

UNIVERSITÉ DE LIMOGES
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

Thèse
pour l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LIMOGES
présentée et soutenue publiquement le 21 novembre 2005 par
Fabien MARCHADIER

**LES OBJECTIFS GÉNÉRAUX DU DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ À L'ÉPREUVE DE LA
CEDH**

Directeur de recherche :

- Monsieur Jean-Pierre MARGUÉNAUD, professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges

Rapporteurs :

- Madame Horatia MUIR WATT, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
- Monsieur Étienne PATAUT, professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

Assesseurs :

- Monsieur Patrick COURBE, professeur à l'Université de Rouen
- Monsieur Olivier DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain (Belgique)

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Je remercie Monsieur Marguénaud pour la liberté qu'il m'a accordée et les conseils métaphoriques, parfois, imagés, souvent, et précieux, toujours, qu'il m'a dispensés.

À Raphaël

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AFDI : Annuaire français de droit international

AJDA : Actualité juridique du droit administratif

BICC : Bulletin d'information de la Cour de cassation

Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation

CA : cour d'appel

CADH : Convention américaine relative aux Droits de l'Homme

CDE : Cahiers de droit européen

CEDEF : Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

CEDH : Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

cf. : *confer*

chron. : chronique

CIDE : Convention relative aux droits de l'enfant

CIJ : Cour internationale de Justice

Civ. : chambre civile de la Cour de cassation

CJCE : Cour de Justice des Communautés européennes

Clunet/JDI : Journal du droit international

cnqs : c'est nous qui soulignons

Com. : chambre commerciale de la Cour de cassation

comp. : comparer

concl. : conclusions

Crim. : chambre criminelle de la Cour de la cassation

dir. : sous la direction de

D.P. : Dalloz Périodique

DUDH : Déclaration Universelle des Droits de l'Homme

EGBGB : Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche

fasc. : fascicule

GACEDH : Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

GAJFDIP : Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé

Gaz. Pal. : La Gazette du Palais

Ibid. : *Ibidem*

Id. : *idem*

in : dans

IR : Informations rapides

infra : ci-dessous

JCP : Jurisclasseur périodique, la semaine juridique, édition générale

JCP A : Jurisclasseur périodique, la semaine juridique, administrations et collectivités territoriales

Loc. cit. : *loco citato*

LPA : Les petites affiches

NCPC : Nouveau Code de procédure civile

obs. : observations

op. cit. : *Opere citato*

p. : page

PIDCP : Pacte international relatif aux droits civils et politiques

PIDESC : Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

Préc. : précité

RBDI : Revue belge de droit international

RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

RCDIP : Revue critique de droit international privé

RDIDC : Revue de droit international et de droit comparé

RDP : Revue de droit public

Rép. Proc. Civ. : Répertoire de procédure civile

Rev. arb. : Revue de l'arbitrage

RFDA : Revue française de droit administratif

RGDIP : Revue générale de droit international public

RGP : Revue générale des procédures

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RJPF : Revue juridique des personnes et de la famille

RRJ : Revue de la recherche juridique. Droit prospectif

RTDC : Revue trimestrielle de droit civil

RTDCom : Revue trimestrielle de droit commercial

RTDE : Revue trimestrielle de droit européen

RTDF : Revue trimestrielle de droit familial

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

RUDH : Revue universelle des droits de l'homme

s. : suivant

Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

som. : sommaires commentés

spéc. : spécialement

supra : ci-dessus

TGI : Tribunal de grande instance

Trib. Civ. : Tribunal civil

TCFDIP : Travaux du Comité français de droit international privé

vol. : volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE LA CEDH, FACTEUR DE COORDINATION DES ORDRES JURIDIQUES.....	41
TITRE I LA COORDINATION JURIDICTIONNELLE.....	47
Chapitre I L'exigence d'un juge effectivement compétent.....	51
Chapitre II L'exigence d'un juge équitablement compétent.....	175
TITRE II LA COORDINATION NORMATIVE.....	247
Chapitre I Les situations créées dans le for.....	251
Chapitre II Les situations créées à l'étranger.....	319
 SECONDE PARTIE LA CEDH, FACTEUR DE PROTECTION DES ORDRES JURIDIQUES.....	 373
TITRE I LA DÉFINITION EUROPÉENNE DE LA PROTECTION	379
Chapitre I Approche critique de l'applicabilité restreinte de la CEDH	385
Chapitre II Recherche d'une variation dans l'application de la CEDH	423
TITRE II LA RÉALISATION INTERNE DE LA PROTECTION	501
Chapitre I Permanence de la responsabilité étatique face aux normes étrangères	503
Chapitre II Ajustement nécessaire des mécanismes du droit international privé interne aux exigences européennes	545

À pareille sacralité de la loi, jointe à la sainteté conférée aux prêtres du culte nouveau, a succédé aujourd'hui la religion des droits de l'homme.

F. Rigaux, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1999

Il s'était aperçu qu'on ne pouvait sans danger, dans une vieille civilisation comme la nôtre, se laisser aller à un sentiment irraisonné de justice et de droit. Il était nécessaire d'en acquérir une notion artificielle, si l'on voulait jouir d'une part moyenne de vie aisée et honorable, et de laisser la miséricorde de côté.

T. Hardy, *Jude l'obscur*, Albin Michel, 1950

INTRODUCTION

1. Animée par le souci de garantir aux individus des droits effectifs, la Cour européenne des droits de l'homme renonce rarement à faire produire aux dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la CEDH) tout leur effet utile. L'emprise croissante de la CEDH sur l'ensemble de la vie juridique est la conséquence de cette attitude volontariste. « *Beaucoup plus que ce qu'on avait pensé au moment de son élaboration* », souligne M. Franz Matscher, « *la CEDH et ses protocoles additionnels ont une incidence sur le système juridique des États membres* »¹. Affirmer que seules certaines matières sont susceptibles d'être affectées par la Convention paraît en effet bien hasardeux, tant la Cour de Strasbourg, déjouant toutes les prévisions, a étendu son contrôle au-delà des seuls droit pénal et droit public. Progressivement, elle a su faire émerger la dimension « droit de l'homme » de secteurs importants du droit en recourant à des mécanismes amplificateurs² tels l'interprétation autonome des termes de la Convention, la théorie de l'inhérence, le dénominateur commun aux États membres ou encore l'exigence d'effectivité des droits garantis qui implique une lecture actuelle de leur signification. C'est ainsi que la CEDH, sous l'impulsion de la Cour, saisit des pans entiers du droit civil³ comme les successions⁴, l'état civil⁵, la filiation⁶, l'autorité parentale⁷ ou encore le nom⁸. De façon

¹ F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 212.

² J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. 32 et s..

³ P. LEMMENS, « Les effets de la CEDH dans certains domaines du droit civil », *RUDH* 1992 p. 447 et s. ; P. SARGOS, « Les principaux domaines d'application de la Convention en droit pénal et en droit civil », in *Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire*, Actes du colloque du 18 juin 1987, La Documentation française, 1988, p. 31.

⁴ CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97 Mazurek c/ France *Gaz. Pal.* 19-21 novembre 2000 p. 19 note N. Bollon et M. Portefaix, *JCP* 2001.I.293.1 obs. J. Rubellin-Devichi, *Clunet* 2001 p. 229 obs. P. Tavernier, *GACEDH* n° 44.

⁵ CEDH 25 mars 1992 requête n° 13343/87 B. c/ France *RUDH* 1992 p. 316, *JCP* 1992.II.21955 note T. Garé, *Dalloz* 1993 p. 101 note J.-P. Marguénaud, *AFDI* 1991 p. 629 note V. Coussirat-Coustère, *JDI* 1993 p. 720 note E. Decaux et P. Tavernier, *RTDC* 1992 p. 540 obs. J. Hauser.

⁶ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 Marckx c/ Belgique *AFDI* 1980 p. 317 obs. R. Pelloux, *Clunet* 1982 p. 183 obs. P. Rolland, *GACEDH* n° 42.

