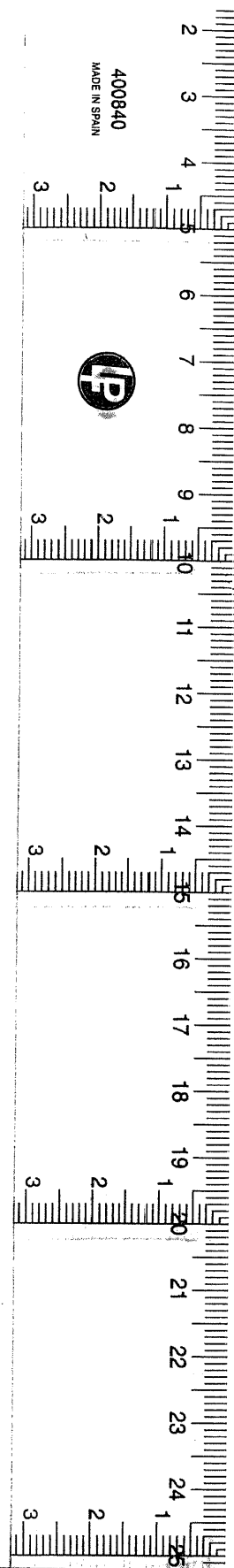


CODIFICACION Y UNIFICACION
EN
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

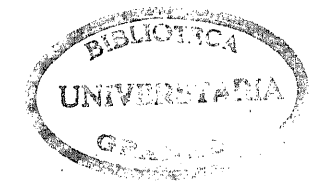
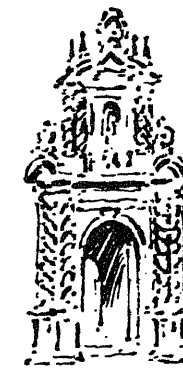


HENRI BATIFFOL

PROFESSEUR A LA FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES DE
L'UNIVERSITE DE PARIS MEMBRE DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

CODIFICACION Y UNIFICACION
EN
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

b: 1332421
i: 15220175



UNIVERSIDAD DE GRANADA

1973

El 30 de septiembre de 1971, la Junta de Facultad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada acordó por unanimidad proponer al Profesor Henri Batiffol, de la Universidad de París, como doctor *honoris causa* de la Universidad de Granada, ante los extraordinarios méritos científicos que en el profesor Batiffol concurren. Dicha propuesta fue aceptada por unanimidad por la Junta de Gobierno de la Universidad de Granada, en su sesión de 17 de diciembre de 1971.

El acto de investidura tuvo lugar el día 6 de mayo de 1972 y se desarrolló conforme a un ceremonial basado en las Constituciones de la Universidad de Granada, de 1542, con asistencia del Claustro de doctores de la Universidad.

Por otra parte, el acto fue motivo para que, invitados por el Rectorado y la Cátedra de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, se reunieran numerosos internacionalistas españoles, como los profesores Barcia Trelles, de Yanguas Messía, Sela Sampil, Miaja de la Muela, García Arias, Herrero Rubio, Díez de Velasco, Carrillo Salcedo, Puente Egido, Pastor Ridruejo, González Campos, Marín López, Pérez Montero, Elisa Pérez Vera, Fernández Flores, de Angulo Rodríguez, Casanovas La Rosa, Herrero de la Fuente, Ruiloba Santana, Victoria Abellán, Ferrer Sanchís, Mirella Castillo Daudí, María Luisa Espada Ramos, María Angustias Moreno López, Iglesias Buigues, J. Juste y Ballesteros González. Se recibieron además adhesiones de diversos profesores imposibilitados de asistir, tales como Castiella y Maíz, los Embajadores de España Cortina Mauri y Castro-Rial Canosa, catedráticos de Derecho Internacional, Aguilar Navarro, Pecourt García, Poch y Gutiérrez de Caviedes, Ramírez de Arellano, Sánchez Apellániz, Truyol Serra, de Azcárraga y Aguilar Benítez de Lugo. Así mismo, expresaron su adhesión a la investidura del Profesor Batiffol

como *doctor honoris causa* de la Universidad de Granada algunos de sus más directos colaboradores, tales como el Dr. Phocion Francescakis y el Profesor Paul Lagarde.

Por razones administrativas, correspondió el honor de actuar como padrino del Profesor Batiffol al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, catedrático de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Al defender los méritos del profesor Henri Batiffol, el profesor Carrillo destacó su concepción personalista del Derecho, su honda preocupación por la Filosofía del Derecho, expresada, por ejemplo, en su obra *Aspects philosophiques du Droit international privé* y en sus numerosas contribuciones a los *Archives de Philosophie du Droit*; su papel en la Academia de La Haya de Derecho Internacional, como miembro de su *Curatorium* y por los cursos en aquella profesados; su labor en la *Revue Critique de Droit International Privé*, de la que el profesor Batiffol es director; finalmente, el significado de una de las obras básicas de nuestro tiempo, el *Traité de Droit International Privé* del profesor Batiffol.

Dada la presencia en la Universidad de Granada de dos miembros españoles del Instituto de Derecho Internacional —una institución científica cuya XLVII sesión tuvo lugar en Granada, y de ahí la localización de este doctorado *honoris causa* en la Universidad de Granada—, los profesores Don José de Yanguas Messía y Don Camilo Barciá Trelles, dos maestros de internacionalistas españoles, el profesor Carrillo solicitó y obtuvo del Magnífico y Excelentísimo Señor Rector de la Universidad de Granada, profesor Mayor Zaragoza, y de su claustro de doctores, que fuesen los profesores de Yanguas y Barciá quienes justificasen ante el Claustro de la Universidad de Granada la concesión del doctorado *honoris causa* al profesor Henri Batiffol.

