paraît être encore insuffisant[98].

Nous ne pouvons pas ici poursuivre un examen d'opinions qui nous emmènerait à discuter *de apicibus iuris*. Il est suffisant, dans le but de cette recherche, d'en avoir montré la faiblesse intrinsèque et leur extranéité à la *forma mentis* du juriste continental. Renoncer à la rédaction écrite – sinon à la véritable codification – en affirmant la primauté de la *lex fori* et le devoir du juge de déterminer, dans chaque espèce particulière, la loi

[97] Quelques réflexions à ce sujet à la note 21. C'est surtout en comparant les règles de droit international et de droit intertemporel privé que je crois avoir mieux saisi cet aspect fondamental du problème. C'est par la même voie que W. BURCKHARDT, dans l'étude citée à la note 6, y était parvenu. Cf. p. 299: «Der Versuch, den Anwendungsbereich der gleichzeitig geltenden Rechtsordnungen im Verhältnis zueinander durch allgemeingültige Normen abzugrenzen, ist ebenso aussichtslos, wie der Versuch, den Anwendungsbereich einer späteren im Verhältnis zu einer früheren Rechtsordnung allgemeingültig zu bestimmen ... Der Übergang von einer Rechtsordnung zur anderen, vollziehe er sich nun in der Zeit oder im Raume, ist *immer ein Bruch, dessen Wirkungen ein einsichtiger Gesetzgeber mildern kann*, für dessen radikale Heilung es aber kein sicheres, universelles Rezept gibt ... der Ausgleich wird stets etwas Kompromissartiges behalten, weil schon das Nebeneinanderbestehen selbständiger Rechtsordnungen ein Zustand ist, der geschichtlich notwendig sein mag, aber mit der Idee des Rechts, als einer für alle geltenden Ordnung nicht harmoniert.»

[98] L'adaptation de la loi étrangère au contexte juridique national et la réserve de l'ordre public sont les «voies européennes» de la reconnaissance du rôle de la *lex fori* et de la recherche d'une solution «juste». L'ordre public en particulier impose une confrontation continuelle des contenus de la loi étrangère et de la *lex fori* et donc une recherche de «justice matérielle». Accepter des nouvelles formules qui n'ont aucune base structurelle dans notre conception juridique (je pense à celles de CURRIE et de EHRENZWEIG) signifie provoquer une profonde confusion dans nos juristes, qui sont appelés à opérer sur une réalité quotidienne en se servant d'instruments logiques qui doivent leur être familiers.

applicable d'après le «contenu» des lois qui peuvent entrer en considération, signifierait contredire la tradition juridique dans laquelle vit notre droit tout entier, charger nos juges de fonctions scientifiques et d'information de droit comparé intolérables, renoncer à toute chance d'offrir aux individus – citoyens ou étrangers – un degré de prévisibilité et de certitude juridique – et donc de garantie de liberté – qui peut être mineur ou majeur selon le type des règles et les qualités de l'interprète, mais qui est toujours supérieur à celui offert par un droit purement jurisprudentiel[99]. Une règle de droit, une loi, un système juridique, peuvent être jugés «bons», «pires» ou «meilleurs» que d'autres. Mais si elles n'ont pas une certaine «durée» dans le temps, si elles sont sujettes à des modifications continuelles d'après l'humeur ou la conviction du juge ou de la majorité des membres d'un Tribunal, elles ne sont plus règles, lois, systèmes. Le droit, comme d'ailleurs toute valeur spirituelle, pour être tel, doit vivre dans le temps, se perpétuer pour un certain temps. Personne ne pourra jamais croire à une valeur qui n'a pas de durée[100]. Or le système légal offre, du moins en principe, une garantie de durée supérieure à un système jurisprudentiel,

[99] Il suffit de penser au degré d'insécurité inhérant à tout changement de jurisprudence, si fréquent quand le tribunal n'est pas lié par la règle du *stare decisis*. La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de d.i.p. en est un exemple frappant. On dira que cela est à tout avantage de la justice du cas concret. Mais je réponds que le prix ne peut pas être l'insécurité de tous les autres rapports de droit qui ne sont et ne seront jamais soumis au jugement du tribunal et qui forment le contexte de notre vie sociale. Si la fonction du droit privé est d'ordonner la vie des individus dans les rapports entre eux, il est inconcevable de modifier à tout instant cet ordre, car on enlève de ce fait à l'individu (dont la vie, ses liens personnels et ses actions s'étendent dans le temps) toute raison de confiance dans le droit et toute possibilité d'organiser sa vie d'une façon responsable et donc libre. Voilà pourquoi l'idée du respect des «droits acquis», c'est-à-dire du respect et de la garantie des positions juridiques individuelles réalisées en faisant confiance à une loi (ou à un système juridique retenu à juste titre compétent), reste une idée fondamentale du droit international, ainsi que du droit intertemporel privé. Cf. à ce sujet l'exposé très convaincant de R. QUADRI, Diritti acquisiti, Novissimo Digesto italiano, vol. I, 1, Turin 1957, p. 237 ss., et, pour ce qui concerne plus directement le droit international privé, les réflexions de W. NIEDERER, Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR, 3e éd., Zurich 1961, p. 319 ss. Je partage donc aussi les réflexions de PETER M. GUTZWILLER, cité à la note 82, p. 163 s. sur ce point.

[100] Cf. mon Intertemporales Privatrecht, p. 359 ss., ainsi que mon étude Dauer und Wandel im Recht, RDS 84, 1965, p. 1 ss.

surtout si celui-ci est dépourvu des garanties de stabilité qui peuvent être résumées dans la règle du *stare decisis*[101].

Ces considérations nous emmènent désormais à examiner les arguments en faveur ou contre la codification du droit international privé, étant donné que nous en connaissons les prémisses, tant historiques que théoriques.

7. Arguments généraux en faveur et contre la codification du droit international privé

L'analyse que nous avons conduite jusqu'ici soit sur le plan historique-comparatif que sur le plan des conceptions générales du droit international privé nous oblige à distinguer plusieurs plans du problème. Aussi nous ne pouvons jamais perdre de vue la signification très ample et même polyvalente de la notion de codification. Nous y faisons rentrer toute une gamme de solutions, de la codification unitaire et exhaustive de la tradition européenne à la législation partielle qui renouvelle un secteur déterminé; de la codification «consolidation» du droit déjà en vigueur à la codification «Restatement» privé[102].

Il existe en effet, nous l'avons aussi constaté, importée des Etats-Unis[103] une opposition de principe très violente à toute forme d'intervention législative dans le domaine du droit international privé, qui nous impose aussi une analyse de principe. Toutefois, au fur et à mesure que nous examinons les différents arguments, nous distinguerons entre les différentes formes d'intervention législative et ses différents contenus possibles.

A) La connexion étroite entre l'évolution du droit privé et du droit international privé

me paraît être la première et plus importante conclusion de notre recherche.

[101] Il n'est pas sans intérêt de constater que la jurisprudence et la doctrine aux Etats Unis ont développé le principe que les changements de jurisprudence ne devraient pas avoir d'effet rétroactif. Cf. mon Intertemporales Privatrecht, p. 369 n. 32, et surtout W. KNITTEL, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtssprechung, Bielefeld 1965.

[102] Cf. à ce propos le chapitre 5.

[103] PETER M. GUTZWILLER, cité à la note 82, p. 161 reconnait qu'il a été directement influencé par les auteurs nord-américains.

Ce serait dépasser le but de cette étude que d'approfondir la discussion sur la prétendue autonomie des règles de conflit à l'égard des règles de droit privé, bien que mon point de vue résulte désormais de manière suffisamment claire des remarques précédentes. Qu'il suffise de souligner le caractère fonctionnel de la règle de conflit à l'égard de la règle de droit privé. L'histoire des législations nationales du droit international privé nous convainc définitivement que les grandes solutions universalistes vont rester utopiques jusqu'au jour où le mouvement conventionnel international ou un pouvoir étatique supranational soient suffisamment forts pour en imposer la réalisation. La loi de l'Etat réalisera toujours un droit international privé en fonction du droit privé de l'Etat.

Ainsi la codification du droit privé appelle normalement la codification du droit international privé; une législation partielle en matière de droit privé, une législation correspondante en droit international privé[104]. Quoi que les adversaires de la codification du droit international privé en disent, leurs arguments pourront convaincre uniquement dans les pays qui ne connaissent pas une intervention législative en matière de droit privé.

Plus difficile est la codification du droit international privé si elle ne suit pas immédiatement celle du droit privé. Le décalage dans le temps met en évidence les insuffisances de la codification plus ancienne et induit les juristes à se contenter d'une évolution jurisprudentielle du droit international privé. Seules des circonstances particulières – nous avons souligné les réalisations de l'Europe orientale – facilitent des codifications autonomes du droit international privé. Pour les mêmes raisons il est très difficile d'assister à une réforme législative du droit international privé qui ne soit pas insérée dans une réforme législative du droit privé. Les efforts français qui se poursuivent désormais depuis vingt ans, confirment ce point de vue.

Ici les réflexions se dédoublent: d'un côté nous assistons à une crise très profonde de l'idée de codification traditionnelle[105] ce qui rend le législateur toujours moins confiant dans la possibilité de réaliser un code de droit international privé exhaustif et logiquement complet. D'autre part l'évo-

[104] Qu'on se souvienne des projets, actuellement élaborés par le Conseil fédéral, en matière d'adoption.

[105] Je renvois aux remarques précédentes, surtout dans la dernière partie du chapitre 4.

lution constante du droit privé et surtout de certains de ses secteurs[106] empêche de consolider les règles correspondantes de droit international privé.

Toutefois, pour ce qui est de la Suisse, deux remarques viennent de contrecarrer ces craintes. D'une part nous oublions trop souvent que le code civil suisse n'a jamais fait sien l'orgueil positiviste de la loi complète et sans lacunes et du juge simple «mécanicien» dans l'œuvre de déduction logique de la loi à l'espèce. Ici je ne peux faire de mieux que céder la parole au collègue K. SPIRO[107]:

«Ce n'est pas le lieu de faire état du développement de la doctrine et de la pratique à l'égard des principes généraux, en particulier à l'égard des principes régissant les rapports du juge et de la loi. Il suffit de constater que la technique de la codification suisse n'a pas été seulement marquée par l'esprit et les besoins de son époque où s'est manifestée la parenté de notre droit avec la France voisine. Elle n'a pas été seulement caractérisée par la préférence démocratique pour une loi courte, claire, accessible à tous et par le souci de respecter la tradition cantonale qui a tellement contribué à l'influence du code français, même au point de vue purement technique. Avant tout, elle a été caractérisée par un troisième facteur qui ne peut être nettement distingué des deux précédents mais qui, au contraire, les a peu à peu absorbés et tend à les évincer. Il s'agit de la grande confiance que le législateur a incontestablement témoignée au praticien.

[106] Je pense au droit des actes illicites, de l'enrichissement sans cause, mais aussi au droit de famille et au droit des sociétés commerciales.

[107] K. SPIRO, L'influence du code civil dans le monde, Paris 1954, p. 305ss. Les mêmes convictions sont partagées par la jurisprudence suisse. Je me limite à rappeler un arrêt du Tribunal (ATF vol. 60 II, 1935, p. 185): «Le juge doit appliquer la loi selon son esprit et doit notamment examiner si elle a entendu régler une question d'une façon complète. Or, le CCS ne se propose nullement de régler sans lacune tous les rapports de droit et de donner aux autorités chargées de l'application de la loi, en particulier aux tribunaux, une norme de décision pour chaque cas particulier. Au contraire, dans bien de cas, la loi ne contient pas la norme qui convient ou une norme suffisante, de sorte qu'il incombe au juge, en vertu de l'art. 1, al. 2 et 3 du CCS, de trouver le droit ou le compléter. On doit admettre l'existence d'une lacune, à combler par la jurisprudence, non seulement lorsqu'un certain état de fait n'est régi par aucune disposition légale, mais aussi lorsque la disposition légale existe, mais que son application au cas particulier ne répond évidemment pas à la *ratio* réelle de la loi d'après son sens, son texte et son système. En pareil cas, on ne peut parler de simples considérations d'équité, placées en dehors de l'ordre légal et qui ne pourraient être prises en considération en présence d'une volonté du législateur, clairement et catégoriquement exprimée: il s'agit au contraire du contenu véritable du droit, que le juge doit trouver et appliquer. Pour cela, ainsi que le T. F. l'a déjà déclaré, le juge doit se laisser guider par des considérations de politique législative et cela non seulement pour combler une lacune constatée, mais aussi pour décider s'il existe une lacune.»