⁷ CEDH 22 juin 1989 requête n° 11373/85 Eriksson c/ Suède ; CEDH 26 février 2002 requête n° 45644/99 Kutzner c/ Allemagne.

⁸ CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90 Burghartz c/ Suisse *Dalloz* 1995 p. 5 note J.-P. Marguénaud ; CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96 Ünal Tekeli c/ Turquie *AJDA* 2005 p. 546 obs. J.-F. Flauss, *Clunet* 2005 p. 527 obs. M. Eudes, *RTDC* 2005 p. 343 obs. J.-P. Marguénaud, *RJPF* 2005 n° 2 p. 14 note M.-C. Meyzeaud-Garaud.

plus surprenante, elle intéresse également certains aspects du droit de la concurrence⁹ ou du droit fiscal¹⁰. De même, alors qu'elle ne consacre explicitement qu'un seul droit à caractère social¹¹, le droit social¹² a fait l'objet, indirectement, d'un contrôle au regard des impératifs conventionnels¹³. Loin d'épuiser le sujet, ces quelques exemples tendent simplement à prouver que la CEDH recèle des potentialités insoupçonnées dans la mesure où elle touche à des domaines *a priori* exclus de la sphère d'influence à laquelle on pouvait raisonnablement la cantonner¹⁴. M. Franz Matscher a rapproché ce phénomène de l'incidence de la Constitution sur les rapports de droit privé et sur les droits de nature procédurale. La Convention et la Constitution moderne sont l'une et l'autre un foyer d'irradiation¹⁵ de la matière juridique. Puisque la Convention rayonne dans toutes les directions, faut-il dès lors s'étonner de son influence sur le droit international privé ? Certes, celui-ci n'a pas été expressément envisagé par les rédacteurs de la Convention et il est douteux qu'en adhérant à la Convention les États aient souhaité ou même envisagé des répercussions sur leur droit international privé. De plus, l'idée se retrouve parfois au soutien des décisions des organes de

⁹ Par exemple, CEDH 16 avril 2002 requête n° 37971/97 Société Colas Est et a. c/ France *JCP* 2002.I.153.11 obs. B. Besrou, *JCP* 2002.I.157.15 obs. F. Sudre, *Dalloz* 2003 p. 527 obs. C. Birsan où la Cour précise que le droit au respect du domicile résultant de l'article 8 s'applique aux locaux des sociétés commerciales. Ainsi, les enquêtes de la DGCCRF tendant à recueillir des éléments afin de sanctionner une entente illicite constituent une ingérence dans l'un des droits garantis par la CEDH. En particulier, elles se justifieront uniquement si elles s'analysent en une mesure nécessaire dans une société démocratique.

¹⁰ CEDH 24 février 1994 requête n° 12547/86 Bendenoun c/ France, qui a notamment permis à la Cour de soumettre le contentieux des pénalités fiscales aux exigences de l'article 6 du point de vue de la matière pénale. Quant à l'applicabilité de l'article 6 aux procédures fiscales du point de vue des droits et obligations à caractère civil, la Cour a opéré un revirement de jurisprudence, très controversé et acquis par 11 voix contre 6. En 2001, elle énonce que « *le contentieux fiscal échappe au champ des droits et obligations de caractère civil, en dépit des effets patrimoniaux qu'il a nécessairement quant à la situation des contribuables* » (CEDH 12 juillet 2001 requête n° 44759/98 Ferrazzini c/ Italie, § 29, *Clunet* 2002 p. 261 obs. P. T., *JCP* 2002.I.105.6 obs. F. Sudre), alors qu'en 1992, elle avait fait valoir la solution inverse (CEDH 26 mars 1992 requête n° 11760/85 Périscope c/ France).

¹¹ Il s'agit de la liberté syndicale (article 11 CEDH) dont il convient de noter qu'elle ne constitue qu'un prolongement de la liberté d'association. Cette dernière apparaît donc comme le droit premier, l'affiliation syndicale étant dans sa dépendance.

¹² CEDH 16 septembre 1996 requête n° 17371/90 Gaygusuz c/ Autriche *Dalloz* 1998 J p. 438 note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; CEDH 27 juillet 2004 requêtes n° 55480/00 et 59330/00 Sidabras et Dziautas c/ Lituanie *AJDA* 2005 p. 542 obs. J.-F. Flauss, *Clunet* 2005 p. 524 obs. C. de la Hougue, *RTDH* 2005 p. 363 note S. Garcia-Jourdan.

¹³ Cette extension procède de l'idée suivant laquelle nombre des droits consacrés par la Convention, civils pour l'essentiel, « *ont des prolongements d'ordre économique et social. (...) la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention* » (CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 Airey c/ Irlande, § 26 (*GACEDH* n° 2)).

¹⁴ G. COHEN-JONATHAN, « La place de la CEDH dans l'ordre juridique français », in F. Sudre (dir.), *Le droit français et la CEDH, 1974-1992*, NP Engel-Kehl, Strasbourg Arlington, 1993, p. 2 ; G. COHEN-JONATHAN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des États contractants », in *Mélanges Nicolas Valiticos « Droit et justice »*, Pédone, 1999, p. 400.

¹⁵ F. MATSCHER, *loc. cit.*, p. 212.

la Convention¹⁶. Pourtant, elle ne constitue pas et n'a jamais constitué pour la Cour de Strasbourg un frein à l'accomplissement de sa mission puisque les méthodes d'interprétation qu'elle met en œuvre s'attachent en premier lieu à l'objet et au but du traité et non à la volonté des Hautes Parties contractantes. La CEDH, ainsi que l'affirme M. Patrick Courbe, « *irradie l'ensemble des secteurs du droit positif et l'on imagine difficilement que le droit international privé puisse, ou doive, y échapper* »¹⁷. Parce qu'il n'a pas une fonction répartitrice mais régulatrice et qu'il définit ou contribue à définir les droits et obligations des personnes privées, il paraît même normal qu'il subisse l'influence d'une convention internationale relative aux droits de l'homme¹⁸.

2. Au demeurant, les relations entre le droit international privé et les droits de l'homme ou les droits fondamentaux¹⁹ n'ont rien de surprenant. De façon plus ou moins diffuse, elles ont en effet toujours existé.

Indirectement, ils comptent parmi les facteurs qui ont participé à la multiplication des situations présentant un élément d'extranéité. Parallèlement au développement scientifique et technique (notamment avec les progrès réalisés en matière de moyens de transport) et de l'esprit de coopération internationale dans tous les domaines de l'activité humaine, M. Mustafa Kamil Yasseen relève le rôle de « *la reconnaissance internationale des droits de l'homme et, en particulier, (...) la consécration du droit de quitter son pays, de choisir un domicile, la liberté de l'homme d'aller et venir dans le monde* »²⁰. Le propos mériterait cependant d'être nuancé dans la mesure où, dans le même temps, les États conservent la liberté de réglementer l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire. La Cour de Strasbourg a d'ailleurs eu l'occasion de préciser que « *d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour*

¹⁶ Voir, par exemple, Commission 6 mars 1989 requête n° 12603/86 Vincent Gauthier c/ Belgique : « *En effet, la Commission ne saurait présumer que les États contractants, en acceptant les obligations découlant de l'article 6 § 1, aient entendu s'engager à empêcher les personnes placées sous leur juridiction de souscrire à des clauses d'élection du for* ».

¹⁷ P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 249. Au reste, l'auteur est l'un des rares à présenter la CEDH parmi les sources internationales du droit international privé, voire le seul (*Id.*, *Droit international privé*, Armand Colin, 2^{ème} édition, 2003, p. 9, n° 18).

¹⁸ L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 422, n° 421.

¹⁹ Dans la présente étude, la dénomination droits fondamentaux ne sera pas prise dans son acception technique (sur laquelle, voir, par exemple, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *Dalloz* 1995 chron. p. 323 ; P. MUZNI, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Thèse dactyl., Montpellier, 2004, p. 71 et s., n° 82 et s.), mais en tant que synonyme de droits de l'homme ou libertés fondamentales.