Por sus extraordinarias cualidades espirituales y humanas, el recuerdo dejado por el profesor Henri Batiffol en la Universidad de Granada, y en el numeroso grupo de internacionalistas españoles que tuvo el honor de convivir con él unos días, será imborrable. A él, así como a la señora Batiffol, la Universidad de Granada ofrece la publicación de su conferencia sobre *Codificación y Unificación en Derecho Internacional Privado*.

Excmo. señor Rector,
Ilmos. señores Decanos,
estimados colegas,
señoras, señores:

Es muy grande el honor que en este día me hacen Ustedes. Para toda Europa, representa Granada el lugar y el símbolo del triunfo final de España al acabarse la Reconquista después de siglos de lucha —lucha de España por su independencia y, por consiguiente, por la independencia de todo el continente. Además, que estén presentes tantos ilustres internacionalistas españoles es el testimonio de la mutua comprensión y del recíproco respeto que existen entre los juristas de nuestros dos países.

Si un honor puede proporcionarse a la cualidad de los que lo hacen, debe ser grande mi gratitud hacia la Universidad que hoy me acoge y hacia todos quienes han querido unirse a su iniciativa. Y me permitiré mencionar con particular afecto al profesor Carrillo Salcedo, que personalmente se encargó de la difícil tarea que representa la organización de tal ceremonia.

Considera el ceremonial de esta reunión que la mejor manera de expresar su agradecimiento es que el doctorando desarrolle una cuestión de su competencia. Tal actitud traduce a la vez gran fe en la paciencia de ustedes y, en cuanto al doctorando se refiere, gran intuición psicológica; la mejor manera, sin duda, para un profesor de dar testimonio de su amistad a quienes le reciben es el comunicarles sus reflexiones sobre un tema al cual tiene el mayor apego.

Ahora, pues, les voy a pedir un favor: el de permitirme seguir en francés. Creo que les será menos penoso oírme hablar mi propio idioma, pues el suyo, que muy a menudo he tenido ocasión de leer en obras jurídicas, no lo practico bastante bien para que se me pueda comprender muy fácilmente.

Le sujet que j'ai proposé est "Codification et unification en droit international privé". Il paraît assez clair que ces deux termes s'opposent: si le mot codification est pris au sens d'une oeuvre nationale, comme c'est effectivement le plus souvent son sens, la codification n'est pas un facteur favorable à l'unification du droit international privé. C'est du moins l'expérience connue du 19^{ème} siècle où les grandes codifications du droit privé ont compris des règles de droit international privé: le résultat a été une diversification de ces règles par contraste avec la relative unité qui régnait en Europe au siècle précédent. D'où les efforts à partir de la fin du siècle dernier pour unifier le droit international privé, notamment par traités, et plus particulièrement ceux de la Conférence de La Haye. Ce mouvement a été laborieux, ses résultats limités, mais il se poursuit et se développe même, notamment par la voie des traités bilatéraux: saluons bien sûr d'abord comme significatif de la coopération juridique entre nos deux pays, le traité franco-espagnol du 28 mai 1969 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et arbitrales et des actes authentiques en matière civile et commerciale. Mais il n'est pas un phénomène isolé. Depuis quelques années les traités, a dit notre collègue de Cologne Kegel "poussent comme des champignons". Ils concernent il est vrai surtout la reconnaissance et l'effet des jugements, et, dans la mesure où ils sont bilatéraux, n'aboutissent qu'à une unification très relative; mais le fait qu'ils existent est important: ils exercent une influence les uns sur les autres, les négociateurs s'inspirant de ceux qui ont été déjà conclus, et ils habituent les tribunaux internes à chercher des interprétations communes, voie fructueuse vers l'esprit de coopération internationale. D'autre part entre ces traités bilatéraux et ceux de la Conférence de La Haye, négociés maintenant entre 26 Etats, il faut

mentionner ceux qui sont préparés au sein de la Communauté économique européenne, et dont l'intérêt pour le droit international privé va croissant communauté qui ne méritera pleinement sont qualificatif d'européenne, à mon sens, que le jour où l'Espagne y aura pris sa place.

En face de ce mouvement, dont la réalité n'est pas niable, si ses aboutissements sont encore limités, le mouvement codificateur n'a pas cessé, et s'est même développé. Qu'il suffise de rappeler, parmi les pays les plus proches des nôtres, l'entrée en vigueur de nouveaux codes civils comportant des dispositions de droit international privé en Italie après 1865 en 1942, au Portugal en 1967, et moins près de nous mais pour en rester à l'Europe, en Grèce (1946), en Tchécoslovaquie (1963), en Pologne (1965). Le mouvement s'étend hors d'Europe, notamment dans des pays du Proche Orient tels que l'Egypte ou la Syrie. Mais c'est dans nos deux pays que ce même mouvement s'est aussi manifesté, sans avoir encore, que je sache, abouti, et ce parallélisme me paraît digne d'intérêt.