La technique du code suisse ne peut être caractérisée par un effort pour tracer le plus nettement et le plus clairement possible les domaines différents de l'activité législative et de l'activité judiciaire, mais par la tendance contraire à faire coopérer, par les procédés les plus divers, le juge et le législateur à la formation du droit, de telle sorte que l'on ne discerne presque plus ce qui est dû à l'interprétation judiciaire et ce qui est dû aux directives de la loi. Le code suisse juxtapose le droit strict et l'équité, mais en les liant. Il vise tout en gardant à la loi, le maximum de précision et de logique théorique possible, à assurer l'adaptation au cas particulier, à l'évolution des faits, des circonstances et des besoins, à rendre possible une révision permanente mais graduelle, sans formalisme, mais non sans garantie.

Il n'est pas besoin d'insister pour montrer que, par là, se manifeste une distinction effective entre les tâches du législateur et celles du juge; que le juge est ainsi habilité à mettre dans ses jugements beaucoup d'équité tandis que le législateur est renvoyé aux principes généraux, à l'essentiel, ce qui ne veut pas dire aux questions de forme, mais à ce qui est réellement essentiel.»

D'autre part l'expérience suisse nous montre aussi que le législateur ne peut et ne veut pas rester indifférent à l'égard des grandes évolutions du droit privé. On lui demande de réformer la loi, on ne lui demande pas de s'abstenir de toute réforme législative et de laisser faire aux juges. Ce sont les juges mêmes qui réclament cette intervention. Un exemple éloquent nous le retrouvons dans la position assumée par W. SCHÖNENBERGER, ancien président du Tribunal fédéral, et un des «auteurs» de la jurisprudence suisse en matière de droit international privé des obligations à l'égard de la codification de droit international privé suisse des obligations[108]. Nous avons déja dit et répété que le juriste européen et notamment le juge européen demandent des textes de lois pour réaliser leur mission. En ce sens il serait inconcevable de plaider l'abolition de la LRDC, vu son caractère imparfait et fragmentaire. La seule voie qui puisse être parcourue est celle de sa réforme, éventuellement de son élargissement. Le fait que nous sommes et voulons rester un pays de droit écrit est donc le premier argument en faveur d'une consolidation du droit écrit aussi dans le domaine du droit international privé[109].

[108] Cf. note 9.

[109] J'emploie le terme «droit écrit» au sens traditionnel, consacré par l'histoire du droit européen (pays de droit écrit = pays de la loi). Je n'ai pas tout-à-fait compris ni le sens ni les arguments de A. MEIER-HAYOZ, dans sa recherche Über geschriebenes und ungeschriebenes Recht, Recueil de travaux suisses présentés au 8e Congrès international de droit comparé, Bâle 1970, dont le résultat serait de faire rentrer la «jurisprudence constante» dans le droit écrit.

B) Les arguments de la prévisibilité et de la sécurité juridique

toujours invoqués en faveur de la loi de droit privé paraissent à première vue déterminants aussi en matière de droit international privé, car on ne voit pas pourquoi la fonction fondamentale du droit, qui est celle d'indiquer aux hommes des règles de conduite («Verhaltensregel»), de leur présenter un système de vie («Ordnungsfunktion des Rechts») afin qu'ils puissent se conduire d'une façon responsable et donc libre (en leur précisant auparavant quels sont leurs «droits» et leurs «obligations») devrait disparaître dans ce domaine. Des époux étrangers qui concluent un contrat de mariage en Suisse, pays où ils sont domiciliés, ont exactement le même «droit» de connaître les effets de ce contrat – c'est-à-dire de savoir s'il sera régi par le droit étranger ou par le droit suisse – que des suisses. Et de même l'entreprise suisse qui conclut des contrats d'agence à l'étranger a le droit de savoir s'il est possible de les soumettre au droit suisse.

Il est évident d'ailleurs que la différence de prévisibilité et de sécurité juridique entre un système législatif et un système exclusivement judiciaire est uniquement «quantitative». Nous soutenons que le système législatif offre un degré supérieur de prévisibilité et de sécurité, jamais un degré absolu. Ceci est vrai surtout en droit suisse, comme nous l'avons souligné[110], qui concède une large fonction à l'œuvre de concrétisation de la loi par le juge. Des transformations du droit légal par la voie judiciaire sont inévitables et limitent parfois considérablement la prévisibilité. D'autre part il y a des systèmes de droit judiciaire qui sont autant «cristallisés» que des systèmes de droit législatif, les tribunaux inférieurs étant constitutionnellement liés aux décisions de la Cour Suprême qui, elle aussi, ne change que très rarement ses opinions. Le domaine du droit international privé des obligations en Suisse paraît presque avoir atteint un tel degré de prévisibilité et de sécurité[111].

[110] Cf. note 107. Le degré de prévisibilité et de sécurité devrait augmenter dans les systèmes juridiques dont la codification se prétend complète, où la «logische Geschlossenheit des Rechts» paraît fêter son triomphe. Toutefois, si nous regardons de près, nous constatons que tout système législatif, qu'il se prétende complet ou non, est soumis à une évolution et à une modification continuelle par l'œuvre d'interprétation judiciaire. Cf. aussi les remarques générales de P. NEUHAUS, Legal certainty versus equity in the conflict of laws, Law and Contemporary Problems, cité à la note 74, p. 795 ss.

[111] Cf. l'exposé de W. SCHÖNENBERGER, dans le commentaire de Zurich, cité à la note 9. Voir aussi F. VISCHER, Internationales Vertragsrecht, Berne 1962.

Si nous essayons maintenant d'approfondir les liens entre prévisibilité et sécurité et droit international privé, nous sommes confrontés à des difficultés majeures. La prévisibilité est souvent invoquée à titre de justification de différents critères de rattachement. On le dit du principe de la *lex loci delicti commissi* pour les actes illicites[112], on le dit du principe *locus regit actum* pour la forme des actes juridiques[113] et on l'affirme d'une façon générale à propos du rattachement des contrats internationaux par la volonté des parties. Toutefois j'ai l'impression que l'argument ne soit pas très fort. Pour ce qui est de la *lex loci delicti commissi*, nous devons d'abord rappeler qu'assez souvent le lieu de l'action et le lieu de l'événement ne sont pas les mêmes[114] et que le système en vigueur en Suisse, qui laisse choisir à la partie qui a subi le dommage, enlève toute prévisibilité[115]. D'ailleurs l'acte illicite est normalement «imprévu», et il arrive très rarement que l'auteur d'un délit intentionnel, «choisisse» l'endroit où commettre son acte illicite, en fonction du droit applicable[116].

On arrive à des conclusions analogues en connaissant les justifications de la règle *locus regit actum*. Je conviens volontiers que les parties ont besoin de connaître si un acte est valable ou non avant de la conclure. Mais les informations sur la loi du lieu de conclusion ont un sens s'il existe auparavant la règle de rattachement dont nous discutons. S'il existait quant

[112] Cf. E. RABEL, The Conflict of Laws, Ann Arbor/Chicago, vol. II, 1947, p. 252: "At the moment of the act, the author and the victim of a wrong move in social surroundings in which they may appreciate their risks and potential liabilities under the local law. The reasonable expectations of the parties cannot be protected otherwise." Ähnlich H. BINDER, Zur Auflockerung des Deliktstatuts, Rabels Zeitschrift, vol. 20, 1955, p. 471 ss. Quant aux autres justifications du principe, cf. J. L. DELACHAUX, Die Anknüpfung der Obligationen aus Delikt und Quasidelikt im IPR, Diss. Zurich 1960, p. 107 ss.

[113] Aussi par exemple H. BATIFFOL, DIP, 5e éd., Paris 1970, vol. I, p. 327: «Les parties ... ont toujours besoin de connaître les règles de forme parce que les formalités se traduisent par des actes matériels à exécuter immédiatement. Or c'est sur la loi du lieu de conclusion qu'elles s'informeront en principe le plus facilement.»

[114] F. VISCHER, IPR, p. 691 s.

[115] Cf. en particulier ATF vol. 91 II, 1965, p. 117 ss.

[116] Dans ce cas l'avantage de la prévisibilité serait limité à l'auteur du dommage, tandis que la jurisprudence de d. i. p., notamment en Suisse et en Allemagne, veut favoriser le lésé, au moyen de l'*Ubiquitätstheorie*. Toutefois, en général, l'acte illicite est «imprévu». Cf. J. H. C. MORRIS, The proper law of a tort, Harvard Law Review, vol. 64, 1950/51, p. 881 ss.

à la forme des actes le principe de la *lex substantiae*, on serait forcé de s'informer sur le contenu d'une autre loi. Dans ce domaine la garantie est donc offerte aux parties par le *favor validitatis* qui est à la base des règles de rattachement quant à la forme des actes[117].

J'accepte au contraire volontiers la justification de l'autonomie de la volonté des parties en tant que règle de rattachement en matière de contrats internationaux, tout en remarquant qu'il ne s'agit pas là de la justification ultime, s'il est vrai que cette volonté peut agir aussi *a posteriori*, ce qui contredit d'une façon flagrante la prévisibilité[118].

Le problème de la prévisibilité a trait non seulement aux différentes règles de rattachement, mais au système tout entier. Or, on ne peut pas nier que le procédé de concrétisation du droit par le juge, dans des espèces «internationales» est beaucoup plus compliqué et «incertain» que celui dont on se sert pour les espèces normales. Quand le citoyen anglais domicilié en Suisse rédige son testament en se prévalant de la *professio iuris* en faveur de son droit national il peut – il est vrai – prévoir que sa femme ne touchera pas de réserve parce que le droit anglais est applicable. Mais qu'en sera-t-il des pouvoirs et des droits réels de *l'executor and trustee* qu'il aura nommé? N'y aura-t-il de la part du juge Suisse, au moment de la contestation judiciaire éventuelle intentée par sa femme, une résipiscence en faveur de la «pauvre veuve»[119] ou des doutes en faveur d'une application de la loi de l'ouverture de la succession *(lex fori)* aussi à tout ce qui a trait à l'exécuteur testamentaire[120]?

[117] Cf. T. BALLARINO, Forma degli atti e diritto internazionale privato, Milano 1970.

[118] Sur la pratique judiciaire suisse cf. F. VISCHER, IPR, p. 666 ss.

[119] Ce que A. HEINI recouvre d'un drap très savant, en l'appelant «internationales Vertrauensprinzip» (Unorthodoxe Bemerkungen zu dem auf letztwillige Verfügungen anwendbaren Recht, RDS 89, 1970, p. 417 ss.). Cette terminologie est très dangereuse et devient source de confusion: de par l'existence même de l'art. 22 al. 2 LRDC les héritiers d'un anglais domicilié en Suisse *savent*, dès l'instant ou il prend son domicile en Suisse, qu'il pourra rédiger son testament d'après le droit anglais. Ils n'ont aucun «droit» de s'attendre à ce qu'il décède *more atque lege helveticis*. Et d'ailleurs, est-ce que le citoyen anglais a un «devoir» envers ses héritiers de garder son domicile dans un pays qui garantisse aux héritiers une réserve? Le principe de la confiance dans les rapports privés internationaux est réalisé par la prévisibilité et la sécurité du droit applicable, c'est-à-dire, par une législation de d. i. p. et par une jurisprudence capable de la bien interpréter. Ce que M. HEINI appelle *Vertrauensprinzip*, c'est un retour pur et simple à l'application de la *lex fori*, par une intervention masquée de l'ordre public.