²⁰ M. K. YASSEEN, « Principes généraux de droit international privé », *RCADI* 1965-III p. 388.

eux des traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol »²¹. C'est la raison pour laquelle il convient d'évoquer à cet égard une incidence indirecte.

Plus directement, la doctrine n'a pas manqué d'établir des rapprochements ponctuels entre ces droits et le droit international privé. La plupart des études se sont concentrées sur la notion d'ordre public international, qui, selon une présentation classique et sommaire, permet au juge d'évincer la norme étrangère normalement compétente afin d'assurer la sauvegarde, notamment, des « *principes de justice universelle* »²². Certains se sont alors demandé si les droits fondamentaux ne permettaient pas de les définir²³.

Jusqu'alors, si la doctrine évoquait l'incidence des droits de l'homme sur le droit international privé, elle n'y attachait guère un caractère automatique et contraignant. Par exemple, Paul Lerebours-Pigeonnière concluait son étude relative à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le droit international privé en précisant que son « *seul but (...) était de montrer que la proclamation de droits inhérents à la personne humaine et d'un ordre universel fondé sur cette conception, est de nature à intervenir*²⁴ dans la jurisprudence française qui recourt à l'exception d'ordre public national pour obvier à un défaut de communauté entre notre conception du droit et celle d'une loi étrangère compétente »²⁵. Si l'éminent auteur reconnaît la vocation de la Déclaration à exercer une influence sur le droit international privé, et encore uniquement sur une notion particulière, il se borne simplement à affirmer son bien-fondé. Au-delà, rien n'indique que la Déclaration engendre des obligations auxquelles les juges, en l'occurrence français, devraient se conformer²⁶. Tout au plus disposent-ils d'une faculté,

²¹ CEDH 28 mai 1985 requêtes n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81 Abdulaziz, Cabalès et Balkandali c/ Royaume-Uni, § 67. La Cour a en outre précisé « *qu'en matière d'immigration l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire* » (CEDH 19 février 1996 requête n° 23218/94 Gül c/ Suisse, § 38). Toutefois, comme le suggère l'emploi de l'adjectif « *générale* », il arrive, dans des circonstances particulières, que l'État se voie contraint, au titre du respect dû à la vie familiale des intéressés, d'accorder le regroupement familial. Il en est ainsi lorsque la vie familiale développée sur le territoire d'un État membre atteint un degré tel qu'il fait obstacle au retour dans le pays d'origine (CEDH 21 décembre 2001 requête n° 31465/96 Sen c/ Pays-Bas, §§ 40 et 41, *Clunet* 2002 p. 316 obs. J. B.-H., *JCP* 2002.I.105.12 obs. F. Sudre).

²² Civ. 1^{ère} 25 mai 1948 Lautour *RCDIP* 1949 p. 89 note H. Batiffol, *Dalloz* 1948 p. 357 note P. Lerebours-Pigeonnière.

²³ Cf. par exemple P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », in *Le droit privé français au milieu du 20^{ème} siècle : études offertes à Georges Ripert. Tome I : études générales, droit de la famille*, LGDJ, 1950, p. 255 ; B. GOLDMAN, « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit », in *Mélanges René Cassin*, vol. I, 1969, p. 449.

²⁴ Cnqs.

²⁵ P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *loc. cit.*, p. 270.

²⁶ Étant entendu que si la Déclaration engendrait des obligations, celles-ci n'auraient pas intéressé le droit interne puisque, à cette époque, tout contrôle de la loi paraissait difficilement envisageable, notamment au regard du droit international. La prééminence de la loi était telle que même la Constitution lui semblait subordonnée dans la mesure où en cas d'incompatibilité entre ces deux normes, le conflit se résolvait par une modification du texte constitutionnel en application de l'article 91 de la Constitution du 27 octobre 1946 (« *le comité constitutionnel*

d'une légitimité incontestable, mais dont l'exercice relève de leur pouvoir discrétionnaire. En quelque sorte, les droits de l'homme apparaissent non pas comme un donné indicateur de solutions, mais plus modestement comme une donnée dont le juriste doit tenir compte.

3. En revanche, les relations entre le droit international privé et les droits de l'homme prennent un tour singulier si l'on envisage ces derniers au travers de la CEDH qui, d'une manière générale, marque une véritable rupture avec l'analyse précédente. Elle a assurément une vocation identique à exercer une influence, mais elle présente, en outre, l'insigne avantage d'engendrer des résultats tangibles. En effet, les droits proclamés bénéficient d'une très forte protection procédant de la conjugaison de plusieurs éléments.

En premier lieu, il convient de souligner l'importance de la Cour européenne des droits de l'homme. Investie de la mission d'assurer le respect des engagements découlant pour les États de la Convention²⁷, elle peut, sur saisine d'une personne²⁸, physique ou morale, constater la violation de l'un quelconque des droits garantis par la Convention par un arrêt auquel la Haute ou les Hautes Parties contractantes concernées doivent se conformer. Quoique obligatoires, les arrêts rendus par la Cour ne sont pas exécutoires²⁹. Cela signifie que la mise en œuvre des décisions dans l'ordre juridique interne est laissée au bon vouloir des États, conformément aux principes d'autonomie et de circularité des ordres juridiques³⁰. En

examine si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution »). Curieuse conception de la hiérarchie des normes qui n'est pas sans rappeler l'article 54 de la Constitution du 4 octobre 1958 aux termes duquel « si le Conseil constitutionnel (...) a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ». Néanmoins, cela n'a pas empêché le Conseil d'État et la Cour de cassation d'affirmer la supériorité, dans l'ordre juridique interne, de la Constitution sur les engagements internationaux (cf. *infra*, n° 3).

²⁷ Art. 19 CEDH.

²⁸ Art. 34 CEDH.

²⁹ Art. 46 CEDH.

³⁰ Cf. R. AGO, « Règles générales de conflit de lois », *RCADI* 1936 tome 58 p. 243, qui exprime cette idée par le concept d'exclusivisme de l'ordre juridique, ce qui signifie « qu'il exclut le caractère juridique de tout ce qui ne rentre pas dans lui-même » (p. 302) ; Santi Romano, quant à lui, relève qu'il « est exact que dans un ordre originaire donné, les normes d'un autre ordre ne peuvent valoir qu'en vertu des normes du premier ; en revanche il nous paraît inexact de dire que tout ordre ne considère comme juridiques que ses propres normes et regarde comme irrelevantes toutes les autres en tant que tel : cela n'est pas seulement arbitraire mais est contraire à la réalité. Le principe que tout ordre originaire est toujours exclusif doit s'entendre en ce sens qu'il peut, mais non qu'il doit nécessairement nier la valeur juridique de tout autre. D'où dériverait une telle nécessité, une telle limitation ? Elle serait incompatible avec le caractère même des ordres originaires, puisqu'en cette qualité, ceux-ci sont souverains et ne connaissent d'autres limitations que celles qu'ils se sont d'eux-mêmes données ou reconnues ? » (S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, collection philosophie du droit, 1975, p. 107 note 1) ; F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1999, p. 20 et s. : l'auteur précise par ailleurs que « la circularité implique que chaque ordonnancement juridique fonctionne en vase clos, fixant lui-même, et pour lui seul les critères de la juridicité. La science du droit est impuissante à énoncer de tels critères valant pour tout système de droit, quel qu'il soit. La définition du droit est donc un faux problème, puisque chaque système juridique désigne les phénomènes qu'il accepte de reconnaître pour siens » (p. 154).