Le savant et respecté Maître de l'Université de Valence, M. Miaja de la Muela, écrivait en préface à la 5^{ème} édition de son traité en 1969 qu'il avait espéré voir entrer en vigueur avant cette nouvelle édition, la révision en cours des dispositions du titre préliminaire du code civil espagnol sur le droit international privé. Il faut croire que les auteurs du projet rencontrent quelques difficultés dans son élaboration; et nous y sommes d'autant plus portés qu'en France la question est à l'étude depuis plus de vingt ans sans qu'elle ait non plus abouti à ce jour. Le parallélisme va même jusqu'au nombre des projets qui se sont succédés des deux côtés des Pyrénées. D'après les renseignements que je possède, notamment par le très intéressant volume publié en 1968 sous la direction de notre collègue García Arias avec le titre "El derecho internacional privado español anterior al código civil de 1889" trois textes se sont succédés chez vous. L'un avait été préparé par notre éminent Maître à tous, le professeur de Yanguas Messía, en 1944, le second par le regretté Trías de Bes en 1962, le troisième est actuellement pendant devant les Cortes. Or nous avons eu aussi en France trois projets; le premier fut préparé sous l'influence non contestée de Niboyet par la commission de révision du code civil constituée en 1945 et publié en 1954;

le second fut établi par une sous commission de trois membres désignés par cette même commission en 1959; le troisième fut élaboré par un groupe de travail beaucoup plus nombreux constitué en 1965 par M. Jean Foyer, alors ministre de la Justice. La question se pose de savoir pourquoi ces projets se succèdent sans aboutir.

Sans vouloir aborder aujourd'hui dans sa généralité le problème de la codification en droit international privé, je voudrais indiquer les difficultés qui m'ont apparues les plus importantes au cours de la préparation du deuxième et du troisième projets français à laquelle j'ai participé.

La première est celle de savoir s'il y a lieu de consacrer des dispositions aux questions générales concernant les conflits de lois tels que les conflits de qualification, le renvoi, ou l'ordre public. Le deuxième projet y avait renoncé, le troisième en a traité quelques unes sobrement. La raison principale de cette attitude réservée consiste en ce que les problèmes réels qui se posent relèvent trop souvent d'une analyse juridique qui est mieux l'affaire de la doctrine ou des décisions de jurisprudence statuant cas par cas. L'exemple topique est celui de l'ordre public. On peut sans doute réserver son application, comme le fait, par exemple, le code civil allemand, mais l'utilité d'une telle réserve est faible: le problème réel est de savoir quand il est légitime et nécessaire de refuser au nom de l'ordre public d'appliquer une loi étrangère; et on connaît toutes les raisons pour lesquelles une définition n'est pas possible d'une notion qui doit rester une sauvegarde contre des lois étrangères dont la teneur paraîtrait inacceptable; il n'est pas possible d'imaginer à l'avance les dispositions souvent inattendues qui peuvent se rencontrer dans une loi d'un pays quelconque de l'univers.

On peut en dire autant du problème des conflits de qualification. Sans doute un choix apparaît possible ici entre plusieurs solutions, et il se trouve qu'en France la Cour de cassation a pris parti expressément en 1955 pour la qualification selon les catégories de la loi du juge saisi. Mais la matière continue à être l'objet de discussions très vives; même en admettant le principe de la qualification *lege fori*, il faudrait montrer que des nuances sont nécessaires, qu'une saine intelligence de ce principe n'exclut pas toute

considération de la structure de la loi étrangère. Ces considérations sont difficiles à introduire dans des formules législatives et elles relèvent plus de l'analyse et de la discussion des cas concrets. Le code civil portugais a tenté un effort intéressant à ce sujet mais le texte adopté (art. 19) présuppose pour être compris la connaissance de ces analyses et discussions.

Un choix législatif est certainement plus concevable pour le problème du renvoi, ne serait-ce que pour dire s'il est refusé purement et simplement, comme dans le code civil italien par exemple, ou s'il est admis dans une certaine mesure comme dans le projet du Bénélux. Mais les auteurs restent très divisés sur l'opportunité d'accepter le renvoi, et dans l'affirmative sur les limites à apporter à son application. En France la jurisprudence l'a accepté de longue date en principe sans pourtant prendre des positions déterminées sur son domaine d'application. Le troisième projet français a cru pouvoir prescrire l'application du renvoi dans une formule délimitant avec quelque précision son domaine, consacrant ainsi la jurisprudence dans son principe et améliorant sa portée ce qui rendrait un service réel, mais la question reste très discutée entre les auteurs.

Le troisième projet a également consacré quelques dispositions au mode d'application de la loi étrangère; l'une d'entre elles a une signification importante, et a été provoquée par une décision de jurisprudence très remarquée et critiquée concernant deux époux espagnols. Dans cette espèce, la Cour d'appel de Paris avait converti en divorce une séparation de corps prononcée antérieurement entre les époux Bisbal de nationalité espagnole. Aucune des parties n'avait réclamé l'application de la loi espagnole, et les juges avaient converti la séparation en divorce par application de la loi française. Là-dessus la femme, changeant d'avis, se pourvoit en cassation, reprochant à la Cour d'appel d'avoir méconnu le statut personnel des époux que la règle de conflit française soumet en effet à leur loi nationale commune, la loi espagnole. Son pourvoi a été rejeté par un arrêt que connaissent bien ceux d'entre vous qui suivent ces problèmes, rendu le 12 mai 1959¹, au motif "que les règles françaises de conflit de lois, en tant du

1. D. 1960.610, note Malaurie, J.C.P.1960.II.11733, note Motulsky, Clunet 1960:810, note Sialelli, Revue Critique de droit inter. privé 1960.62, note Batiffol.



moins qu'elles prescrivent l'application de la loi étrangère n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère".

La décision a été, je crois pouvoir dire, unanimement critiquée. Son effet a été quelque peu tempéré par l'arrêt de la même cour suprême du 2 mars 1960² aux termes duquel il est "loisible" aux juges du fond de procéder à la recherche du droit étranger compétent non invoqué par les parties. Mais ce correctif n'est certainement pas suffisant, car il permet aux juges de fermer les yeux sur de véritables fraudes à la loi étrangère compétente commises par les parties.