Le rappel de l'ordre public n'est d'ailleurs pas le seul élément d'incertitude supplémentaire des solutions de droit international privé. S'il est vrai que tout le droit international privé est dominé par une profonde antinomie entre la loi «compétente» d'après les règles de rattachement et la *lex fori*, le fait de connaître la loi compétente ne signifie encore pas de connaître la solution judiciaire concrète. L'opération judiciaire crée une sorte de *tertium genus*, une sorte de *ius gentium* national du même type du *ius gentium* classique des Romains[121]. On arrivera à cette solution «mixte» par l'intervention du principe de l'ordre public, mais aussi par la voie de la qualification, par celle du renvoi, de l'adaptation du droit étranger au droit national, par le principe de la fraude à la loi, par l'interaction des règles de droit matériel et des règles de procédure, par l'absence de preuve de la loi étrangère etc. Evidemment on pourrait régler par voie législative ces «problèmes généraux» mais je doute fortement qu'on arrive à éliminer les insécurités typiques du droit international privé[122]. En ce sens je partage l'opinion de W. WENGLER qui attribue à la sentence du juge en matière de droit international privé une valeur constitutive («Gestaltungsakt»), bien supérieure à celle de la sentence de droit privé[123].

En conclusion, bien que la connaissance préalable de la loi applicable grâce à une «loi» de droit international privé, garantisse un degré de prévisibilité important, elle n'offrira jamais le degré de prévisibilité atteint au moyen de la loi en droit privé.

Un deuxième aspect qui limite d'une façon très grave la prévisibilité en droit international privé et qu'aucune loi nationale ne pourra jamais éliminer, consiste dans le défaut de coordination internationale des juridictions compétentes. Trop souvent le résultat d'un procès en droit international privé dépend du choix que les parties ou une partie feront du tribunal compétent[124]. En effet chaque système national tend à donner à

[120] Cf. sur ce point le bon travail de J. FRAEFEL, Die Durchführung der anglo-amerikanischen «administration» im Bereich des schweizerischen Rechts, Einsiedeln 1966.

[121] Je renvois aux considérations de la note 21.

[122] Sur l'opportunité de codifier aussi la «partie générale» du d.i.p., voir après.

[123] W. WENGLER, Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse, Rabels Zeitschrift, 1951, p. 1 ss.

[124] J'ai pu en donner des exemples frappants dans mon article Convenzioni attributive di giurisdizione nel commercio italo-tedesco, Rivista di diritto internazionale privato

ses tribunaux une très vaste compétence, de fait que normalement, plusieurs tribunaux de différents Etats sont parallèlement compétents pour le même cas. L'effort des savants d'analyser critiquement les critères de compétence internationale pour en éliminer les plus «excessifs» sont très louables, mais difficilement finiront par s'imposer aux systèmes étatiques en vue d'une internationalisation – sinon de droit, du moins de fait – de leurs critères[125]. D'ailleurs une marge considérable de compétence alternative ou subsidiaire ne pourra jamais être éliminée, comme le prouvent les Conventions internationales de droit international privé. Quant à la prétendue «Entscheidungsharmonie», à savoir la neutralisation des conflits de juridictions (tous les tribunaux, indifféremment du pays auquel ils appartiennent, décident le même cas de la même manière), nous avons déjà dit que si elle peut rester un idéal à atteindre, elle n'explique pas en fait ni les règles de droit international privé ni leur fonction[126].

Un danger particulier d'insécurité juridique réside, à mon avis, du fait du vieillissement de la loi en vigueur ou de son imperfection. De ce fait le juge peut être contraint à opérer des greffes audacieuses, par des interprétations *praeter* et même *contra legem*. Par là il détériore de plus en plus le sentiment de «respect de la loi» qui reste une donnée fondamentale de la vie des hommes en société[127]. L'interprétation actuelle de la LRDC nous offre des exemples frappants de ce décalage entre la règle législative formellement en vigueur et le droit jurisprudentiel réellement appliqué[128].

e processuale, 1970, p. 5 ss. (texte allemand dans Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, 1969, p. 211 ss.).

[125] J'ai déjà mis l'accent, à la note 83, sur les recherches d'EHRENZWEIG à propos du *forum conveniens*. Cf. aussi les articles de K. H. NADELMANN, Jurisdictionally Improper Fora, in XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of H. E. Yntema, Leyden 1961, p. 321 ss.; L.I. DE WINTER, Excessive Jurisdiction in Private International Law, International and Comparative Law Quarterly, 1968, p. 706 ss.

[126] Cf. la note 95.

[127] Je renvois simplement à l'exposition précédente, notamment aux notes 38 et 39.

[128] Je pense en particulier à la possibilité pour l'enfant étranger d'intenter une action en désaveu en Suisse et d'après le droit suisse, et cela grâce à une interprétation très audacieuse de l'art. 8 LRDC (Obergericht de Zurich 4. 9. 1969, Annuaire, vol. 26, 1969/70, p. 283 ss. avec note très favorable de P. LALIVE), à l'interprétation exorbitante donnée par le T. F. à l'art. 312 CCS en matière d'action en paternité, avec effets purement pécuniaires, depuis l'arrêt Meier c. Sarmenti (ATF vol. 82 II, 1956, p. 570 s.).

Dans ce cas il ne s'agira pas de passer d'un système de droit législatif à un système de droit jurisprudentiel, mais de «convertir le droit écrit (LRCD) en un droit bien écrit», comme disait Sir HENRY SUMNER MAINE *(conversion of written into well written law)*[129].

C) Egalité de traitement

En principe, personne ne doute que la loi, en tant que règle générale et abstraite, offre des garanties d'égalité de traitement des sujets bien supérieures à celles offertes par le droit judiciaire. En ce sens sécurité de droit et égalité de traitement sont les deux faces d'une même médaille. Cela ne peut non plus être démenti pour le domaine du droit international privé, qui toutefois se trouve en présence de problèmes particuliers. En effet, cette discipline est fondée sur la prémisse de l'existence de systèmes juridiques étatiques «différents» et donc de solutions juridiques différentes en fonction de la loi applicable choisie. Egalité de traitement assume ainsi une première signification: la reconnaissance des droits civils de l'étranger et de sa condition juridique. Au-delà de cette garantie de fond, une véritable égalité de traitement pourrait être réalisée seulement par l'application absolue et sans exception de la *lex fori*, ce qui signifierait évidemment la fin du droit international privé[130]. Une fois reconnue la

Cette jurisprudence est bien exposée par PETER M. GUTZWILLER, Annuaire, vol. 25, 1968, p. 179 s.; enfin et tout particulièrement au revirement de jurisprudence en matière de divorce des étrangers (art. 7*h* LRDC), depuis l'arrêt Cardo (ATF vol. 94 II, 1968, p. 65 ss.). Cf. aussi PETER M. GUTZWILLER, Jurisdiktion und Anerkennung ausländischer Entscheidungen im schweizerischen internationalen Ehescheidungsrecht, Berne 1969, ainsi que le compte-rendu de ce livre de E. JAYME, Archiv f. civ. Praxis, vol. 171, 1971, p. 190 ss. Je ne critique pas cette jurisprudence en ce qui concerne les résultats. Je critique le fait que la jurisprudence soit obligée d'opérer des pareilles acrobaties logiques pour dépasser la loi, qui pourrait facilement être soumise à révision. Cela ébranle la force obligatoire de la loi et la confiance dans l'objectivité de la fonction judiciaire. Abandonnée à elle-même, la jurisprudence fait de son mieux et souvent elle le fait très bien. Ceci vaut pour le Tribunal fédéral suisse, mais vaut aussi pour bien d'autres tribunaux suprêmes: qu'on pense à la France. Cf. H. BATIFFOL, L'œuvre constructive récente de la jurisprudence française en d. i. p., Mélanges René Savatier, Paris 1965, p. 77 ss

[129] Cité d'après NOLDE, Recueil des Cours de la Haye, 1936, I p. 304.

[130] Cf. W. WENGLER, The Principle of Equality in the Conflict of Laws, Symposium on New Trends ..., cité à la note 74, p. 830: "For the treatment of all persons within a state on the basis of absolute equality would necessitate the application of the *lex*

différence existant entre l'espèce avec ou sans éléments «internationaux» l'égalité de traitement résultera du fait qu'on traitera également les espèces identiques et différemment les espèces différentes. Mais deux problèmes surgissent encore qui mettent en évidence le dilemme continuel qui accompagne le droit international privé. Premièrement l'égalité de traitement devrait imposer de résoudre les conflits de lois par des règles bilatérales: si l'on applique à la succession de l'étranger en Suisse la *lex domicilii*, force serait de reconnaître applicable la même règle de rattachement aux suisses à l'étranger. En principe donc, le fait de poser des règles particulières pour des catégories déterminées de personnes (les nationaux) lèse le caractère abstrait et général de la norme de conflit et, de ce fait, introduit un traitement préférentiel et donc une discrimination[131].

Deuxièmement l'égalité de traitement devrait empêcher le choix de critères de rattachement en fonction d'une seule personne (domicile de l'enfant, *lex originis* du père ou du mari) quand le rapport juridique en question touche les intérêts de deux ou de plusieurs sujets de droit (père-enfant; époux-épouse etc.). La recherche d'un critère commun aux parties (par exemple le domicile commun des époux) serait à mon avis toujours à préférer, tandis que l'ancienne formule du cumul des lois applicables finit en général en une discrimination encore plus grave, les deux parties se trouvant frustrées dans l'application de la loi qui leur serait normalement applicable. Force sera donc dans bien des cas de faire un choix, et cela se réalise de plus en plus en favorisant la partie économiquement plus faible (domicile du débiteur) ou bien la partie qui a davantage besoin de protection (résidence habituelle de l'enfant qui intente l'action en paternité) ou bien encore la plus grande «liberté» *(favor divortii)*. Il ne faudrait toutefois jamais oublier que le choix de pareils critères de rattachement finit toujours par provoquer des traitements préférentiels et donc des discriminations dangereuses.

fori to all cases, without regard to any contacts to foreign legal systems that might be present." Cf. encore le très important travail du même auteur: Rechtsgleichheit und Vielheit der Rechte, dans le volume Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des deutschen Juristentages, 1960, vol. I, p. 239 ss.

[131] De ce fait je plaiderais pour une réglementation parfaitement bilatérale des conflits de lois et pour une élimination des règles particulières qui favorisent «les Suisses à l'étranger» (art. 28 ss. LRDC). Je reviens sur ce point.

Ceci dit, nous n'avons pas besoin de traiter les autres arguments inhérents au principe de l'égalité de traitement en droit international privé puisqu'ils touchent plutôt aux «devoirs» des Etats envers les autres Etats (égalité de traitement des systèmes juridiques)[132]. Retenons seulement en conclusion que l'égalité de traitement se trouve mieux protégée par des normes de conflit qui se servent de critères de rattachement d'application générale. Une recherche trop détaillée des intérêts en jeu, conduite par une jurisprudence abandonnée à elle-même finirait par provoquer des inégalités de traitement encore plus graves que celles que tout droit international privé doit – de par sa nature – accepter.

D) Décalage entre législation nationale et internationale

Est-ce qu'une nouvelle codification du droit international privé «accentuera nécessairement le particularisme national du droit international privé»[133]? Cette question est de poids, je dirai même qu'elle est la plus importante soulevée contre toute révision législative du droit international privé. Mais elle ne touche pas la méthode législative comme telle: au contraire elle souligne le rôle essentiel de la codification, mais elle la place à un autre niveau. Toute nouvelle législation étatique du droit international privé rend plus difficile l'adhésion de cet Etat à la codification internationale du droit international privé: l'affirmation de solutions particulières crée un *décalage entre le droit international privé national et le droit international privé international.* Il est de toute évidence que les apories les plus graves du droit international privé seraient dépassées, si nous pouvions atteindre à l'internationalisation du droit international privé[134]. Or, bien que nous soyons sur cette voie, nous ne pouvons pas dire si et quand le but sera atteint. Il est vrai que les progrès sont considérables: le mouvement conventionnel de La Haye a réussi à régler des conflits de lois

[132] Outre les travaux de W. WENGLER, cités à la note 130, je rappelle l'étude de E. VITTA, Il principio dell'uguaglianza fra *lex fori* e diritto straniero, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1964, p. 1578 ss.