pratique, cependant, les arrêts sont respectés³¹ et ils déterminent, consécutivement à un constat de violation de la Convention, de nombreuses modifications législatives dans l'ordre juridique des Hautes Parties contractantes³². Cette influence se laisse également mesurer à l'aune de l'autorité attachée aux arrêts de la Cour. En principe, ils sont revêtus de l'autorité relative de chose jugée et ne concernent que le ou les États parties au litige³³. Néanmoins, la doctrine³⁴ s'accorde à leur reconnaître, en outre, une autorité interprétative, en ce sens que l'interprétation des dispositions à laquelle se livrent les juges de Strasbourg fait corps avec le texte lui-même et s'impose dès lors à l'ensemble des États parties³⁵. La Cour européenne elle-même manifeste une tendance à considérer que ses interprétations valent *erga omnes*. Ainsi,

³¹ La Cour exerce un rôle incitatif remarquable lorsqu'elle accorde une réparation pécuniaire au requérant puisque, depuis 1991, elle précise dans le dispositif de son arrêt que la satisfaction équitable doit être versée au requérant dans les trois mois suivant le prononcé de son arrêt (CEDH 28 août 1991 requête n° 11296/84 Moreira de Azevedo) et depuis 1996 elle ordonne le versement d'intérêts moratoires en cas de dépassement de ce délai (CEDH 8 février 1996 requête n° 20826/92 A. et a. c/ Danemark). Sur cette question, en pleine évolution (cf. CEDH 22 juin 2004 requête n° 31443/96 Broniowski c/ Pologne *RTDH* 2005 p. 203 note E. Lambert-Abdelgawad, *Clunet* 2005 p. 544 obs. P. Tavernier, *RRJ* 2005-2 p. 914 note F. Lazaud et les dispositions du Protocole n° 14 du 13 mai 2004 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, notamment l'article 16 qui modifie l'article 46 de la Convention), voir, notamment, V. ESPOSITO, « La liberté des États dans le choix des moyens de mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2003 p. 823 ; E. LAMBERT-ABDELGAUWAD, « La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts "pilote" », *RTDH* 2005 p. 203 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'effectivité des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, actes du colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 septembre 2000*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 137 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Collection Droit Fondamental, 7^{ème} édition refondue, 2005, p. 616 et s., n° 340.

³² Cf. le site Internet de la Cour (<http://Fr/FDOcs/EffectsOfJudgments.html>) où sont recensés, entre 1959 et 1998, pas moins de 294 arrêts constatant une violation de la Convention qui ont été suivis d'une réforme. Quant aux affaires radiées du rôle à la suite d'un règlement amiable, il ne faudrait pas négliger leur incidence. Dans la même période, alors que les États auraient pu se satisfaire de la transaction pécuniaire, 15 ont donné lieu à une réforme, preuve, une fois encore, du rayonnement de la CEDH par-delà les cas d'espèce.

³³ En ce sens que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties » (art. 46 CEDH), ce qui signifie, *a contrario*, que l'autorité des arrêts de la Cour ne saurait s'étendre aux États dépourvus de la qualité de partie à l'instance envisagée.

³⁴ M. DE SALVIA, « L'élaboration d'un "ius commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne : l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour européenne des Droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 555 ; P. TAVERNIER, C. GREWE et H. RUIZ-FABRI, « Convention européenne des droits de l'homme. Interprétation et application par les organes de Strasbourg et par les organes nationaux », *Juriscasseur Droit international*, vol. 2, fasc. 155-E, 1993, p. 24 ; G. COHEN-JONATHAN, « La place de la CEDH dans l'ordre juridique français », in F. Sudre (dir.), *Le droit français et la CEDH, 1974-1992*, NP Engel-Kehl, Strasbourg Arlington, 1993, p. 13 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. 122-129 ; P. WASCHMANN, « Les méthodes d'interprétation des conventions relatives à la protection des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Actes du colloque de la société française pour le droit international (Strasbourg 29-31 mai 1997), Pédone, 1998, p. 160 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Collection Droit Fondamental, 7^{ème} édition refondue, 2005, p. 625, n° 342. Et, d'une manière générale, cf. H. BATIFFOL, « Circonstances et modalités de l'application du droit international par le juge national », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Presses universitaires de Toulouse, 1981, p. 44.

³⁵ C'est dire encore que l'autorité des arrêts de la Cour visée à l'article 46 de la Convention ne se limite pas au dispositif de la décision pour s'étendre aux motifs qui en constituent le soutien nécessaire.

dans l'affaire *Modinos contre Chypre*³⁶, relative à la contrariété à l'article 8 de la Convention d'une loi chypriote réprimant pénalement les relations homosexuelles entre adultes mâles consentants et en privé, elle n'a pas hésité à se référer à un arrêt antérieur³⁷ rendu dans des circonstances similaires, contre un autre État, pour fustiger l'attitude de Chypre. Tout d'abord, elle constate qu'en dépit de sa jurisprudence la Cour suprême de Chypre a estimé que la législation en cause ne violait pas la Convention³⁸. Ensuite, bien qu'aucune poursuite pénale n'ait été exercée sur ce fondement depuis son arrêt *Dudgeon*, la Cour n'en considère pas moins que la seule existence de tels textes constitue une ingérence permanente dans les droits du requérant³⁹. Enfin, sur la question de la justification de l'ingérence, la Cour exprime alors l'autorité qu'il convient d'attribuer à ses arrêts, en soulignant simplement, que « *vu (...) la jurisprudence de la Cour (...) il ne s'impose pas de ré-examiner la question* »⁴⁰. Cette affirmation lapidaire témoigne une fois encore de l'attitude volontariste de la Cour dans la promotion effective d'un ordre régional fondé sur le respect des droits de l'homme et la prééminence du droit.

En second lieu, l'influence de la CEDH sur l'ordre juridique interne, tout du moins français, est accrue par la reconnaissance de sa primauté et de son effet direct. Sa primauté procède directement de la Constitution. L'article 55⁴¹ lui attribue, comme à tout autre traité international, une supériorité sur les lois internes. Si un conflit s'élève entre une disposition de la Convention et une norme de l'ordre juridique interne, antérieure ou postérieure⁴², il doit se

³⁶ CEDH 22 avril 1993 requête n° 15070/89 *Modinos c/ Chypre* .

³⁷ CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76 *Dudgeon c/ Royaume-Uni GACEDH* n° 37.

³⁸ CEDH 22 avril 1993 requête n° 15070/89 *Modinos c/ Chypre*, § 20.

³⁹ *Ibid.*, § 24.

⁴⁰ *Ibid.*, § 25.

⁴¹ Aux termes de ce texte, « *les traités ou accord régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* ». Cette primauté se trouve subordonnée, en outre, à une condition de réciprocité qui ne concerne toutefois pas la Convention européenne des droits de l'homme en raison du caractère objectif de ses dispositions. L'ancienne Commission a clairement exprimé cette idée dans sa décision *Autriche c/ Italie* en affirmant que « *les obligations souscrites par les États contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elle vise à protéger les droits fondamentaux des particuliers plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers* » (Commission 11 janvier 1961 requête n° 788/60 *Autriche c/ Italie*). Cet élément caractéristique a maintes fois été réaffirmé, notamment dans une décision du 6 décembre 1983 où il apparaît avec une particulière netteté, la Commission énonçant que « *le principe général de réciprocité en vigueur en droit international et la règle figurant à l'article 21 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités relative aux relations bilatérales aux termes d'un traité multilatéral, ne s'appliquent pas aux obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'homme* » (Commission 6 décembre 1983 *France c/ Turquie*).