Il faut reconnaître que la difficulté était réelle parce que les juges n'ont pas l'obligation, et sont souvent dans l'impossibilité, de s'informer eux-mêmes sur la teneur de la loi étrangère bien que dans l'affaire Bisbal la teneur de la loi espagnole fût parfaitement notoire. Le troisième projet n'en a pas moins estimé qu'il convenait d'intervenir contre une jurisprudence qui permettait de méconnaître ouvertement les règles de conflits de lois, et ce, même dans des matières que le droit privé interne tient pour impératives telles que l'état des personnes, et notamment le divorce. Aussi le projet porte-t-il une disposition aux termes de laquelle "les tribunaux appliquent, même d'office les règles françaises de conflits de lois".

Le projet n'a cependant pas porté atteinte à la jurisprudence qui remet aux parties le soin d'établir la teneur de la loi étrangère; il la consacre même en disposant que "le contenu de la loi étrangère est établi, au besoin à la diligence du juge, par tous moyens". La jurisprudence admettait déjà en effet que le juge peut recourir aux moyens d'information dont il dispose, et l'expression "au besoin" signifie clairement que le juge peut s'en remettre aux parties de l'informer quand il ne dispose pas des moyens nécessaires à cet effet. C'est la position qui se rencontre très généralement en droit comparé

2. Clunet 1961.408, note Goldmann, J.C.P. 1960.II.11734, note Motulsky, Revue critique 1960.97, note Batiffol.

sous des formules diverses. Mais qu'arrivera-t-il alors si les parties ne produisent pas les informations nécessaires, sans que le juge ait les moyens d'y suppléer? Une troisième et dernière disposition sur ce sujet ajoute que "en cas d'impossibilité d'établir le contenu de la loi étrangère, la loi française est applicable". C'est aussi là une consécration de la jurisprudence établie de longue date et consacrée par l'arrêt Bisbal. Elle paraît de nature à permettre toutes les fraudes que l'on voulait éviter, et rendre inopérante la prescription d'application d'office de la règle de conflits de lois. Voici comment à mon avis ces dispositions se concilient. Le juge français saisi d'une situation dont les éléments donnent compétence, selon la règle française de conflit, à une loi étrangère, appliquera celle-ci d'office s'il la connaît, non sans l'annoncer aux parties pour leur laisser la latitude de discuter contradictoirement la portée de cette loi dans le cas d'espèce. Si le juge ne connaît pas la teneur de cette loi il devra donner aux parties un délai pour s'informer à ce sujet. Si à l'expiration de ce délai les parties déclarent n'avoir pu obtenir les renseignements voulus, le juge appréciera si l'impossibilité prétendue recouvre une tentative de fraude, ou au contraire résulte de ce qu'il s'agit de la loi d'un pays lointain, difficile à connaître, ou moyennant des frais disproportionnés à l'intérêt du litige. Dans le premier cas, celui d'une fraude, il rejettera la demande comme non fondée; dans le second, il appliquera la loi française à titre subsidiaire.

Il apparaît donc que la codification n'est pas sans intérêt pour certaines des questions générales des conflits de lois, mais on conçoit que les discussions restent vives sur ce qu'il faut régler et dans quel sens. Il est permis de penser que notre expérience n'est pas encore suffisamment développée sur plusieurs de ces problèmes pour nous permettre de leur donner à tous des réponses pourvues de la précision des formules législatives.

Si nous passons à ce qu'il est convenu d'appeler les matières spéciales, nous constatons que toutes les codifications comportant des règles qu'on peut appeler de rattachement, en ce sens qu'elles déterminent quelle loi sera applicable à une matière donnée, que ce soit la loi de la situation d'un bien pour le régime des droits que le grèvent, ou la loi nationale ou du domicile pour l'état des personnes. Mais il faut aussi constater que très généralement

les codificateurs ne s'enhardissent pas à aborder le problème beaucoup plus difficile qui est celui de la définition des matières ainsi rattachées à une loi donnée. Si les biens sont soumis à la loi de leur situation et les contrats à celle que les parties ont désignée, comment répartir dans une vente d'immeuble les problèmes de droits réels impérativement soumis à la loi de la situation du bien, et ceux qui, ayant un caractère contractuel, obéissent à la loi, éventuellement différente, désignée par les parties? Ceux qui ont préparé les deux projets français dont je vous ai parlé se sont systématiquement refusés à aborder cette catégorie de problèmes. D'abord, comme le disait Lerebours-Pigeonnière, dont je suis heureux de saluer aujourd'hui la mémoire, la tâche serait écrasante; il faudrait plusieurs centaines d'articles, et surtout les discussions seraient sans fin. Il s'agit en effet de l'analyse du droit civil ou commercial, de la recherche de la nature des institutions pour déterminer dans quels ensembles elles se classent. Et c'est là bien sûr une des causes, peut-être la principale, de la valeur formatrice du droit international privé: il oblige à scruter le droit interne et lui apporte une intelligibilité qui ne serait pas atteinte autrement. Mais il est clair qu'il s'agit là des travaux de doctrine; la matière ne se prête pas à ce travail de codification qui cherche à rassembler en quelques formules bien frappées un ensemble de règles servant de guide dans l'application du droit aux cas concrets. Si les conflits de qualification se prêtent mal à l'intervention législative, la qualification elle-même, à son départ, ne s'y prête pas non plus, en tout cas, dans l'état actuel de notre expérience, pour l'ensemble des problèmes.