[133] Ainsi P. LAGARDE, dans Prospettive del diritto internazionale privato, Milan 1968, p. 359. Voir surtout E. VITTA, Parallelo sviluppo della codificazione, interna e internazionale, in diritto internazionale privato, Diritto internazionale, vol. 23, 1969, p. 3 ss.

[134] Sur le principe fondamental de l'internationalisation du droit international privé cf. surtout H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Paris 1956, p. 102 ss.

très importants d'une façon uniforme: je pense à la convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international[135], à celle sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants (et à la reconnaissance et l'exécution des décisions en cette matière), à celle sur les conflits de lois en matière de forme des testaments. D'autres, très importantes aussi, sont en élaboration[136].

N'oublions pas non plus les mouvements conventionnels qui ont comme point de départ la Commission internationale de l'Etat Civil (CIEC), notamment en matière de mariage et de légitimation par mariage[137]. Probablement plus importants encore sont les efforts d'unification du droit international privé dans le cadre de l'intégration économique européenne. L'art. 220 du Traité de Rome invite les Etats membres à conclure des conventions en des matières de grande importance pour le droit du commerce international. En application de ces prescriptions deux conventions ont déjà été élaborées, la première signée le 29 février 1968, sur la reconnaissance réciproque des sociétés, l'autre sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Un projet en matière de fusion entre les sociétés, qui contient aussi des normes de droit international privé, a déjà été publié. Il devra plus tard s'intégrer avec le projet sur le statut d'une société anonyme européenne dont on connaît déjà les grandes lignes. Des projets en matière de faillite et de propriété intellectuelle seront bientôt soumis à l'examen des organes compétents. Enfin, et cela est particulièrement important pour nous, la CEE a décidé d'examiner les problèmes législatifs en matière de loi applicable aux biens corporels et incorporels, aux obligations contractuelles et extra-contractuelles, à la forme des actes juridiques et à la preuve et aux questions générales de droit international privé[138]. Ce mouvement organique en vue d'unifier les règles de droit

[135] La Suisse n'y a pas adhéré.

[136] Cf. F. KNOEPFLER, Les nouvelles conventions de la Haye de droit international privé, Neuchâtel 1968 (compte-rendu dans Revue critique de d. i. p., vol. 50, 1971, p. 167 ss.). Des catalogues complets des conventions de la Haye avec ajournement des adhésions dans Revue critique de d. i. p., vol. 50, 1971, p. 153 ss.; Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1970, p. 461 ss.

[137] Cf S. SIMITIS, Rabels Zeitschrift, vol. 33, 1969, p. 30 ss.

[138] En juillet 1970 a été publié le rapport de M. GIULIANO sur la loi applicable aux obligations contractuelles et extracontractuelles. C'est dans un cadre européen plus vaste, mais démuni de toute «positivité» qu'avait opéré le projet tout à fait individuel de

matériel et de droit international privé en matière de commerce ne peut pas laisser la Suisse dans l'indifférence. Les liens économiques et financiers avec les pays de la CEE sont si importants qu'ils finiront par pousser notre Etat à harmoniser son système de droit international privé – en ces matières – aux règles de la CEE. Du fait qu'une adhésion à la CEE n'entre pas – pour le moment – en considération, ce sera plutôt la voie de la coordination unilatérale, c'est-à-dire de la réception par la Suisse des règles de conflit élaborées par la CEE qui entrera en ligne de compte. Cela peut inviter le législateur suisse à une attitude d'attente, avant de fixer définitivement son *corpus* de règles de conflit en matière de droits des biens (droits réels et droit des obligations). Toutefois il est de toute évidence que la codification internationale de droit international privé reste pour le moment très limitée et concerne uniquement un noyau d'Etats assez restreint. Il en suit que la codification internationale ne pourra jamais substituer la loi nationale de droit international privé, qui tout au plus devra faire œuvre de réception de la première. Le fait qu'un mouvement d'unification des règles de droit international privé en matière de biens et d'obligations s'annonce dans la CEE, pourra lui aussi inviter à une prudente attente le législateur suisse, sans toutefois éliminer l'exigence d'une rédaction interne des règles de conflits ainsi unifiées.

E) Cristallisation du droit international privé par la codification

«L'insuffisance ou le vieillissement des sources actuelles rend souvent difficile la tâche des interprètes non spécialisés qui appellent de leurs vœux une codification. Cependant on peut aussi juger qu'une codification risque de *cristalliser des solutions actuellement acquises* ou jugées bonnes et de *paralyser l'évolution* vers des solutions qui seraient meilleures et qui n'ont pas encore été découvertes.»[139] Cet argument est connu: depuis SAVIGNY «Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», le juriste européen n'a jamais oublié ces deux polarités du

E. FRANKENSTEIN, Projet d'un code européen de d.i.p., Leyde 1950. Cf. la présentation faite par l'auteur dans Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, vol. 26, 1950, p. 185ss. ainsi que le compte-rendu de E. RABEL, Rabels Zeitschrift, 1952, p. 135s.

[139] P. LAGARDE, dans Prospettive del diritto internazionale privato, Milan 1968, p. 359; F. VISCHER, Die Kritik an der herkömmlichen Methode, cité à la note 82, p. 307.

progrès juridique[140]. Le quiétiste SAVIGNY tend à marquer sa volonté de conservation derrière le refus de la codification illuministe et révolutionnaire; car en réalité c'est la transformation abrupte du droit par la nouvelle législation qu'il craint. De même son grand adversaire THIBAUT craint «die Anschläge der Reaction» et veut œuvrer afin que les conquêtes de la révolution soient garanties par la loi. Il n'existe donc pas de législation qui soit conservatrice en soi et de droit judiciaire qui soit, de par le fait même de ne pas être rédigé dans un code, innovateur. S'il s'agit de conserver des conquêtes, le code peut devenir un instrument de transformation de la société, s'il s'agit de transformer une situation existante, le code peut apparaître un instrument de paralysie. Les circonstances historiques particulières peuvent être décisives pour faire comprendre la fonction de la codification dans une société. Nous en avons des exemples intéressants dans le droit international public moderne. Pendant de longues périodes la science du droit international public a été hostile à toute codification par la voie conventionnelle. Dans ces dernières années nous assistons à l'élaboration de toute une série de conventions qui codifient le droit international public même en des matières (relations diplomatiques et consulaires, droit de la mer) douées de coutumes universellement reconnues. Ce qui a poussé la Commission du droit international de l'ONU à s'occuper de ces matières a été la crainte d'une mutation importante de la base sociale du droit international, par l'entrée en scène de nouveaux états ayant des intérêts et des idéologies totalement différentes des actuels. Il s'agissait donc de cimenter la coutume en la substituant par la convention internationale.

L'évolution du droit est en principe plus souple et plus facile dans un système prétorien ou judiciaire, plus complexe dans un système législatif. Nous rejoignons par là l'exigence de sécurité qui impose au droit une certaine «durée». En ce sens le droit, garantissant des valeurs et des pouvoirs, favorise et protège le *status quo*; si l'on demande au droit de protéger chacun dans ses droits, on ne peut pas en même temps lui demander d'opérer une redistribution des biens entre les sujets de droit[141]. De même on ne peut pas demander au droit international privé

[140] Cf. F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, p. 390ss.

[141] E. FORSTHOFF, Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, p. 9 de l'introduction: «Man kann nicht gleichzeitig beides: jeden in seinen Rechten schützen und zugleich in der

d'assurer l'ordre dans les rapports juridiques avec des éléments internationaux et, en même temps de changer cet ordre en vertu de principes ou de valeurs encore à découvrir ou qui s'annoncent à peine. D'ailleurs cet argument, en ce qu'il veut garantir au droit international privé une inévitable évolution scientifique, conduit directement au dernier.

F) On invoque souvent la crise actuelle de la science du droit international privé

pour empêcher toute nouvelle réalisation législative. Une codification ou même une loi repose normalement sur des données élaborées critiquement par la science du droit. Celle-ci doit atteindre un *consensus* assez général pour pouvoir fournir au législateur des solutions suffisamment certaines. Or rien de cela n'est réalisé par la science actuelle du droit international privé[142]. Remarquons avant tout que nous entendons parler de crise du droit international privé depuis que nous avons commencé à l'étudier[143]. Jamais ce mot n'a cessé d'être employé par les savants et pourtant peu de périodes ont été si fécondes en progrès scientifiques dans notre domaine que ces derniers vingt ans. L'inquiétude intellectuelle qui accompagne quotidiennement la vie du savant est facilement interprétée par celui-ci en clé universelle; ses problèmes sont les problèmes de la science toute entière. Toutefois, la science ne cesse d'avancer, souvent surtout grâce à la critique de celui qui tout met en cause.

D'ailleurs science et législation se sont toujours intégrées et entraidées. S'il est vrai qu'une bonne loi doit être préparée par une certaine «unité de doctrine», l'histoire du droit international privé nous montre qu'une loi fait souvent progresser la doctrine. «L'effort de systématisation que la codification comporte a exercé une influence puissante sur le fond même des règles juridiques. Il a contribué à mieux dégager les principes qui

Verfassung das Tor für soziale Umwälzungen offen halten, die immer nur zugunsten der einen und auf Kosten der anderen realisierbar sind.»

[142] PETER M. GUTZWILLER, cité à la note 82, p. 196. Cf. aussi F. VISCHER, Die Kritik an der herkömmlichen Methode, cité à la note 82, et la citation de M. DE WINTER, transcrite à la note 64.

[143] P. NEUHAUS, Die Krise im deutschen internationalen Privatrecht, Deutsche Rechts-Zeitschrift, vol. 3, 1948, p. 86ss.

guidaient la pratique et à leur donner un développement nouveau.»[144] Les avantages peuvent déjà se réaliser au cours des travaux préparatoires des commissions législatives: les opinions des experts se confrontent entre elles et tendent souvent à se rapprocher. Quoi qu'on dise, personne ne niera que les travaux du Comité français de droit international privé[145] ou du «Deutscher Rat für IPR»[146] ont été de grand avantage pour le développement de la science de droit international privé.

Il y a un aspect de cette critique qui doit toutefois nous faire réfléchir encore: je pense aux profondes discussions qui entourent aujourd'hui les grands problèmes généraux de droit international privé, notamment qualification, renvoi, application de la loi étrangère, adaptation de la loi étrangère, ordre public, fraude à la loi. Ici toute codification risque de diviser profondément les experts et de cimenter les débats. Ajoutons qu'une codification de cette «partie générale» n'est pas indispensable; il s'agirait, dans les règles de droit correspondantes, de fixer des théories qui finiraient par échapper au législateur. Mieux vaut les laisser fluctuer avec la doctrine: l'expérience faite par le législateur suisse en renonçant à une «partie générale» du code civil peut l'encourager à laisser de côté, du moins pour le moment, une codification de la «partie générale» du droit international privé[147].

8. Arguments particuliers, eu égard à la situation suisse

Je me suis déjà permis de souligner que la situation suisse n'impliquerait pas une conversion de la *unwritten law* en la *written law,* étant donné que nous possédons déjà un noyau important de législation dans la LRDC. C'est donc d'elle qu'il faut prendre le départ pour discuter du futur

[144] B. NOLDE, Recueil des Cours de la Haye, 1936, vol. I, p. 307. Voir aussi la note 35. Le même DE WINTER qui met en doute l'opportunité de la codification (v. note 64) reconnait que le projet d'un code Benelux de d. i. p. a considérablement aidé les tribunaux et la doctrine.

[145] Le dernier volume, contenant les travaux 1966–1969, vient de paraître (Paris 1971).

[146] Voir note 65.