⁴² Ainsi que l'ont précisé la Cour de cassation et le Conseil d'État, respectivement dans leur décision *Jacques Vabre* (Chambre Mixte 24 mai 1975 *Dalloz* 1975 p. 497 concl. Touffait, *JCP* 1975 II n° 18180 bis concl. Touffait, *AJDA* 1975 p. 567 note J. Boulouis, *RCDIP* 1976 p. 347 note J. Foyer et D. Holleaux) et *Nicolo* (CE 20 octobre 1989 *RFDA* 1989 p. 813 concl. P. Frydman, *Clunet* 1990 p. 105, *RCDIP* 1990 p. 125 concl. P. Frydman, note P. Lagarde).

résoudre en faveur de la première. Toutefois, la solution ne reçoit pas une application générale. La jurisprudence réserve le sort des normes à valeur constitutionnelle, la Cour de cassation précisant dans un arrêt *Fraisse* rendu en Assemblée Plénière le 2 juin 2000 « *que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 188 de la loi organique seraient contraires (...) à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté* »⁴³. En revanche, relève M. Cohen-Jonathan⁴⁴, dans l'ordre juridique international, il ne fait guère de doute que la Convention prime l'ensemble des normes internes y compris constitutionnelles⁴⁵. Il en résulte une dualité qui, si regrettable qu'elle puisse paraître, confirme, au besoin, l'autonomie des ordres juridiques. Nonobstant la position adoptée par les juridictions françaises, la primauté dont jouit la Convention dans l'ordre juridique interne ne doit pas être minimisée, vu qu'elle se double de l'effet direct de ses dispositions. En ce sens, elles font « *directement naître dans l'ordre interne des droits au bénéfice des personnes privées, physiques ou morales* »⁴⁶. Par conséquent, tout individu a la possibilité « *de faire valoir, devant une juridiction étatique ou devant une autorité administrative, un droit que lui confère la Convention* »⁴⁷. L'admission de l'applicabilité directe des droits garantis par la Convention est intervenue relativement tôt⁴⁸. La solution n'étonne guère dans la mesure où la Convention satisfait aux conditions communément admises pour qu'une norme soit d'effet direct, à savoir l'intention des États de créer des droits au profit des particuliers et le caractère complet et précis des articles en

⁴³ AP 2 juin 2000 Melle Fraisse *Gaz. Pal.* 2000 n° 359-363 p. 7 note J.-F. Flauss, *Dalloz* 2000 J p. 865 note B. Matthieu et M. Verpeaux, *GAJFDIP* n° 85-86. Le Conseil d'État avait adopté la même position à l'occasion d'un arrêt du 30 octobre 1998 (CE ass. 30 octobre 1998 Sarran, Levacher et autres *Dalloz* 2000 J p. 152 note Aubin). Cf. également à ce sujet B. BEIGNIER et S. MOUTON, « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *Dalloz* 2001 p. 1636.

⁴⁴ G. COHEN-JONATHAN, *loc.cit.*, p. 7.

⁴⁵ Cf. CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82 Johnston et autres c/ Irlande à l'occasion duquel la Cour a examiné la conventionnalité de l'interdiction de divorcer au regard des articles 8 et 12 bien que cette prohibition puisât sa source dans la Constitution.

⁴⁶ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2004, p. 403, n° 412.

⁴⁷ P. MAYER, « L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme », in M. Delmas-Marty et Claude Lucas de Leyssac (dir.) *Libertés et droits fondamentaux*, Points seuil, 1996, p. 250.

⁴⁸ Crim. 3 juin 1975 Respino *Bull. crim.* p. 382, n° 141 et plus nettement Crim. 30 juin 1976 *Dalloz* 1977 J p. 1 note P. Coste-Floret. Cette reconnaissance est d'autant plus remarquable que la Cour n'a jamais imposé l'effet direct des dispositions de la Convention dans l'ordre juridique interne. Tout au plus a-t-elle manifesté sa préférence pour cette solution dans l'arrêt *Irlande c/ Royaume-Uni* lorsqu'elle précise qu'« *en substituant le mot "reconnaissent" à "s'engagent à reconnaître" dans le libellé de l'article 1, les rédacteurs ont voulu indiquer (...) que les droits et libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des États contractants* », or, « *leur intention se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée dans l'ordre juridique interne* » (CEDH 18 janvier 1978 requête n° 5310/71 Irlande c/ Royaume-Uni, § 235 ; voir aussi CEDH 29 janvier 2004 requête n° 52980/99 Stornaiuolo et autres c/ Italie).

cause⁴⁹. Sur ce point, il convient de noter que « *le caractère très général d'une disposition n'est pas, contrairement à certaines opinions, un obstacle à son effet direct, d'autant moins que la jurisprudence des organes de Strasbourg contribue à préciser les dispositions de la Convention et les conséquences qui doivent en être tirées* »⁵⁰. Plus que la primauté, l'applicabilité directe occupe une place cardinale par rapport aux relations entre la Convention et le droit international privé. C'est en vertu de ce mécanisme que tout individu peut introduire la question du respect des droits de l'homme garantis par la CEDH dans un litige né d'une relation présentant un élément d'extranéité. La primauté garantit seulement, si l'on peut dire, et sous les réserves précédemment évoquées, que le magistrat entreprendra l'examen de la conventionnalité de la situation soumise à son jugement.

Enfin, la présence et l'omniprésence de la CEDH tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne lui impriment un caractère singulier. C'est du point de vue de ce système doté d'une efficacité sans précédent que nous aborderons les relations entre le droit international privé et les droits de l'homme. Néanmoins, l'optique retenue n'exclut pas la référence à d'autres instruments de protection des droits fondamentaux des êtres humains, issus de différents ordres juridiques, qui ont infléchi le traitement des relations privées internationales. Les solutions adoptées sur leur fondement seront riches d'enseignement pour le système européen de protection des droits de l'homme⁵¹ puisqu'il s'agira à chaque fois de textes qui obéissent à une logique d'application très proche de celle qui sous-tend la Convention de Rome⁵².

4. De prime abord, analyser les relations entre le droit international privé et les droits de l'homme, même circonscrits à ceux dotés d'une efficacité appréciable, pose une difficulté en raison de la très grande spécificité de la matière. L'objectif général du droit international

⁴⁹ Sur ces conditions, cf. par exemple P. TAVERNIER, C. GREWE et H. RUIZ-FABRI, *loc. cit.*, p. 22 n° 120 ; F. SUDRE, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 37 et s., n° 67 et s..

⁵⁰ P. TAVERNIER, C. GREWE et H. RUIZ-FABRI, *loc. cit.*, p. 22, n° 122.

⁵¹ Nous faisons notamment allusion au Tribunal de Karlsruhe qui met en œuvre un contrôle de constitutionnalité des actes des pouvoirs publics allemands au regard des droits fondamentaux consacrés par la Loi Fondamentale, selon une méthode très proche voire identique à celle utilisée tant par les anciennes Cour et Commission que par la nouvelle Cour, entrée en fonction par l'effet du Protocole additionnel n° 11 en vigueur depuis le 1^{er} novembre 1998 (sur ces rapprochements, cf. C. STARCK, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux », *RDP* 1988 p. 1266 et s. et p. 1269 et s.).

⁵² M. DELMAS-MARTY, « Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz* 1988 chron. p. 221 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 495.

privé, conçu de telle manière qu'il ne néglige ni la singularité des relations privées internationales, ni le pluralisme des ordres juridiques étatiques, réside dans la coordination⁵³. Selon l'expression de Batiffol, l'objectif de coordination « *en un sens (...), est immanent à tout le droit international privé, il en forme la texture même* »⁵⁴. Aussi, toutes les règles du droit international privé sont-elles innervées de cette recherche de coordination. La difficulté consiste à découvrir les moyens propres à atteindre cette ambition d'ajustement des différents systèmes juridiques. La doctrine a beaucoup disserté sur la question⁵⁵, et les solutions proposées manifestent une profonde divergence entre les auteurs⁵⁶. Mancini et Pillet plaçaient la protection de la personne au cœur du droit international privé, et accordaient en conséquence une place prépondérante à la loi personnelle. Correspondant parfaitement à la mentalité des nationaux, cette loi devait les suivre en toutes circonstances. Cette explication ne saurait être retenue dans la mesure où la loi s'adresse davantage à une collectivité qu'aux individus. Savigny, quant à lui, estimait que l'essentiel résidait dans l'uniformité des décisions de justice sur une même question de conflit, quel que fut le pays dans lequel le juge