Ceci ne signifie pas qu'il faille se résigner à abandonner aux juges le soin de décider cas par cas les difficultés qui leur sont soumises, et sans aucune directive. Ces problèmes restent au contraire des problèmes de droit au sens le plus certain du terme. Et je ne crois pas à la méthode qui voudrait transformer toutes les questions de droit en questions de fait, à décider suivant les circonstances de chaque espèce. La tendance est répandue dans plusieurs pays, notamment aux Etats-Unis, au moins dans nos matières, mais si nous croyons au droit ce n'est pas pour le nier en voyant dans tout problème une question de fait. Et aussi bien le problème de qualification est par excellence un problème de droit; il est l'analyse de la nature des institutions pour savoir quel régime leur convient. On voit que le propre, et

même l'essence, de la question de droit est affaire de raison; la volonté du législateur a un rôle certes important, mais il apparaît bien second, l'essence du droit n'est pas dans cette volonté.

Que la volonté du législateur ne suffise pas à donner des réponses satisfaisantes à tous les problèmes de droit international privé se vérifié aussi dans le choix des rattachements.

Il est des rattachements qui sont aujourd'hui difficiles à formuler parce que la matière se prête mal à un règlement d'ensemble général, sans doute parce que notre expérience n'est pas encore suffisante dans ces domaines. Il s'agit, comme chacun sait des contrats et de la responsabilité extracontractuelle.

En matière de contrats il est une expérience qui paraît bien acquise, savoir l'impossibilité d'un ou même de plusieurs rattachements impératifs qui exclurait toute liberté des parties. Sous des formes diverses et à des degrés différents le législateur et les tribunaux admettent les parties à désigner la loi sous l'empire de laquelle elles entendent placer leur opération. Mais nul n'ignore que cette solution, qui a l'avantage de la souplesse et du réalisme, a aussi l'inconvénient corrélatif d'une incertitude indéniable, quoique parfois exagéré, par les commentateurs, des résultats auxquels elle conduit. Alors se pose la question de savoir s'il ne serait pas possible d'écrire au moins des présomptions pour certains contrats déterminés et particulièrement importants. Il faut constater que cette idée, dont je sais qu'elle a été agitée dans la préparation de plusieurs textes récents, n'a pas abouti. La raison s'en trouve sans doute dans la difficulté de trouver un accord sur les présomptions en question, mais aussi dans celle de choisir les contrats qu'il conviendrait de régler de plus près: l'idée de codification implique celle d'un ensemble présentant un certain caractère systématique. Il n'est pas heureux de régler certains contrats et non d'autres.

Mais sur la formule générale elle-même les discussions sont vives entre deux positions extrêmes. La première, dont le type est celle du code civil italien de 1942, cherche à éviter le plus possible l'incertitude en précisant quelle loi s'appliquera à défaut de choix par les parties. L'autre voudrait pratiquement

laisser au juge toute liberté d'appréciation dans chaque cas concret, à défaut de volonté manifestée par les contractants. Le code civil italien, comme il est bien connu, dispose que "les contrats sont régis par la loi nationale des contractants si elle leur est commune, autrement par celle du lieu où le contrat a été conclu, sauf exception dans chaque cas de la volonté contraire des parties". L'esprit d'une telle formule est d'exiger une volonté expresse. Entre ces deux extrêmes les codificateurs recherchent des formules qui guident le juge, par exemple celle du lieu de la prestation caractéristique du contrat, en avançant plus ou moins dans la voie des précisions. L'exemple est assez topique d'une matière où les formules fermes et générales d'une codification ne paraissent pas faciles. Si notre expérience a permis d'admettre qu'il fallait accorder aux parties une certaine liberté dans la désignation de la loi applicable, elle n'est pas encore assez développée pour permettre de formuler avec quelque sûreté ce qu'il faut décider pour le cas où il n'apparaît pas que les parties aient eu une volonté déterminée.

Une complication supplémentaire apparaît de nos jours avec la multiplication dans tous les pays de législations qui introduisent dans l'exécution des contrats des dispositions dont le caractère impératif est tel qu'on ne voit guère la possibilité de les éluder par la référence à une loi étrangère. Qu'on pense aux contrats de travail et à bien d'autres. Là encore il est fort difficile de trouver une formule générale qui permette de réserver le jeu de ces lois et surtout de dire quel compte devrait en tenir le juge d'un pays autre que celui dans lequel elles sont en vigueur, car il s'agit, comme il est de plus en plus admis, d'une compétence propre, et non de l'intervention classique de l'ordre public dont le juge étranger n'aurait pas à tenir compte. Le projet Bénélux s'y est essayé, on en trouve aussi la tentative dans la résolution votée par l'Institut de droit international sur les conflits de lois en matière de contrats de travail dans sa session de Zagreb en 1971.

Une situation analogue se rencontre en matière de responsabilité délictuelle. Ici aussi le point de départ paraît acquis, et même depuis une antiquité beaucoup plus reculée la matière est soumise à la loi du lieu du délit. Mais nul n'ignore l'offensive menée depuis une vingtaine d'années contre cette solution principalement aux Etats-Unis et en Angleterre, mais encore en

Allemagne et dans d'autres pays. On reproche à cette solution d'être trop souvent irréaliste si le lieu du délit est purement fortuit, alors qu'il existe entre les parties d'autres liens tels qu'une résidence commune dans un autre pays. Ici aussi il est une position extrême, largement prônée aux Etats-Unis, qui voudrait s'abstenir de toute formule et laisser au juge le soin de décider dans chaque cas quelle loi est la plus convenable, serait-ce même en raison de sa teneur. Le projet Bénélux a cherché à faire droit à cette tendance dans une formule générale, mais dont la portée est loin d'être claire. Le nouveau code civil portugais s'est arrêté à des formules plus précises, mais corrélativement moins souples. Et il est encore des esprits qui se demandent si la mise en question de la loi du lieu du délit est vraiment fondée. La jurisprudence française a jusqu'ici fermement maintenu l'application de cette loi, notamment en appliquant la loi espagnole à maintes reprises aux accidents que se causent mutuellement les nombreux français qui vont l'été chercher en Espagne la beauté des paysages et des monuments et l'hospitalité de ses habitants. Si vraiment la solution traditionnelle n'est plus acceptable dans sa généralité, on voudrait une expérience plus développée pour formuler de règles plus précises.