[147] F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, p. 492: «Die Ausbildung einer selbständigen allgemeinen Rechtstheorie gehört zwar zu den vornehmsten Aufgaben der Rechtswissenschaft; in Gesetzbüchern, auch solchen, die sich mehr an den wissenschaftlich ausgebildeten Juristen als an das Volk richten, ist sie kaum am Platz.»

du droit international privé suisse. Or je crois que personne, en face de l'imperfection et du vieillissement de cette loi, en demandera l'abolition pure et simple. Le passage du système de droit législatif au système de droit judiciaire dans le domaine du droit international privé représenterait un *unicum* dans le droit suisse et bouleverserait totalement nos structures constitutionnelles qui appellent la coopération entre loi et juge et non pas l'élimination d'un facteur et l'épanouissement exclusif de l'autre, ainsi que les structures mentales de nos juristes. De même une pareille abolition représenterait un *unicum* dans l'expérience historique et comparative, que nous avons exposée précédemment.

Une révision de la LRCD s'impose à plusieurs points de vue que nous pouvons encore une fois résumer[148]: 1) cette loi est issue de l'exigence de régler des conflits internes, de nature intercantonale et ce n'est que par un jeu de circonstances fortuites que «l'accessoire – c'est-à-dire les règles complémentaires de droit international privé – est devenu principal», avec l'adoption du Code Civil Suisse[149]. Ainsi la *ratio* de bien de solutions a été pensée en fonction des conflits intercantonaux et la prescription d'application analogique, contenue dans l'art. 32, oblige l'interprète à des efforts logiques et axiologiques parfois intolérables[150]; 2) cette loi ne fournit pas à l'interprète des critères généraux auxquels se référer; elle ne lui suggère que très partiellement les grandes options que toute loi de ce genre doit contenir. Je pense notamment à l'insécurité qui règne entre le principe du domicile et celui de la nationalité, surtout après l'introduction des articles 7a–i par le Titre final du CCS[151]; 3) cette loi lèse excessivement le principe de l'égalité de traitement, en introduisant la distinction entre étrangers en Suisse et Suisse à l'étranger[152]; 4) cette loi doit être adaptée aux solutions conventionnelles acceptées par la Suisse dans les dernières années[153]; 5) cette loi doit être aussi adaptée aux révisions récentes du droit privé

[148] Je me réfère surtout aux chapitres 1 et 3.

[149] P. LALIVE, Regards sur le droit international privé suisse, cité à la note 5, p. 191.

[150] Cf. les réflexions aux notes 5 et 128.

[151] Voir l'exposé très complet de P. LALIVE, Regards sur le d.i.p. suisse cité à la note 5. Cf. aussi F. VISCHER, IPR, p. 539ss.

[152] Cf. mon exposé au chapitre 7C.

[153] Cf. le chapitre 7D. Je pense aussi à l'adhésion suisse à la Convention européenne en matière d'adoption des enfants, entrée en vigueur le 26 avril 1968.

suisse[154]; 6) cette loi – enfin et surtout – présente des lacunes et des imperfections très graves quant aux solutions adoptées, notamment en matière de droit matrimonial (manque de réglementation des mariages mixtes, imposition de la preuve de la reconnaissance a l'étranger etc.)[155], y compris le régime patrimonial des époux[156].

[154] C'est le cas notamment pour la révision du droit de l'adoption, dont j'ai parlé à la fin du chapitre 1.

[155] Au lieu d'exposer une critique de détail, j'ai essayé de rédiger un texte correspondant à l'évolution jurisprudentielle actuelle, une sorte d'article de *Restatement:*

1) *Divorce d'époux étrangers ayant la même nationalité:* compétente est la *lex fori*, si les conditions suivantes sont remplies: a) la cause de divorce invoquée est reconnue par la *lex communis patriae* – b) le jugement suisse de divorce produira ses effets dans le pays des époux (ce pays reconnait la compétence internationale du tribunal suisse) – c) le mariage qui va être dissous par le divorce est reconnu comme existant dans ce pays, soit parce qu'il y avait été célébré en bonne et due forme, soit parce qu'il avait été célébré à l'étranger d'après les formes requises par la *lex patriae.*

En tout cas l'épouse peut demander le divorce, d'après la loi suisse, si la *lex patriae* accorde cette faculté seulement au mari.

2) *Divorce d'époux étrangers de nationalité différente:* compétente est la *lex fori*, si les conditions suivantes sont remplies: a) la cause de divorce invoquée par le demandeur est reconnue par la *lex patriae* du demandeur – b) le jugement suisse de divorce produira ses effets dans le pays du demandeur – c) le mariage qui va être dissous est reconnu comme existant dans ce pays.

3) *Divorce d'époux de nationalité différente dont un est citoyen suisse:* compétente est la *lex fori* en tant que *lex patriae* de l'époux suisse.

4) *Position juridique de l'époux étranger dont on a prononcé le divorce:* elle est régie par la *lex patriae*, mais l'époux étranger a le droit de se remarier en Suisse, même si la *lex patriae* ne le consent pas (art. 7 *c*, 7 *d* LRDC) aux conditions suivantes: a) que le divorce ait été prononcé en Suisse – b) qu'il s'agisse d'un étranger domicilié en Suisse – c) que l'autre époux ne soit pas citoyen du même pays, qui ne consentirait pas au nouveau mariage. Sur ce dernier point je me réfère à la jurisprudence inaugurée par le cas *Grigolo* (décision du Dép. de Justice de Bâle-Ville du 14. 3. 1968, Revue Etat civil 1969, p. 181 ss.) qui permet le remariage d'un italien, divorcé et résident en Suisse. Cf. les remarques de PETER M. GUTZWILLER, Revue Etat civil, 1969, p. 181 ss., celles de F. POCAR, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1970, p. 474 ss., et surtout l'article de A. VON OVERBECK, Le remariage du conjoint divorcé... Revue critique de d. i. p., vol. 59, 1970, p. 45 ss.

Si cette sorte d'article de *Restatement* donne une vision assez complète de la jurisprudence suisse actuelle, il ne peut évidemment pas satisfaire le législateur de demain. La preuve, parfois compliquée, de la reconnaissance du jugement suisse à l'étranger, devrait à mon avis disparaître. La nouvelle formule législative pourrait être la suivante: «Le divorce est régi, quant aux conditions de fond, par la loi de la résidence

Une fois accepté le principe de la révision législative de la LRDC, un autre problème aussi fondamental que le premier se pose. Doit-on limiter la nouvelle législation aux domaines couverts par la LRDC (droit des personnes, de famille et des successions) ou bien l'étendre à tout le droit international privé ou, du moins aux autres domaines «classiques» du droit international privé, droits réels et droit des obligations? Voici les arguments pour et contre:

1) Il est frappant de voir tant de législations en matière de droit international privé surtout dans les pays de l'Est, se limiter aux domaines de la

habituelle des époux au moment de la demande». La formule devrait être complétée par un renvoi à l'article de loi qui définit la notion de résidence habituelle. Bien de problèmes seraient ainsi résolus d'une façon simple et claire. Ainsi le remariage en Suisse de l'étranger résident en Suisse ne présenterait plus les difficultés de la solution du cas *Grigolo* (à juste raison critiquée par P. LALIVE, Annuaire, vol. 26, 1969/70, p. 266 s.). D'ailleurs ce problème a perdu beaucoup d'importance pratique du fait de l'introduction du divorce en Italie: l'art. 3, al. 2e) de la loi italienne prévoit expressément comme cause de dissolution de mariage le fait que «l'autre conjoint, ressortisant étranger, a obtenu à l'étranger l'annulation ou la dissolution du mariage ou a contracté à l'étranger un nouveau mariage». Pour ce qui est du divorce éventuel en Suisse d'époux italiens résidant en Suisse, il est très probable qu'ils seront reconnus en Italie seulement si la cause de divorce sera identique ou du moins analogue à une des causes prévues par la loi italienne. Cf. les premières analyses dans E. JAYME, Zu den Auswirkungen des italienischen Scheidungsgesetzes auf den deutsch-italienischen Rechtsverkehr, Familienrechtszeitschrift, 1971, p. 221 ss.; F. POCAR, La loi italienne sur le divorce et le d. i. p., Revue critique de d. i. p., vol. 50, 1971, p. 175 ss.

Par notre formule on sacrifierait le «droit» des suisses résidant à l'étranger à obtenir le divorce en Suisse, sur la base du droit suisse. On pourrait du moins faire intervenir une clause d'ordre public en faveur de suisses résidant dans des pays qui ne connaissent pas le divorce, ce que le projet de la convention de la Haye prévoit aussi. Enfin n'oublions pas que des nouvelles difficultés pourraient surgir chaque fois que les époux n'ont plus de résidence habituelle commune au moment de la demande en divorce.

156 La distinction entre rapports internes et rapports avec les tiers (art. 19, 20, 31 LRDC) est difficilement soutenable. Je pense que l'introduction du principe général du domicile commun, ainsi que le recours à la possibilité de la *professio iuris* (choix entre le droit national des époux et le droit du domicile) soient à préférer. Sur ce dernier point cf. J. MEISTERS, Die Bedeutung der Parteiautonomie für das französische und deutsche IPR, (thèse Fribourg) Düsseldorf 1964. Je suis donc favorable à la «Wandelbarkeit» du régime matrimonial. En ce sens aussi A. SCHNITZER, Die zeitlichen Grenzen der Rechtsanwendung, Revue suisse de Jurisprudence, 66, 1970, p. 317 ss., spécialement p. 322 s. Sur le régime juridique suisse actuel cf. A. SCHNITZER, Das interne Ehegüter-

LRDC. J'ai essayé d'en donner une explication[157]. Le *de personis* embrasse les valeurs sociales essentielles de l'individu, ses liens avec les autres individus en tant que «personne». Par conséquent, le droit international privé est né historiquement à l'époque où on s'est efforcé de dépasser l'application territoriale absolue du droit, en reconnaissant l'existence de statuts personnels. Cela n'était pas nécessaire en droit romain qui partait de l'idée de la personnalité du droit (c'est l'explication la plus profonde du défaut de règles de droit international privé à Rome). Pour ce qui est des biens, la situation juridique est différente: les immeubles sont liés au territoire, les meubles à la personne, les contrats sont eux-mêmes source de droit. Je crois que nous pouvons accepter l'existence de différences structurelles entre les règles *de personis* et les règles *de rebus*. L'intérêt à une réglementation de droit international privé est toujours plus développé dans la première catégorie.

2) Dans le *de personis* l'exigence de sécurité et de prévisibilité peut être satisfaite seulement par la loi; tandis qu'en droit des obligations – du moins dans les obligations contractuelles – le principe de l'autonomie de la volonté permet aux parties de prévoir elles-mêmes le droit applicable[158]. Pour ce qui est du droit des successions la reconnaissance de la *professio iuris* est concevable seulement en tant que principe législatif: ses bénéfices au point de vue de la prévisibilité et de la sécurité sont indéniables[159].

recht ausländischer Ehegatten in der Schweiz, Revue suisse de Jurisprudence, vol. 64, 1968, p. 297 ss.

En ce qui concerne le droit des successions, la solution suisse de la *professio iuris* doit être gardée. Je me suis déjà occupé, en les critiquant, des propositions de A. HEINI, RDS 89, 1970, p. 423 ss. Un problème qu'il faudra mieux préciser concerne la distinction entre traitement formel et règles de fond de la succession. Cf. J. FRAEFEL, cité à la note 120, à propos de l'application en Suisse du droit des successions de pays anglo-américains.

[157] Voir notes 53 et 54.

[158] Voir le chapitre 7B. Rappelons encore que la conférence de la Haye discutera prochainement un projet en matière d'obligations délictuelles, concernant la responsabilité des producteurs de biens industriels. L'avant-projet prévoit le rattachement principal à la loi de la résidence habituelle de la victime.

[159] L'intérêt pour la *professio iuris* du d. i. p. suisse ne cesse d'augmenter. Cf. ALFRED VON OVERBECK, La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en d. i. p., Liber amicorum L. Frédéricq, Gent 1965, p. 1085 ss.; ainsi que les remarques de P. LALIVE à l'Institut de droit international, Annuaire de l'Institut, 1967, vol. I, p. 558 ss.