⁵³ L'idée puise ses racines chez Niboyet, qui précisait que le but du droit international privé est « *de rendre possible la vie juridique dans les rapports internationaux* » (J.-P. NIBOYET, *Cours de droit international privé à l'usage des étudiants de licence et de doctorat*, Librairie du recueil Sirey, 1946, p. 1, n° 1), et son développement résulte des travaux de Batiffol (H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 14 et s., n° 4 et s. et p. 228 et s., n° 102 et s. et les observations sur l'ouvrage formulées par Phocion Francescakis (P. FRANCESCAKIS, « Philosophie du droit et droit international privé », *Archives de philosophie du droit* 1957 p. 205) ; H. BATIFFOL, « Principes de droit international privé », *RCADI* 1959-II p. 435, spéc. p. 444 et s. ; H. BATIFFOL, « Réflexion sur la coordination des systèmes nationaux », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LITEC, 1976, p. 199, spéc. p. 201 et s.). L'originalité et peut-être même la singularité de la réalisation de l'objectif de coordination réside dans son initiative puisqu'elle procède le plus souvent de l'activité unilatérale des États. Le plus souvent en effet et non pas exclusivement, car il ne faudrait pas négliger les nombreuses conventions internationales élaborées au sein de la Conférence de droit international privé de la Haye ou encore la production normative de l'Union européenne. Toutefois, si significatif que soit ce mouvement, il ne doit pas être exagéré, ceci pour deux motifs. D'une part, l'efficacité d'une convention internationale se trouve suspendue au bon vouloir des États. L'élaboration d'un texte suscite déjà des difficultés, notamment pour que ses dispositions satisfassent l'ensemble des participants. Une fois achevé, sa signature puis sa ratification sont loin d'être acquises. Une nouvelle intervention de l'État est nécessaire. D'autre part, à défaut d'une juridiction internationale exclusivement compétente pour livrer l'interprétation d'un texte international, l'initiative unilatérale étatique conserve toute sa force ainsi qu'en atteste un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 4 mars 1963 (*Clunet* 1964 p. 806 note B. Goldman). Bien que le litige fût régi par une convention portant loi uniforme, la Haute juridiction n'en a pas moins estimé qu'un conflit de lois subsistait parce que la disposition internationale pertinente, rédigée à l'identique en France et en Allemagne, avait reçu dans ces deux États une interprétation différente. Au-delà de la solution, regrettable, donnée au cas (en dépit de la compétence de la loi allemande, les juges du fond avaient conféré à la disposition internationale en cause le sens qu'elle avait dans l'ordre juridique français et non celui prévalant dans l'ordre juridique allemand ; la Cour de cassation a malgré tout rejeté le pourvoi faute d'une dénaturation), l'affaire montre l'importance d'un organe régulateur pour assurer le succès d'une convention.

⁵⁴ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 315, n° 142.

⁵⁵ H. E. YNTEMA, « Les objectifs du droit international privé », *RCDIP* 1959 p. 2 et les références citées.

⁵⁶ M. Yntema ne relève pas moins de dix-huit objectifs différents.

se prononçât⁵⁷. En d'autres termes, il est nécessaire de lutter contre la reconnaissance géographiquement limitée des situations pour faire prévaloir l'harmonie internationale des solutions⁵⁸. Il serait en effet néfaste et peu cohérent qu'un individu voie sa capacité modifiée, son mariage dissous ou sa filiation remise en cause par cela seul qu'il franchit une frontière. Néanmoins, cette harmonie, si elle est souhaitable, demeurera imparfaite par la seule existence d'une pluralité d'ordres juridiques dont la coordination relève de l'initiative de chaque État. L'harmonie internationale des solutions, « à la vérité idéal toujours hors d'atteinte mais dont il convient de se rapprocher plutôt que d'en s'éloigner »⁵⁹, doit alors être sacrifiée à la défense des intérêts de la collectivité nationale. Par conséquent, il échet de constater la diversité des intérêts pris en charge par le droit international privé. À cet égard, M. Werner Goldsmith insiste sur la nécessité de la justice et de l'harmonie des solutions⁶⁰. Il affirme ainsi « que la finalité du droit international privé consiste dans l'obtention de la justice à l'intérieur de la communauté nationale, justice obtenue par le moyen spécial de l'application du droit étranger, qui met en évidence le respect de l'élément étranger »⁶¹. M. Yntema, lui aussi, s'inscrivait dans ce courant, en ce sens qu'il avançait une dualité d'objectifs : la sécurité et la justice comparative du résultat final⁶². La sécurité évoque l'idée de Savigny, c'est-à-dire obtenir l'harmonie internationale des solutions, notamment par le moyen de l'unification des règles de conflit⁶³. Si elle ne peut être atteinte, il faut alors appliquer au rapport de droit une solution déduite de l'étude comparative des « politiques législatives sous-jacente aux lois de fond internes »⁶⁴. Néanmoins, sa théorie révèle un universalisme, certes généreux, mais excessif. Il néglige l'un des aspects essentiels du droit international privé, à savoir la protection des intérêts de la collectivité nationale, en énonçant,

⁵⁷ F. K. VON SAVIGNY, *Traité du droit romain. Tome VIII*, Librairie de Firmin Didot Frères, fils et Cie, 2^{ème} édition, Paris, 1860. Sur ce point, voir, J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, collection Les voies de droit, 1999, p. 60.

⁵⁸ Selon l'expression de M. Yves Lequette, par l'harmonie internationale des solutions « on fait qu'une situation internationale sera traitée de la même façon dans tous les États concernés » (« Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2000, p. 96).

⁵⁹ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. 678, n° 73.3.

⁶⁰ W. GOLDSCHMIDT, « Système et philosophie du droit international privé », *RCDIP* 1955 p. 639 et *RCDIP* 1956 p. 21 et p. 223, spéc. p. 644 ; *Id.*, « Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, tome I, Droit international privé et droit international public*, Dalloz, 1960, p. 153.

⁶¹ W. GOLDSCHMIDT, « Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, tome I, Droit international privé et droit international public*, Dalloz, 1960, p. 162.

⁶² H. E. YNTEMA, *loc. cit.*, p. 20.

⁶³ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 23.

à propos de l'ordre public international, l'une des expressions les plus achevée de cette protection, qu' « *il n'est qu'un remède désespéré, et l'on devrait l'écartier quand il s'agit de formuler la finalité des règles de conflit* »⁶⁵. Voilà une idée qui fait bien peu de cas d'une notion pluriséculaire présente dans la théorie internationaliste dès l'origine. Bartole ne distinguait-il pas déjà au XIV^{ème} siècle les statuts qui disposent relativement aux personnes et s'adressent à elles où qu'elles soient, les statuts qui disposent relativement aux choses, territoriaux par essence, et les statuts odieux auquel le juge ne saurait conférer aucune valeur⁶⁶ ? L'ordre public international apparaît comme la version moderne de ces statuts odieux⁶⁷, si bien qu'il est impossible de faire abstraction de la collectivité dans laquelle le rapport international de droit privé est appelé à s'insérer. La communauté nationale postule une certaine homogénéité et implique en conséquence le rejet d'institutions par trop étranges ou par trop exotiques. Le souci de cohésion se traduit encore par l'existence de lois d'application immédiate. De fait, la coordination suppose la prise en compte de trois éléments. Elle exige un équilibre entre les intérêts des individus, ceux de la collectivité nationale et ceux de la société internationale⁶⁸. La règle de droit international privé en opère une synthèse. Par exemple, l'application de la *lex rei sitae* aux immeubles répond à l'utilité privée puisque les intérêts des individus se concentrent en ce lieu, à l'intérêt général, s'agissant d'une loi facilement accessible aux tiers et à l'intérêt de l'ordre international, cette règle éliminant les risques de lacune ou de concurrence entre les législations des différents systèmes juridiques nationaux impliqués dans la relation. Et aujourd'hui, la doctrine contemporaine reprend l'idée de coordination⁶⁹ et ses trois prolongements traditionnels⁷⁰.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁶⁶ Cf. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 44, n° 58.