Si les règles de rattachement sont difficiles à formuler dans des domaines comme celui des contrats ou de la responsabilité délictuelle, on parvient à des résultats beaucoup plus précis dans le domaine du droit de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions. Il est même possible dans ce domaine d'apporter des améliorations par rapport à des jurisprudences mal fixées ou critiquables. Ainsi les deux derniers projets français abandonnent la jurisprudence très contestée qui soumet actuellement encore le régime matrimonial à la loi expressément ou implicitement choisie par les parties, dont l'inconvénient d'incertitude est plus grave encore que pour les contrats. Et c'est un des rôles incontestables de la codification. La législation est également plus facile et efficace dans le domaine de la compétence judiciaire et de l'effet des jugements, comme en témoignent les traités bilatéraux. Mais c'est sur ces terrains que l'antinomie entre codification et unification se manifeste le mieux: c'est précisément dans le domaine du droit de famille, de la compétence judiciaire, de l'effet des jugements que les contrastes nationaux sont les plus marqués non seulement dans la teneur de

leurs droits internes mais encore dans celui de leurs règles de conflits. Il suffit d'évoquer dans le premier domaine la division des Etats entre la nationalité et le domicile comme point de rattachement; dans le second, l'enracinement de la procédure civile dans les traditions de chaque Etat. Comment se présente donc la conjoncture actuelle en matière d'unification par traités multilatéraux? .

Il est à prévoir que les difficultés rencontrées dans les législations internes pour codifier le droit international privé vont se retrouver, et aggravées, dans les tentatives de conclusions de traités surtout multilatéraux.

Les questions dites générales y sont d'abord rarement abordées. Les efforts de la Conférence de la Haye dans ces sessions antérieures à la première guerre mondiale n'aboutirent qu'à des résultats limités, et furent abandonnés dans les conventions postérieures, qui réservent d'une manière générale l'intervention de l'ordre public sans plus tenter de le définir. Il faut cependant signaler l'importante convention inspirée par le regretté professeur Meijers, qui a été adoptée par la Conférence dans sa session de 1951 "pour régler, dit son titre, les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile". Il s'agit en réalité d'une convention sur le renvoi dans des domaines limités, mais importants. Malheureusement cette convention n'a éveillé auprès des gouvernements qu'un très médiocre intérêt. Elle n'a réuni que cinq signatures, dont d'ailleurs celles de l'Espagne et de la France, mais n'a été ratifiée que par deux Etats (les Pays-Bas et la Belgique), de sorte qu'elle n'est pas entrée en vigueur.

Ici l'observation s'impose de la difficulté et des lenteurs des ratifications. La cause principale s'en trouve, à n'en pas douter, dans le peu d'intérêt que portent souvent les gouvernements à ces matières. Leur portée politique est nulle dans la majorité des cas, et les services des ministères des Affaires étrangères, surchargés de besogne, donnent priorité à des problèmes, et notamment à des ratifications, qui concernent des matières où il est plus urgent d'agir. Il faut aussi ajouter qu'au moins dans certains pays les services des ministères de la Justice voient avec méfiance les traités concernant le droit privé. Ils ont l'impression, certainement fondée, que l'entrée en

vigueur d'un traité signifie la limitation de leur liberté de proposer des projets de lois quand le besoin s'en fait sentir dans le système juridique dont ils ont la responsabilité. La dénonciation par la France à la veille et pendant la première guerre mondiale de la plupart des conventions de La Haye qu'elle avait antérieurement ratifiées a laissé un mauvais souvenir: mieux vaut ne ratifier qu'à coup sûr.

Il faut cependant observer que les dénonciations sont devenues rares, et qu'en ce qui concerne les conventions conclues depuis la deuxième guerre mondiale le mouvement de ratification, d'abord lent, est en croissance certaine. Aujourd'hui huit des conventions établies dans les cinq sessions qui se sont succédées depuis 1951 sont en vigueur, cinq d'entre elles lient plus de dix Etats et l'une d'elles, celle qui concerne la procédure, en lie vingt deux. Ces résultats, il faut bien le dire sont dûs à la création au lendemain de la guerre d'un Bureau permanent de la Conférence, et à l'activité aussi tenace qu'éclairée de son secrétaire général.

Ce mouvement signifie un nouvel intérêt pour ces problèmes dans les services gouvernementaux qui en ont la responsabilité. Je crois pouvoir le constater en France et l'attribuer à un déclin de l'isolationisme juridique. Les magistrats des services compétents du Ministère de la Justice ont plus conscience que leurs aînés de la réalité des problèmes internationaux et de la nécessité de leur donner des réponses adéquates. Il ne me semble pas que cette constatation doive se limiter à mon pays. Il serait même possible d'ajouter que le caractère apolitique des problèmes de droit privé a pu inciter récemment à la conclusion de traités en ce domaine comme manifestant une bonne volonté sans inconvénients politiques.