3) Les domaines du droit réel et du droit des obligations (en matière internationale) sont objet d'efforts de codification et d'unification au sein de la CEE. Bien que la Suisse ne pense pas à adhérer prochainement à cette institution, ses liens économiques et géographiques l'obligent à tenir compte et peut-être à accepter les solutions de droit international privé élaborées par la CEE. Sous cet aspect une période d'attente s'impose peut-être à la codification suisse en ces matières.

4) Le fait que la jurisprudence suisse ait réalisé un degré de sécurité considérable dans le droit international privé des biens peut être interprété en faveur ou contre la codification, en faveur si l'on se place dans l'optique de la consolidation législative du droit judiciaire en vigueur, contre la codification si l'on se contente du degré relatif de sécurité déjà atteint, en attendant qu'une évolution future puisse mieux parfaire le cadre des solutions.

5) De même le fait que le droit privé des obligations se trouve en évolution constante, peut-être encore davantage que les droits des personnes et de famille, est un argument ambivalent. Selon la perspective qu'on choisit on peut préférer «faire le point de l'évolution» dans un texte législatif (sachant que le rythme de l'évolution va certainement progresser) ou bien «abandonner» aux juges la tâche de «faire valoir» le droit.

Pour ma part je suggère une solution de compromis: inviter les organes étatiques compétents à mettre en chantier immédiatement la réforme de la LRDC et constituer un groupe de travail scientifique chargé d'élaborer dès maintenant une œuvre de genre du *Restatement* soit dans le domaine de la LRDC, soit dans les autres domaines du droit international privé. Ce principe de «faire intervenir la science en attendant qu'intervienne la loi» est une ligne de force de l'histoire juridique européenne: il ne s'agit nullement d'emprunter une méthode (celle du *Restatement* américain) qui nous est étrangère. Un «Comité suisse de droit international privé», un «Schweizerischer Rat für IPR» pourrait élaborer un projet et un commentaire scientifique qui aiderait grandement la jurisprudence et permettrait, dans une seconde étape législative, la codification du droit international privé dans les matières non couvertes par la LRDC.

Car je suis d'avis que, tôt ou tard, une législation en ces matières ne pourra pas faire défaut. Cette affirmation se fonde surtout sur ma conviction que la méthode judiciaire n'est pas en mesure de prévoir d'une façon systématique les problèmes et d'en offrir a priori des solutions coordonnées entre elles.

Pour ce qui est des *droits réels*, ce sont surtout les problèmes des biens meubles, tels que conflits mobiles, protection de l'acquéreur de bonne foi, sûretés réelles et réserve de propriété à demander une réglementation plus précise, sans parler des problèmes relatifs à la propriété intellectuelle[160].

Quant au *droit des obligations*, il suffit de parcourir le commentaire de W. SCHÖNENBERGER[161] pour se rendre immédiatement compte que des problèmes relatifs aux différents types de contrat sont encore ouverts, dès qu'il s'agit d'opérer une localisation objective, sans faire recours à la volonté des parties. Et d'ailleurs la Suisse ne peut pas oublier que plusieurs Etats qui lui sont très proches (France, Belgique, Italie, Norvège, Suède, Danemark) ont ratifié la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international, prévoyant des critères de rattachement objectifs qui ne lui sont pas très familiers. Mais aussi les problèmes de la partie générale du droit des obligations, notamment représentation et procuration, modes d'extinction des obligations, cession des créances, soulèvent une foule de questions non résolues[162]. La situation n'est pas différente en matière d'obligations délictuelles, surtout à cause de la théorie de l'ubiquité, que le Tribunal fédéral applique régulièrement[163]. De plus en plus on se rend compte qu'une règle de rattachement globale du type de la *lex loci delicti commissi* est inadéquate à résoudre les différentes situations juridiques qui rentrent dans la catégorie des obligations délictuelles. Au fur et à mesure que le droit civil élabore une systématisation plus détaillée de ces situations, des nouvelles solutions s'ouvrent aussi au droit international privé. C'est donc dans cette direction que la science et la législation doivent s'engager.

9. Facteurs déterminant la structure de la nouvelle législation suisse

Nous préférons parler désormais de législation plutôt que de codification. Premièrement elle sera limitée quant au domaine du droit international privé qu'elle recouvrira, du moins dans un premier stade. Deuxièmement

[160] Un résumé des problèmes dans F. VISCHER, IPR, p. 652 ss.

[161] W. SCHÖNENBERGER, cité à la note 9; VISCHER, Internationales Vertragsrecht, Berne, 1962, p. 133 ss.; IDEM, Methodologische Fragen bei der objektiven Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht, Annuaire, 1957, p. 43 ss.; IDEM, IPR, p. 672 ss.

[162] Je me limite à renvoyer à la bibliographie de la note précédente, qui met en évidence les incertitudes et les lacunes de la jurisprudence sur ces points.

[163] Cf. le résumé de F. VISCHER, IPR, p. 691 ss.

elle ne prétendra pas à réaliser une œuvre exhaustive et complète, dans le sens classique de la notion de codification: ces deux limitations résultent soit de l'exposé précédent, soit de l'analyse suivante des facteurs qui devraient déterminer la structure de la nouvelle loi. Trois groupes de facteurs sont normalement présents au juriste qui examine la règle de droit international privé: en élaborant des nouvelles normes, le législateur devra nécessairement en tenir compte. Je les appelle les facteurs technique, national et international.

A) Le facteur technique

Quand il s'agit de réaliser une œuvre législative de droit international privé, ce sont des problèmes techniques concernant la méthode à suivre et le choix des formules à effectuer qui se posent d'abord. C'est le domaine des spécialistes qui, malheureusement sont loin d'avoir atteint une unité de doctrine sur ces différents points. Je résume les questions plus immédiates de la façon suivante: 1) la législation doit être une œuvre individuelle ou collective? 2) faut-il légiférer aussi sur la «partie générale» du droit international privé? 3) faut-il choisir la voie de la législation par principes? 4) quel est le rapport entre la réglementation à donner aux conflits de lois et les conflits de juridictions? 5) faut-il légiférer par des normes bilatérales? Une réponse à la première question tient compte des expériences récentes sur le plan comparé. Il est vrai que des projets «individuels» ont pu s'imposer – je pense aux lois portugaise et grecque – mais il faut aussi dire qu'il s'agit de pays où le nombre de spécialistes en la matière est très limité. D'autres projets, encore plus «personnels» – je pense au projet NIBOYET[164] et au projet brésilien de H. VALLADAO[165] – ont eu un sort moins favorable. Même dans le pays d'EUGEN HUBER on tombera aujourd'hui facilement d'accord sur les avantages d'un projet législatif qui soit le produit d'un *team-work*. Et cela est d'autant plus vrai qu'il s'agit de concilier des points de vue qui, tout en étant différents sur des arguments spécifiques, n'opposent pas des conceptions en contraste radical entre elles, si l'on fait exception des tendances contraires à toute codification. Le travail collectif s'impose

[164] Cf. la note 58.

[165] R. DE NOVA, Recenti sviluppi in d.i.p., Diritto internazionale, vol. 22, 1968, p. 52 ss. Texte, traduction et commentaire par T. BALLARINO, Diritto internazionale, vol. 18, 1964, p. 348 ss.

aussi en tenant compte de la complexité de la matière et de notre suggestion de l'exposer scientifiquement, avant de passer au stade législatif. La «réduction de la coutume judiciaire en principes»[166], la rédaction d'un *speculum iudiciale de conflictu legum*, demande une analyse empirique de la jurisprudence suisse, que seul un groupe de spécialistes peut réaliser. Ce n'est qu'à partir d'une œuvre de ce genre que l'élaboration de nouvelles règles de conflit pourra avoir lieu.

Quant à la deuxième question, je me suis déjà exprimé de façon négative: je conçois la rédaction de normes sur les grands sujets de la «partie générale» du droit international privé comme très difficile et surtout inopportune, du moins actuellement[167]. Une législation ne ferait que codifier une des doctrines dominantes sur les différents arguments, mais aucune n'est en mesure – aujourd'hui – de nous satisfaire complètement. Je ferais probablement deux exceptions à cette règle: premièrement il existe des solutions spécifiques dans le droit international privé en vigueur qui peuvent être maintenues seulement dans la perspective de la théorie du renvoi[168]. Je pense qu'il vaudrait la peine de les sauvegarder, tout en précisant par voie législative les limites de l'application du renvoi.

Deuxièmement je suis d'avis qu'une nouvelle législation devrait rompre définitivement avec la pratique actuelle de la preuve du droit étranger et de l'absence de contrôle de l'application du droit étranger par le Tribunal fédéral. Depuis 1956 j'ai essayé d'exposer les arguments qui militent en faveur d'un revirement de jurisprudence[169] et mieux que moi l'ont dit B. VOUILLOZ[170] et J. GENTINETTA[171]. Ce n'est pas par des palliatifs du genre de l'arrêt *Sznajer*[172] que ce problème sera résolu, mais par l'introduction sur le plan international d'une règle du genre de l'art.2, al. 2 LRDC et par une modification de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire.

[166] Une paraphrase du beau titre de l'œuvre de BOURJOIN, Droit commun de la France et la coutume de Paris réduite en principes, Paris 1747.

[167] Cf. le chapitre 7F.

[168] Je pense surtout aux art. 28 et 31 LRDC.

[169] Cf. la note 21.

[170] B. VOUILLOZ, Le rôle du juge civil à l'égard du droit étranger, Fribourg 1964.

[171] J. GENTINETTA, Das schweizerische Bundesgericht und die Überprüfung der Anwendung ausl. Rechts, Fribourg 1964.

[172] Cf. la note 20.

Faut-il choisir, une fois remise la codification de la «partie générale» à des temps plus propices, la voie de la législation par principes ou s'efforcer de légiférer en détail? La question implique un choix technique très délicat. La tendance à la législation par principes semble s'imposer dans bien des domaines. Elle permet de déférer au pouvoir judiciaire une fonction toujours croissante. Et pourtant nous pouvons difficilement concevoir une législation de droit international privé qui n'assume pas la responsabilité de régler précisément les problèmes, soit en introduisant des «coupures» entre les rattachements des différents aspects des rapports juridiques, soit en distinguant d'une façon détaillée les différents rapports juridiques entre eux. Une réglementation législative qui devrait se limiter à «enregistrer» les grands critères de rattachements *(lex rei sitae, lex loci delicti commissi, locus regit actum)* n'aurait aujourd'hui aucune signification.

Un des aspects les plus frappants de la doctrine récente est l'intérêt particulier à l'étude des relations entre conflits de lois et conflits de juridictions[173]. A plusieurs reprises et notamment en examinant le *Restatement* nord-américain nous avons constaté la connexion étroite qu'on a cru devoir reconnaître entre ces deux problèmes. Et nous constatons aussi que le LRDC a dicté, très probablement de façon exclusive, les critères de compétence internationale dans les matières réglées[174]. Ces constatations doivent nous conduire à formuler une autre exigence précise, en vue de la nouvelle législation suisse de droit international privé. Cette législation doit aussi recueillir en quelques dispositions très complètes les critères de compétence internationale des tribunaux suisses et cela du moins dans les matières couvertes par la future législation fédérale. L'exemple des art. 2–4 du code de procédure civile italien peut être cité à ce propos. Il serait inconcevable de réformer le droit international privé suisse en abandonnant

[173] Cf. la note 125 ainsi que les travaux de B. NOLDE, Anwendbares Recht und Gerichtstand im IPR, Zeitschrift f. vergleichende Rechtswissenschaft, vol. 54, 1941, p. 292 ss.; H. BATIFFOL, Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative, De conflictu legum, Mélanges Kollewijn et Offerhaus, 1962, p. 55 ss.; G. BREULEUX, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, Zurich 1969; A. HELDRICH, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, Berlin/Tübingen 1969.