⁶⁷ Dans la mesure où cette notion fut interprétée par certains des successeurs de Bartole dans le sens de statut inique, alors que Bartole entendait par celle-ci statut prohibitif. Cf. P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 44, n° 58.

⁶⁸ Batiffol précisait ainsi (*op. cit.*, p. 229, n° 102) que les facteurs d'élaboration des règles du droit international privé sont triple :

- la recherche de l'équité et de l'utilité réclamées par les intérêts privés,
- la prise en compte des intérêts de la collectivité dans laquelle la relation s'insère,
- la prise en compte des intérêts propres de la société internationale puisque ces relations en sont un élément constitutif.

⁶⁹ Par exemple, A. K. ELGEDDAWI, *Relations entre système confessionnel et laïque en droit international privé*, Dalloz, 1971, p. 127, n° 168 ; J.-M. JACQUET, « La fonction supranationale de la règle de conflit de lois », *RCADI* 2001 tome 292 p. 230 et s. ; P. MAYER, « Droit à un procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 1996, p. 133.

⁷⁰ Cf. notamment M. DE ANGULO RODRIGUEZ, « Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international », *RCDIP* 1972 p. 369 ; L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004, p. 264, n° 292 (en ce qui concerne tant le conflit de lois que le conflit de juridictions) ; P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système

Ceux-ci permettent d'expliquer l'évolution de la jurisprudence française, donc de la réglementation des relations privées internationales⁷¹ envisagée, dans la présente recherche, uniquement au travers des règles de conflit de lois et de juridictions⁷².

5. Le problème est qu'il est *a priori* difficile de trancher entre deux règles également admissibles eu égard aux divers intérêts pris en charge par le droit international privé. Dès à présent, « *on sent bien que deux directives s'opposent : l'une qui recherche l'harmonie, peut-être au prix de certains sacrifices, l'autre qui a la préoccupation de l'intégrité du système national, au point de renoncer à l'harmonie et de se contenter de "solutionner" le problème, alors que l'autre attitude voudrait le résoudre* »⁷³. En bref, souligne M. Yves Lequette, « *le droit international privé est la résultante du délicat équilibre que chaque État cherche à*

français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 255 ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations (relations entre systèmes laïques et systèmes religieux)*, Dalloz, 2005, p. 66 et s., n° 65 et s..

⁷¹ Il serait plus exact d'inverser les termes, puisque c'est l'étude du droit positif qui a permis d'en dégager la philosophie sous-jacente. D'ailleurs, Batiffol s'était résolument placé dans cette optique positiviste lorsqu'il a énoncé l'idée de coordination (H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 228, n° 102 ; voir également, en ce qui concerne la méthode d'identification des principes directeurs du droit international privé, M.-C. NAJM, *op. cit.*, p. 62 et s., n° 61 et s.).

⁷² Traditionnellement, en France, le droit international privé regroupe quatre thématiques : la nationalité, la condition des étrangers, les conflits de lois et les conflits de juridictions. C'est ce que l'on peut dénommer l'acception large de la spécialité. Dans d'autres pays (notamment en Allemagne, en Suisse, en Autriche ou encore en Italie), les conflits de juridictions font l'objet d'une discipline distincte, le droit de la procédure civile internationale, le droit international privé se résume à la science des conflits de lois. C'est ce que l'on peut appeler l'acception restreinte, voire minimaliste du droit international privé. Nous adopterons une conception intermédiaire, c'est-à-dire englobant les conflits de lois et les conflits de juridictions à l'exclusion de la nationalité (le problème des relations entre la CEDH et la nationalité a d'abord été envisagé, de manière très indirecte, dans CA Paris 30 novembre 1990 *RCDIP* 1992 p. 681 note P. Lagarde, puis dans un arrêt du Conseil d'État (CE 7 juin 1995 *RCDIP* 1996 p. 83 note P. Lagarde) par lequel la Haute juridiction énonce que « *les litiges relatifs à l'acquisition de la nationalité (...) n'ont pas trait à des droits et obligations de caractère civil* » ; quant aux organes de la Convention, la Commission a précisé (Commission 11 avril 1996 requête n° 24001/94 Gill et Malone c/ Pays-Bas et le Royaume-Uni) que « *la Convention ne garantit pas en tant que tel le droit à acquérir une nationalité particulière* », et de la condition des étrangers (la CEDH exerce une influence croissante dans ce domaine, tant à l'égard des personnes physiques que des personnes morales en leur permettant, notamment, d'ester en justice (Crim. 16 novembre 1999 *Dalloz* 2001 p. 665 note L. Boré et J. de Salve de Bruneton ; Com. 8 juillet 2003 *JCP* 2004.II.10111 note H. Kenfack et B. de Lamy, *Dalloz* 2004 p. 692 obs. G. Khairallah) ; d'une manière générale, sur la question de la condition des étrangers, cf. par exemple, D. COHEN, « La CEDH et le droit international privé », *RCDIP* 1989 p. 472 et s. ; Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 100 et s., n° 177 et s.). Une telle conception se justifie dans la mesure où, ainsi que le relève M. Matscher, « *les règles de conflit de lois et des conflits de juridictions ont comme objet commun de prévoir une réglementation pour les relations internationales de droit privé* » et « *dans ce sens, il est légitime, voire même approprié aux fins didactiques, de les traiter ensemble sous la dénomination de droit international privé* » (F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 212). D'une manière générale, sur les différentes conceptions du droit international privé, cf. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 5 et s., n° 3 et s., spéc. p. 10 et s., n° 12 et s. ou encore B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} édition, 2000, p. 4 et s., n° 6 et s., qui qualifie les règles de conflit de lois et de juridictions de « *domaine fondamental du droit international privé* ».

⁷³ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 315, n° 142.

établir entre la prise en compte de la spécificité et la légitimité des relations privées internationales et la nécessaire défense de la cohésion de la société dont il a la charge »⁷⁴.

C'est donc cette tension entre les objectifs d'harmonie et de protection et leur équilibre souhaité qu'il s'agit d'éprouver à la lumière de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

6. L'incidence de la Convention, en effet, ne se limite pas à indiquer si telle ou telle solution se révèle compatible avec les droits et libertés qu'elle protège. S'ils étaient exclusivement étudiés sous cet angle, les rapports entre la CEDH et le droit international privé apparaîtraient en définitive très communs. Ils se laissent en effet observer en toute matière. Parce qu'elle ne souligne pas suffisamment l'originalité de l'influence que la Convention est susceptible d'exercer sur le droit international privé, une telle analyse, bien qu'elle ne doive pas être totalement occultée, ne saurait être privilégiée. En droit international privé, remarque Mme Bénédicte Fauvarque-Cosson, « *l'effet des droits fondamentaux, de prime abord moins visible, est en réalité plus profond : il n'affecte pas tant la teneur des règles de conflit de lois que l'essence même de la discipline car il peut paralyser leur mise en œuvre. C'est donc tout l'équilibre du droit international privé qui se trouve menacé* »⁷⁵. Ainsi, la Convention apparaît comme un facteur déterminant le choix de l'objectif à favoriser dans la réglementation d'un rapport international de droit privé. De ce point de vue, l'influence de la CEDH sur le droit international privé signifie que l'hésitation omniprésente entre l'ouverture et le cloisonnement de l'ordre juridique du for trouvera une issue dans l'appel au système européen de protection des droits de l'homme. Elle opère alors au cœur même de la matière en indiquant s'il convient de privilégier l'objectif de coordination des ordres juridiques et de cohérence de l'ordre international ou l'objectif de protection de l'ordre juridique du for à l'encontre des normes étrangères. Cette éventualité suscite dès à présent deux observations.