Cette orientation nouvelle sera bien nécessaire pour triompher des obstacles qui restent nombreux sur la voie de l'unification par traités. La Conférence de La Haye a pris conscience de ces difficultés de manière plus réaliste après la deuxième guerre mondiale en cantonnant l'objet des conventions mises en discussion à des sujets d'apparence assez particuliers. Il ne s'agit plus des grands chapitres du statut personnel comme avant la première guerre, ou des successions comme entre les deux guerres, mais par exemple de la loi

applicable à la vente de meubles corporels —sujet d'apparence bien étroite et qui cependant concerne l'instrument juridique essentiel du commerce international. Ou encore il s'agit des obligations alimentaires envers les enfants, sujet dont la portée paraît aussi bien limitée, et qui cependant présente un intérêt humain manifeste; de fait les deux conventions établies en la matière par la session de 1956 ont réuni un grand nombre de ratifications et sont rentrées rapidement en vigueur. Il ne faut pas sous estimer la méthode. Il est plus facile d'établir une convention sur la vente que sur les contrats en général, sur l'obligation alimentaire que sur la filiation, et l'entrée en vigueur de ces conventions habitue les Etats, et surtout leurs juges, à penser ces matières dans un esprit international; car il est évident que ces conventions doivent être dans toute la mesure du possible interprétées de la même manière pour que l'unification soit réelle. On peut espérer que de proche en proche la méthode permettra d'étendre l'unification à des domaines plus larges.

Mais comme pour les codifications internes il faut constater que les traités sur les conflits de lois peuvent poser des règles de rattachement, mais ne peuvent que plus difficilement encore se prononcer sur les problèmes de qualification.

Pour se limiter à un exemple, la convention établie en 1960 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires a déterminé selon quelle loi un testament pouvait être valable en la forme. Mais il a vite paru qu'il n'était pas possible de définir les questions de forme par opposition à celles qui concernent le fond. Par exemple les testaments conjonctifs, c'est-à-dire établis par deux personnes, deux époux notamment, dans un même instrument, sont prohibés dans de nombreux systèmes ou soumis à certaines conditions par d'autres. Savoir si ces prohibitions ou réglementations concernent la forme ou le fond dépend de conceptions propres à chaque pays, et la question reçoit des réponses divergentes d'un système à l'autre. Il n'était pas possible d'entrer dans une exploration méthodique de ces problèmes de frontières sans s'engager dans des difficultés sans fin. La convention cependant a tenu à résoudre la principale difficulté qui est apparue devant les tribunaux, savoir celle du caractère de la prohibition du

testament olographe, rendue célèbre par une disposition connue du code civil néerlandais, mais qui existe aussi par exemple en droit portugais.

Il ne faut pas voir dans cette discrétion un aveu d'impuissance de l'effort unificateur. C'est déjà un résultat appréciable que la loi applicable soit connue. Si dans l'application des divergences apparaissent d'un pays à l'autre sur certaines questions particulières, elles n'empêcheront pas un progrès réel dans la solution de la majorité des difficultés. Autrement dit on retrouve à un autre plan le problème même que les codifications internes ont dû affronter. Et il faut constater que ce relativisme n'a pas empêché la convention sur la forme des testaments d'entrer en vigueur dès 1964. Ce résultat montre que les gouvernements ont été sensibles à l'importance pratique de cet instrument malgré le caractère limité en apparence de son objet. Un tel succès peut préparer à de nouvelles conventions sur la forme des actes en général.

D'autres conventions ont d'ailleurs pu aller plus loin dans la définition des institutions auxquelles elles s'appliquent. Ainsi la convention établie par la session de 1968 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière a défini avec une assez grande précision les matières gouvernées par la loi dont l'applicabilité était convenue. Ici encore le caractère limité de l'objet de cette convention n'empêche pas de reconnaître sa grande importance pratique.

L'effort unificateur rencontre naturellement aussi la difficulté de définir les rattachements dans des matières comme les contrats ou les délits. Mais la limitation intentionnelle des matières retenues permet des précisions qu'une codification générale a plus de peine à formuler. Ainsi la convention sur la loi applicable à la vente a posé le principe, à défaut de volonté des parties, de la compétence de la loi du domicile du vendeur; celle qui concerne les accidents de la circulation routière a pu aboutir à des précisions remarquables sur le rôle respectif de la loi du lieu du délit et de celle du lieu où le véhicule est immatriculé. Par contraste on peut observer que le projet Bénélux ne liant que trois Etats a voulu établir une codification générale: il a dû s'en tenir pour les contrats et les délits à des formules de rattachement beaucoup plus

imprécises dans leur généralité et qui n'abordent pas le problème du domaine des lois ainsi désignées.

La difficulté des rattachements s'aggrave dans les domaines où il n'y a même plus le point de départ commun qu'on trouve en matière de contrats ou de délits. L'opposition entre la nationalité et le domicile en est l'exemple le plus classique. Le seul nombre des Etats représentés à la Conférence de La Haye rend les accords difficiles. Le développement de la Conférence, originairement limitée aux Etats de l'Europe continentale, n'allège pas la tâche des négociateurs. Et il faut considérer comme un succès que la diversité croissante des systèmes juridiques en présence n'ait pas empêché d'aboutir à des conventions dont la mise en vigueur paraît plus large et plus assurée que celle des instruments établis avant la première guerre mondiale. Il est même déjà arrivé à plusieurs reprises qu'une convention a été appliquée par les juges d'un Etat où elle n'était pas encore en vigueur, parce qu'elle a paru aux juges, dans le silence de la jurisprudence de leur propre pays, exprimer un droit commun raisonnable approuvé par des négociateurs qualifiés.

Il faudrait certes pour apprécier l'avenir du mouvement codificateur considérer d'autres entreprises, telles que celle de l'Union panaméricaine dont les conventions lient un grand nombre de pays d'Amérique latine, ou encore celle de l'Union nordique, sans compter les traités bilatéraux passés entre les démocraties populaires, ou entre les Etats nouveaux d'Afrique ou d'Asie et l'ancienne puissance coloniale.