[174] Cf. note 78.

aux Cantons l'établissement des règles de compétence internationale, qui doivent être coordonnées avec celles de conflits de lois.

D'ailleurs nous avons déjà précisé notre pensée dans le sens que la nouvelle codification devrait couvrir tous les domaines de ce qu'on appelle la procédure civile internationale (les conflits de juridictions).

Enfin – et c'est là le dernier point – je suis d'avis que le principe de l'égalité de traitement devrait nous conduire à l'élaboration de normes de droit international privé soi-disant bilatérales, en éliminant notamment la distinction entre étrangers en Suisse et suisses à l'étranger. Je pense que des exceptions ou des réserves pourraient garantir certains «droits» particuliers aux suisses à l'étranger (je pense au droit au divorce et à la *professio iuris* en droit des successions) sans entamer l'esprit de la législation, qui devrait rester ouverte au maximum à la collaboration internationale[175].

B) Le facteur national

Le cadre des codifications de droit international privé que nous avons précédemment tracé nous a continuellement confrontés avec les exigences

[175] Par là je ne veux pas nier que la transformation de plusieurs secteurs du droit privé du fait de sa «publicisation» (le droit privé qui devient «droit social») ait provoqué un renouveau de la tendance à limiter l'intérêt du législateur à la détermination du champ d'application (normalement territorial) de la loi interne. Cf. M. WIETHÖLTER, Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des IPR, Berlin 1956; R. QUADRI, Lezioni di diritto internazionale privato, 5e éd., Napoli 1969; G. SPERDUTI, Théorie du d.i.p., Recueil des Cours de la Haye, 1967, III, p. 177 ss.; IDEM, Saggi di teoria generale del d.i.p., Milano 1967; IDEM, Evoluzione storica e diritto internazionale privato, Padue 1970; et tout récemment P. GOTHOT, Le renouveau de la tendance unilatéraliste en d.i.p., Revue critique de d.i.p., vol. 50, 1971, p. 1 ss., 209 ss. Toutefois il est excessif d'identifier le caractère unilatéral ou bilatéral de la règle de conflit avec une conception unilatéraliste ou bilatéraliste, comme le fait GOTHOT. La sauvegarde de valeurs essentielles du d.i.p., telles la garantie des droits de l'individu au milieu de systèmes juridiques en contradiction entre eux (ce qu'on a toujours appelé respect des droits acquis) peut aussi être réalisée par des normes bilatérales. En plus les normes bilatérales permettent de mieux défendre le principe de la personnalité de la loi (en imposant l'application de la *lex patriae* ou de la *lex domicilii* à l'égard d'étrangers ou de non-domiciliés) tandis que la règle de conflit unilatérale laisse subsister dans ces cas d'énormes lacunes, se limitant à déterminer le champ d'application de la *lex fori*. Pour finir, la norme bilatérale maintient toujours vivant le but idéal du d.i.p., qui reste la coordination des systèmes nationaux par des règles de conflit toujours plus rapprochées (principe de l'internationalisation du d.i.p.). Le fait que les instruments actuels du d.i.p. soient insuffisants pour réaliser pleinement ce but, ne nous autorise pas à l'oublier.

nationales et internationales dont toute législation doit tenir compte. La codification italienne de droit international privé veut respecter bien davantage les «obligations internationales» de ce que ne fait pas l'*Einführungsgesetz* allemande avec ses normes unilatérales. Des alternatives analogues nous les rencontrons aussi dans la doctrine. Tandis que SAVIGNY et MANCINI sont des représentants d'une conception du droit international privé foncièrement internationaliste (l'application de droit étranger compétent d'après la règle de conflit est bien un devoir de justice internationale et non seulement l'effet de la *comitas* internationale), BARTIN, KAHN et ANZILOTTI, peuvent être considérés les auteurs qui ont contribués de façon toute particulière au renouveau d'un courant nationaliste dans la doctrine de droit international privé. C'est peut-être J. P. NIBOYET (1886–1952) qui a représenté en Europe les tendances les plus nationalistes, manifestées par un retour aux solutions territorialistes si chères à bien de juristes statutaires[176].

Le respect du but même du droit international privé demande toutefois qu'on ne donne pas de priorité absolue aux exigences nationales et qu'on tienne compte aussi des facteurs internationaux, bien qu'ils soient souvent en contradiction avec les premières. W. WENGLER, un des premiers juristes contemporains qui ait essayé d'élaborer systématiquement les «principes généraux du droit international privé»[177] et une méthode d'interprétation conforme à ces principes, a mis en évidence les «collisions» des facteurs nationaux et internationaux[178].

Un des arguments des plus discutés dans la perspective des intérêts nationaux est celui des conditions démographiques du pays et du mouvement de la population (émigration, immigration). «Il y a une chose

[176] C'est surtout D'ARGENTRÉ qui a fortement influencé J. P. NIBOYET. Cf. BARBEY, Le sort du système de d'Argentré, Revue historique de droit français et étranger, 1940/41, p. 390 ss.

[177] W. WENGLER, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, cité à la note 21, p. 473 ss. (ce travail fondamental a été traduit en français: Revue critique de d. i. p., 1952, p. 595 ss., 1953, p. 37 ss).

[178] W. WENGLER, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, p. 491: «Die Grundsätze des ordre public und des politischen Interesses sind beide vom Gesichtspunkt des nationalen öffentlichen Interesses getragen ... während die Grundsätze des Konfliktsminimums und der stärksten Rechtsordnung von ausgesprochen internationalrechtlichen Gedanken getragen sind.»

inéluctable – dit NIBOYET[179] –: tout pays d'immigration doit appliquer chez lui la loi du domicile: c'est un fait d'expérience; tandis que tout pays d'émigration, exportateur d'hommes, est conduit à appliquer la loi nationale.» Si l'on veut indiquer par là une tendance, nous partageons ce principe, qui est loin toutefois d'avoir une valeur absolue, surtout à l'époque moderne, où chaque pays doit tenir compte à la fois des deux phénomènes: émigration et immigration. Les juges français devant lesquels parlait NIBOYET n'ont jamais bouleversé le principe de la loi nationale du code Napoléon, tout en y apportant des corrections, comme c'est le cas en matière de «mariage mixte» d'après la jurisprudence inaugurée par les arrêts *Rivière* et *Lewandowski*[180]. Et souvent des auteurs français contemporains mettent en évidence «les chances de la loi nationale»[181]. Si la conséquence des facteurs démographiques sur les règles de droit international privé devait être «inéluctable», on expliquerait mal le droit international privé anglais et son lien profond avec le principe du domicile (ainsi que le principe du *ius soli* quant à l'acquisition de la nationalité).

L'Institut de droit international a essayé avec succès d'établir un équilibre entre le facteur démographique et les autres intérêts qui déterminent le contenu de la règle de conflit. Dans sa réunion de Sienne, en 1952 il a décidé: «L'Institut de droit international, considérant que l'influence des conditions démographiques sur le droit international privé, comme d'ailleurs celle des autres facteurs politiques ne devrait pas dépasser certaines limites, adopte les résolutions suivantes: 1. Les règles du droit international privé ne doivent pas, pour des raisons démographiques, utiliser des points de rattachement donnant lieu à une différence entre le domaine d'application de la loi nationale et celui de la loi étrangère. 2. Les règles du droit international doivent, en général, utiliser des critères susceptibles d'être adoptés par des conventions internationales, de manière à éviter des solutions discordantes d'un même cas concret dans des pays différents».[182]

[179] La codification du droit international, Bulletin de la Société de législation comparée, vol. 55, 1931, p. 331 ss.

[180] J. et J. FOYER, Divorce et séparation de corps, Répertoire Dalloz de droit international, vol. I, p. 626 ss.; H. BATIFFOL, DIP, p. 68 ss.

[181] Cf. H. BATIFFOL, Les chances de la loi nationale, Liber amicorum L. Frédéricq, Gent 1965, vol. I, p. 151 ss. et pour ce qui concerne la Suisse, B. DUTOIT, L'avenir possible du rattachement à la loi nationale en d. i. p. suisse, Annuaire, vol. 26, 1969/70, p. 41 ss.

[182] Annuaire de l'Institut de droit International, vol. 44, 1952 II, p. 412.

Ce sont deux règles fondamentales, auxquelles je me suis continuellement inspiré en plaidant l'abolition de règles de faveur pour les suisses à l'étranger et le respect du principe de l'égalité de traitement, ainsi qu'en soulignant la justification profonde des solutions «bilatérales».

Si nous essayons maintenant de préciser le rôle du facteur démographique sur le futur droit international privé suisse, nous ne pouvons pas nier que l'exigence d'assimilation d'un nombre considérable de travailleurs étrangers devrait pousser notre système vers l'accueil du principe du domicile, pour ce qui est des relations personnelles, familières et de droit successoral. Les arguments en faveur du principe de la nationalité et du principe du domicile sont aujourd'hui quelque peu différents des arguments «classiques» de l'époque de MANCINI[183]. La plus grande simplicité dans la détermination de la nationalité, sa «permanence» qui assure une stabilité considérable au statut personnel et évite normalement la fraude à la loi, sont des arguments de poids en faveur du principe de la nationalité, qui ne font toutefois pas oublier un lien plus profond entre le pays d'origine et les conditions de la personne, surtout dans son cadre familial[184]. Les partisans du domicile mettent par contre l'accent sur les situations qui ne peuvent pas être résolues par le principe de la nationalité (manque de nationalité, Etats dont la législation civile n'est pas unitaire, pluralité de nationalité). Encore soutiennent-ils que la détermination du domicile est un problème qui doit être soigneusement examiné: à cette condition il acquiert les mêmes données de permanence et de simplicité que la détermination de la loi nationale. Sans oublier les modifications du droit de cité causées pour des raisons politiques: il serait injuste de soumettre tant de personnes à un système juridique qui les a repoussées. L'émigration suisse à l'étranger est

[183] Cf. les auteurs cités à la note 181. Adde surtout L.I. DE WINTER, Le principe de la nationalité s'effrite-t-il peu à peu?, De conflictu legum, Mélanges Kollewijn et Offerhaus, 1962, p. 514 ss. et le cours donné à la Haye en 1968 par le même auteur.

[184] H. BATIFFOL, cité à la note 181, p. 162: «La considération de certitude joue un rôle croissant, on l'a noté, en faveur de la loi nationale, mais il semble bien que la compétence de cette loi réponde, quoi qu'on en dise, à une réalité d'une certaine profondeur.» On ne peut non plus nier que l'application de la loi du domicile – ou de la résidence habituelle – est souvent en contradiction flagrante avec la conscience juridique de la personne – ou des personnes – en question, surtout quand cette personne n'est pas encore «assimilée». Or l'assimilation est constatée officiellement – ou du moins elle pourrait l'être – par l'acquisition de la nationalité, ce qui ferait encore une fois plaider en faveur de la loi nationale.

toujours très riche et très importante: je pense que la plus grande partie des suisses à l'étranger (je ne parle pas des doubles nationaux) tienne énormément à ce que le droit privé suisse (droit des personnes, de famille, des successions) leur soit applicable. Et pourtant je pense aussi que ce désir ait trait seulement aux aspects «fondamentaux» du droit privé de famille: égalité de droits des époux et parents, droit au divorce. Une fois ces principes de droit suisse garantis par l'intervention de l'ordre public, je pense que l'application du principe du domicile serait facilement acceptable. Cela me paraît certain pour les suisses à l'étranger de la «deuxième génération». Une solution claire en faveur de la loi du domicile, sous certaines conditions et dans certaines limites, serait à préférer à la formule actuelle de l'art. 28 LRDC, avec son renvoi en faveur du droit national. Cette formule oblige à des recherches délicates sur le contenu de droit international privé étranger qui devraient être limitées à des situations spéciales. Je m'oppose donc au retour pur et simple à la loi nationale, ou aux solutions en cascade, telles que B. DUTOIT les a proposées récemment[185]. Tout particulièrement je m'y oppose pour ce qui est des effets patrimoniaux du mariage, du fait que cette solution laisserait subsister la distinction entre régime «externe» (protection des tiers de bonne foi) et «interne», avec toutes les difficultés inhérentes à une coupure si artificielle. Le principe du domicile pourrait tout au plus être atténué par l'introduction de la *professio iuris*, d'après la règle de l'art. 22 al. 2 LRDC et dans des limites à préciser[186]. Pour ce qui est des suisses à l'étranger je pense, pour finir, qu'il serait très heureux de connaître leur opinion, en présence d'un problème qui les touche si directement.