Pour me limiter à un exemple plus proche de nous, je voudrais signaler le mouvement qui se développe dans la Communauté économique européenne. Le traité de Rome contenait déjà au moins une disposition qui intéresse le droit international privé, le fameux article 58 concernant indirectement mais certainement la loi applicable aux sociétés. Le traité prévoit également dans l'article 220 une convention à intervenir sur les formalités de reconnaissance et d'exécution dans chacun des Etats membres des décisions judiciaires rendues dans les autres. Cette disposition a abouti à la convention du 27 septembre 1968. Mais ses négociateurs ont dû constater que pour assurer sans difficulté la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus dans

chacun des Etats membres, il leur fallait régler la compétence judiciaire, et ils ont construit tout un système de règles de compétence directe qui transforme profondément le droit en vigueur à ce jour. Puis les autorités de Bruxelles ont admis que la détermination d'un seul juge compétent dans une situation intéressant plusieurs pays de la Communauté n'était qu'un progrès tout relatif si chaque Etat conservait ses propres règles de conflits de lois. Et une commission a été instituée pour étudier l'unification des conflits de lois dans la Communauté, au moins dans certaines matières. Ce qui paraît intéressant dans ce mouvement c'est que l'unification dans un domaine déterminé appelle son extension au domaine voisin. L'unification par traités est certes chose difficile, mais elle répond à une tendance dont la profondeur permet de penser qu'elle ne s'arrêtera pas de sitôt.

S'il est permis de tenter une conclusion de cet examen successif du mouvement codificateur et du mouvement unificateur, l'aspect de la comparaison qui paraît le plus évident est la communauté des difficultés qui se rencontrent de part et d'autre. Il en résulte tout d'abord que ces deux mouvements sont l'un et l'autre lents, de sorte que le conflit qui apparaissait de prime abord n'est pas aussi réel qu'on pouvait le penser. Il n'y a pas eu arrêt de l'un des mouvements par l'autre comme il était permis de le penser. Les difficultés d'unification sont cependant supérieures à celles de la codification, d'où l'orientation qui a été relevée de la limite des objets de l'unification. Ainsi un *modus vivendi* peut actuellement s'établir, les codifications conservant un objet général, quitte à céder la place sur des points particuliers aux traités, lesquels peuvent d'ailleurs en raison même de la limitation de leur objet introduire des solutions d'une précision plus grande. Un signe de cette articulation possible des deux mouvements se trouve dans l'attitude qui paraît bien être celle de plusieurs Etats membres de la Communauté économique européenne. Si le dernier projet français a été mis en attente, une des raisons qui en ont été données est que la Commission de Bruxelles se préparait à proposer une recherche de règles de conflits communes. Il paraît que le projet Bénélux a également été mis en attente pour la même raison.

Sur le fond, les difficultés communes à la codification et à l'unification



tiennent certainement, on l'a vu, aux problèmes que pose l'analyse des institutions. Qu'il s'agisse de règles générales à constituer en un ensemble par un législateur, ou de règles même plus particulières mais qui doivent être communes à plusieurs Etats, il s'agit dans l'un et l'autre cas d'analyser les réalités juridiques et les organiser en concepts satisfaisants. Et il faut bien, à cet égard, rappeler l'affirmation de Savigny que les règles de conflits de lois présupposent une substance commune suffisante aux différentes lois en présence, même si aujourd'hui il devient de mode de considérer Savigny comme dépassé. Or ce travail est celui des auteurs réfléchissant sur les questions qui se posent, et aussi de la jurisprudence amenée à justifier les réponses qu'elle donne aux cas concrets qui lui sont soumis. La confiance que ce travail peut conduire à des résultats concordants dans les pays de traditions juridiques suffisamment proches, n'est certainement justifiée que si ceux qui s'y livrent conservent un contact suffisant les uns avec les autres pour s'inspirer mutuellement de leurs travaux respectifs. De même les juges doivent-ils chercher dans la mesure du possible à ne pas ignorer les solutions données au-delà des frontières pour travailler dans une direction commune. A cet égard, il ne paraît pas niable que depuis une vingtaine d'années des progrès certains ont été accomplis dans l'ouverture à connaissance des droits étrangers dans nos vieux pays d'Europe. Ces progrès sont encore plus manifestes dans le champ des études doctrinales. Qu'il me soit permis ici de dire la grande aide qu'offre la littérature juridique espagnole contemporaine pour l'élargissement de nos connaissances de droit international privé comparé. Sans nommer à nouveau des auteurs, je voudrais simplement citer les précieux services que rend la Revista española de Derecho Internacional, qui a accordé depuis quelques années une attention croissante à ces problèmes.

Señoras, Señores,

Uno de los objetivos más urgentes que hoy día se imponen es la comprensión entre los espíritus; pero es también uno de los objetivos más difíciles de alcanzar y más lejanos.

El desarrollo de los poderes económicos y los conflictos que provoca no constituyen todo lo fundamental en nuestra vida. También es preciso que viva el espíritu, aunque fuera únicamente para resolver los conflictos desencadenados por el progreso económico.

El derecho tiene la originalidad y el mérito de ser obra del espíritu creada para introducir orden en los hechos, o por lo menos en los actos del hombre. Pero sólo alcanzará esta obra su máxima fuerza si resulta de una unión de esfuerzos, tanto a nivel nacional como internacional.

España es un país donde siempre se han puesto de relieve, con mayor unanimidad y pasión que en otros lugares, los valores espirituales. Mucho les agradezco a Vds. que me hayan ofrecido la ocasión de expresar la fe que con Vds. comparto en estos valores.



Biblioteca Universitaria de Granada



01042482