Quant à l'immigration en Suisse je pense que personne ne peut nier l'aspect éminemment politique de la solution de droit international privé qu'on choisira. Je ne peux que m'associer aux considérations de P. LALIVE[187]: «Dans un Etat où la proportion des ressortissants étrangers est élevée, le principe de la *lex patriae*, tout en faisant dans une certaine mesure obstacle à l'assimilation politique, introduit un manque d'unité juridique qui a des inconvénients. Un mérite peut cependant lui être reconnu: celui d'éviter à l'étranger qui s'établit en Suisse d'être brusquement déraciné de son milieu

[185] Dans l'étude cité à la note 181.
[186] Cf. la note 156.
[187] P. LALIVE, Regards sur le d.i.p. suisse, cité à la note 5, p. 185.

juridique. On a évoqué l'influence psychologique favorable qu'exercerait, sur le travailleur prêt à émigrer, l'idée de continuer à vivre sous la protection de sa loi nationale. Le rattachement à cette loi constituerait donc, du point de vue suisse, un attrait supplémentaire pour le travailleur étranger. L'argument, qui suppose chez ce dernier une conscience juridique au-dessus de la normale, ne paraît guère décisif. Tout au plus joue-t-il contre une application immédiate, dès la constitution du domicile en Suisse, de la loi territoriale.» On connaît dans ce sens les tentatives de compromis qui mettent l'accent sur le critère de l'assimilation, depuis l'avant-projet d'EUGEN HUBER, jusqu'au projet du Conseil fédéral de 1905 et aux propositions récentes de A. SCHNITZER[188]. Toutefois je suis d'avis que tous les compromis doivent partir de la reconnaissance du domicile comme *basic rule*. Cette tendance est d'ailleurs très forte aussi sur le plan des conventions internationales et se justifie de plus en plus si l'on tient compte des mouvements si nombreux de populations et de l'intégration inévitable que la société moderne impose aux étrangers domiciliés. L'indifférence toujours plus marquée envers la nationalité, le rôle décisif des structures économiques et sociales dans lesquelles nous vivons, les avantages d'unité et de praticité, ce sont tous des arguments en faveur de l'application toujours plus générale de la loi du domicile. D'ailleurs l'emprise de l'élément social dans le droit de famille et des personnes ne fait que croître et impose l'application du principe du domicile: qu'on pense à la protection des mineurs, à l'adoption et à tant d'autres aspects «sociaux» de formation récente.

Deux remarques générales avant de conclure sur ce point: le choix du principe du domicile imposerait à la nouvelle législation suisse un effort de qualification de ce critère de rattachement. Le recours pur et simple à la notion de l'art. 23 code civil ne pourrait pas satisfaire. Domicile, résidence habituelle, *animus manendi:* aspects objectifs et subjectifs; cela doit être objet de règles conçues en fonction de leur application à des rapports juridiques de droit international privé.

En deuxième lieu on se demande si la tradition française, qui rapproche au point de vue scientifique et didactique le droit de la nationalité au droit international privé, ne trouve à propos du problème que nous avons traité

[188] Cf. notamment l'exposé de H. FRITZSCHE, cité à la note 3, le projet de A. SCHNITZER, cité à la note 9, art. 13 et l'étude de P. LALIVE, citée à la note précédente, notamment à p. 186 (critique de la solution de A. SCHNITZER).

une justification profonde. Le choix entre le principe de la nationalité et celui du domicile est en effet indissolublement lié aux conditions d'acquisition de la nationalité et c'est encore P. LALIVE qui vient de le souligner[189]. Par conséquent je pense que la réforme du droit international privé devrait obliger aussi à revoir les grandes lignes de notre politique législative dans le domaine de la nationalité.

Je ne crois pas qu'il soit opportun d'exposer en détail tous les secteurs et les règles du nouveau droit international privé suisse qui pourront être influencés par le «facteur national», notamment pour ce qui a trait à l'intervention de l'ordre public ou d'intérêts politiques plus limités. Qu'il me soit permis de souligner un seul point. Avec l'introduction du divorce en Italie bien des problèmes pratiques qui étaient sans solution jusqu'à hier vont perdre leur aspect le plus dramatique. Le contraste entre la législation suisse et les législations contraires au divorce encore existantes – notamment l'espagnole – va probablement trouver sa solution par le recours à la *lex domicilii*. L'intervention de l'ordre public sera limitée à des situations très particulières que le rattachement au domicile commun des époux ne permettra pas de résoudre.

C) Le facteur international

Après ce que nous avons exposé, on comprend facilement ce que nous entendons par *facteur international*[190]. On comprend aussi que ce facteur est souvent en contradiction avec le précédent et devrait pousser le législateur à tenir compte du but «international» du droit international privé: s'efforcer de légiférer comme s'il était un législateur international[191]. Les règles de conflit auront de ce fait un caractère bilatéral, elles ne perdront jamais de vue la recherche du minimum de conflits: – la coordination des

[189] P. LALIVE, Regards sur le d. i. p. suisse, cité à la note 5, p. 184s.

[190] Je renvois en particulier aux notes 21 et 175.

[191] Cette formule va provoquer la réaction violente des territorialistes et des «unilatéralistes», de EHRENZWEIG, de QUADRI et de tant d'autres. Et pourtant elle doit rester devant nous, comme un phare idéal, car elle met en évidence le but «international» du droit international privé. Ceux qui la critiquent confondent volontiers la structure étatique de la règle de conflit avec sa fonction, qui est exactement de dépasser le système juridique de l'Etat, de respecter d'autres systèmes juridiques, d'appliquer d'autres droits. Or, si elle veut organiser la coexistence de différents systèmes juridiques, si elle veut les coordonner, la règle de conflit doit nécessairement être le produit d'une «sensibilité internationale», elle doit être créée dans une perspective internationale.

systèmes, notamment par la recherche du système juridique le plus qualifié à régler le rapport juridique en question (recherche du système juridique le plus fort, comme dit M. WENGLER). Dans quelle mesure le facteur international prendra le dessus et dans quelle mesure il sera obligé de céder le rôle principal à des exigences internes, il n'est pas possible de l'exposer de façon générale et abstraite. Toutefois il n'est pas sans importance de souligner dès maintenant que les juristes appelés à préparer scientifiquement le travail législatif devront faire preuve de beaucoup de sensibilité «internationale», de même que de bonnes connaissances du droit international privé comparé. Je considère ces deux conditions comme essentielles à la bonne réussite de l'œuvre.

Tout particulièrement nous devons souligner l'exigence de coordonner tout effort législatif national avec les grands mouvements législatifs du droit international privé sur le plan international. La Suisse doit s'engager à fond sur la voie de l'unification du droit international privé par le moyen de la convention internationale: dans la mesure où la nouvelle législation nationale en tiendra compte, elle respectera de la façon la plus concrète l'aspect international du droit international privé.

Ce même aspect international exige peut-être une période d'attente avant de passer à la codification du droit international suisse en matière de droit «des biens». Comme nous l'avons déjà dit plus haut[192], il serait dangereux de s'enfermer dans un système législatif national en contraste avec les règles de droit international privé, élaborées par la CEE et acceptées par les Etats membres. Nos liens européens sont trop importants pour nous permettre une rupture profonde sur un point si délicat. N'oublions non plus à ce propos que la Suisse reste «la terre d'élection de l'arbitrage international, privé comme public»[193] et que les règles de conflit suisses, en matière de droit commercial, peuvent jouer un rôle, surtout indirect, considérable. Leur caractère «international» ne pourra pas faire défaut.

[192] Cf. chapitre 7D.

[193] P. LALIVE, Regards sur le d.i.p. suisse, cité à la note 5, p. 182.

10. Conclusions générales

I. Les recherches précédentes permettent de conclure que le droit international privé suisse continuera de s'orienter vers la méthode du droit législatif, toutefois que la législation suisse de droit international privé ne réalisera pas un système complet et exhaustif de normes (codification au sens classique du terme). Ceci en trois directions:

A) Les difficultés d'ordre scientifique et technique inhérentes aux problèmes de «théorie générale» conseillent de renoncer – du moins actuellement et à l'exception de points très précis (ainsi l'application d'office de la loi étrangère ou certaines applications du renvoi) – à la codification de la «partie générale» du droit international privé.

B) L'existence d'une législation en matière de droit international privé des personnes, de famille et des successions (LRDC) dont les obscurités, les lacunes et les imperfections – tant dans son contenu que dans la technique législative – ont été mises en évidence, et le caractère organique qui lie entre elles ces matières (droit des personnes *lato sensu*) conseillent de concentrer d'abord l'œuvre législative sur ces matières. Ceci d'autant plus que la Communauté économique européenne est en train de promouvoir l'unification entre les Etats membres de la CEE du droit international privé des biens (droits réels et obligations).

C) La participation suisse au mouvement conventionnel international du droit international privé invite notre pays à ne pas créer une législation nationale qui soit d'obstacle à l'acceptation de la législation internationale. Or une codification complète risquerait de paralyser l'internationalisation du droit international privé suisse.

II. En vue des graves difficultés qui accompagnent toute législation de droit international privé qui doit être élaborée d'une façon indépendante de la codification du droit privé et en vue des obstacles qui ont toujours empêché la révision de la LRDC, on est d'avis que l'œuvre législative doit être précédée par un effort scientifique collectif d'un groupe assez nombreux de spécialistes suisses. Ceux-ci, réunis dans un «Comité suisse de droit international privé», devraient préparer un exposé très schématique du droit international privé suisse, accompagné d'un bref commentaire, fondé sur l'analyse critique de la jurisprudence suisse et tenant compte des données

fondamentales de la législation internationale et de la science comparée du droit international privé.

A) Pour ce qui est de la partie relative au droit des personnes *lato sensu,* cette sorte de *Restatement* («Rechtsspiegel») suisse servirait comme base de la future révision législative.

B) Pour ce qui est des autres matières, cet exposé assumerait la fonction de guide et d'orientation scientifique de la future jurisprudence suisse.

III. Dans l'élaboration de l'exposé scientifique de droit international privé et de la législation successive on tiendra compte de certains résultats de la science et de la législation modernes, que cette recherche a essayé de mettre en évidence:

A) Une législation moderne de droit international privé doit s'efforcer d'établir un juste équilibre entre les exigences nationales et internationales. De ce fait elle ne peut pas renoncer à se servir de règles bilatérales et à respecter dans toute la mesure du possible le principe d'égalité de traitement des individus.

B) Une législation suisse de droit international privé, tout en distinguant les conflits de lois et les conflits de juridictions, ne peut pas se limiter à régler les premiers, étant donné la pluralité des systèmes cantonaux de procédure civile et l'étroite connexion existante entre les deux genres de conflits. Par conséquent il est nécessaire de recueillir en quelques dispositions fondamentales du moins les critères de compétence internationale des tribunaux suisses et aussi, dans la mesure du possible, les autres principes de la procédure civile internationale, notamment les règles sur la reconnaissance et l'exécution des jugements et des actes administratifs étrangers.

C) De même la réforme du droit international privé suisse impose l'approfondissement des problèmes traités par la législation en matière d'acquisition de la nationalité.

D) Tout en renonçant à la codification de la «théorie générale» du droit international privé, la future législation suisse sera une œuvre qui poussera dans le détail l'analyse des rapports juridiques et l'élaboration d'un système de classement de ces rapports. Elle ne sera donc pas du type de la législation par principes et cela surtout afin de garantir un maximum de sécurité et de prévisibilité des solutions juridiques.