Tout d'abord, l'influence que la Convention peut exercer sur les objectifs du droit international privé et les règles qui concourent à les définir laisse supposer, d'emblée, des difficultés inextricables en raison de la nature profonde de la règle de droit international privé. Pourtant, à l'instar de celle-ci, la solution fondée sur la CEDH résulte d'un équilibre. Selon

⁷⁴ Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 98, n° 173. Voir également, M.-C. NAJM, *op. cit.*, p. 71, n° 66 et p. 102 et s., n° 108 et s..

⁷⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000 p. 801.

une expression récurrente⁷⁶, la Cour de Strasbourg, lorsqu'elle contrôle le respect par un État des obligations qu'il a souscrites au titre de la Convention, veille à ménager un juste équilibre entre les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu et les exigences de l'intérêt général de la communauté⁷⁷. En ce sens, il est hors de question que les seconds aboutissent à l'étouffement de l'individu en faisant obstacle à son libre épanouissement au mépris de ses droits chèrement acquis à travers l'histoire. Il est tout autant hors de question que, par ce biais, il en résulte une désintégration de l'intérêt général. Celui-ci ne constitue pas la somme des intérêts individuels et leur satisfaction n'a pas pour conséquence nécessaire le bien commun. L'arithmétique n'a pas sa place dans les rapports de vie. Et, beaucoup plus souvent, ce sont les sacrifices consentis par chacun à l'intérêt général qui permettent le développement des libertés de tous. En dépit de cette communauté d'inspiration, deux éléments marquent une profonde rupture entre la CEDH et le droit international privé.

D'une part, alors que le second prend en considération trois intérêts, la première n'en intègre que deux, si bien qu'il est permis de douter de la pertinence d'un contrôle des règles du droit international privé par le biais d'un instrument manifestement inadapté. Il ne s'agira pas seulement de tenir compte de l'intérêt de l'individu et de l'intérêt général, les intérêts propres de la société internationale sont tout autant explicatifs de la teneur de la règle de droit international privé. Une vision tronquée de sa structure ne risque-t-elle pas d'engendrer des résultats absurdes ou tout au moins peu adéquats à la matière ? La légitimité et la crédibilité de l'intervention de la CEDH dans ce domaine se trouvent donc suspendues à sa capacité d'adaptation, c'est-à-dire à la possibilité, pour la Cour européenne des droits de l'homme, d'introduire dans le débat les exigences de la société internationale.

D'autre part, même si la juridiction européenne relève ce premier défi, une autre difficulté surgit : les intérêts synthétisés par la CEDH ne s'identifient pas à ceux du droit international privé. Par exemple, l'assimilation de la protection de l'ordre juridique du for à l'intérêt général serait hâtive. Lorsqu'une marocaine s'oppose à la reconnaissance, par les juridictions françaises, des effets d'une répudiation obtenue par son ex-époux dans son pays d'origine, en invoquant le principe d'égalité contenu dans l'article 5 du Protocole n° 7 de la CEDH, elle tend davantage à sauvegarder un intérêt qui lui est personnel qu'elle n'a conscience de

⁷⁶ Sur la réalité de laquelle M. Van Drooghenbroeck se montre nuancé (*La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 247 et s., n° 331 et s.).

⁷⁷ Notons qu'entre l'intérêt de l'individu et l'intérêt général, Batiffol préfère employer l'expression de synthèse plutôt que celle d'équilibre, « qui évoque une notion statique et comme mathématiquement déterminable ; or, il s'agit de rapports de vie, et tout phénomène vital implique échanges et développements » (H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 319, n° 144). Au regard de la jurisprudence des organes de Strasbourg, il apparaît qu'au-delà de la terminologie utilisée, c'est bien une synthèse qui est opérée et non un simple équilibre.

contribuer à la protection de l'ordre juridique français. De la même manière, la concordance manque dans l'appréciation des intérêts propres de la société internationale. Au regard du droit international privé, s'il est question, pour l'essentiel, d'éviter lacune et concurrence dans le traitement des relations privées internationales et de promouvoir l'harmonie internationale des solutions, au regard de la CEDH le but premier réside dans l'élaboration d'un ordre juridique, au minimum régional, fondé sur l'idéal démocratique et la prééminence du droit, soit sur le respect des droits de l'homme. Une fois encore, les deux visions ne tendent pas au même objectif. L'opportunité d'une telle influence peut donc être mise en doute. Si les ressources tendant à l'adaptation de la CEDH sont avérées et permettent de nuancer cette assertion, encore faut-il que l'adaptation s'opère suivant les enjeux bien compris du droit international privé.

Ensuite, faute de dispositions précises concernant le droit international privé, une, voire des modifications ponctuelles sous l'impulsion de la Cour de Strasbourg ne vont-elles pas aboutir à rompre le fragile équilibre auquel cette branche du droit est parvenue après tant de réflexions doctrinales et tant d'efforts de la part des juges et des législateurs⁷⁸ ?

7. Jusqu'à présent, la question de l'incidence de la CEDH sur le droit international privé a finalement suscité assez peu d'études. Si leur qualité compense très largement leur faible quantité, il n'en reste pas moins qu'une étude d'ensemble fait défaut. Les auteurs ont rarement développé leur propos au-delà des relations entre la CEDH et l'ordre public international. Si d'autres éléments se trouvent abordés, ce n'est bien souvent qu'en marge de l'ordre public international⁷⁹. Or, sans aucune ambiguïté, la jurisprudence a renversé l'idée selon laquelle les droits fondamentaux ne concernent que la mise en œuvre du mécanisme tendant à l'éviction de la loi étrangère normalement compétente⁸⁰. Le contenu même des règles de droit international privé tombe sous l'empire des droits fondamentaux. L'ensemble de la matière

⁷⁸ En outre, puisque la mise en œuvre des droits de l'homme s'offre à tout juge, la pluralité des acteurs normatifs n'ouvrent pas nécessairement la voie à des réformes générales. En conséquence, « *l'infléchissement des règles de droit international privé par les autorités judiciaires risque d'entraîner des retouches ponctuelles et désordonnées* » (L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, p. 33, n° 35).

⁷⁹ Ce qui vaut pour la doctrine française est ici sans pertinence à l'égard de la doctrine italienne, et surtout allemande. La question de la conformité du droit international privé aux droits fondamentaux a en effet surgi relativement tôt dans la jurisprudence allemande.

⁸⁰ Tribunal de Karlsruhe 4 mai 1971 *RCDIP* 1974 p. 58. À cette occasion, la Cour constitutionnelle allemande n'a pas hésité à examiner au regard du principe d'égalité entre l'homme et la femme la constitutionnalité de la règle de conflit en vertu de laquelle la capacité matrimoniale de chacun des époux s'apprécie selon leur loi nationale respective.

est ainsi susceptible d'être affecté par l'exigence du respect des valeurs inscrites dans des instruments tels que la Convention de Rome.

Par ailleurs, un regard sur le droit comparé montre l'importance revêtue par l'insertion des droits fondamentaux dans les relations internationales de droit privé. Deux exemples fixeront les idées. En Allemagne, tout d'abord, la prise de conscience suscitée par une décision du 4 mai 1971 rendue par le Tribunal de Karlsruhe a fait pressentir la nécessité d'une réforme du droit international privé. Bien que cette décision ait fait produire aux dispositions de la Loi Fondamentale des effets qui dépassaient largement l'intention de ses rédacteurs, la doctrine a relevé que le phénomène n'était pas neuf⁸¹. Déjà contraint à une refonte du droit civil par la Cour constitutionnelle, le Législateur se trouvait à présent dans la même situation à l'égard du droit international privé⁸². Il fallut néanmoins attendre 25 ans avant l'adoption d'un texte puisque ce n'est que le 25 juillet 1986 qu'une loi procédant à la réforme du droit international privé en Allemagne Fédérale fut enfin votée. Et, parmi les raisons qui l'ont engendrée, la doctrine germanique a naturellement souligné l'apparition « *de nouvelles valeurs juridiques, soit dans la Loi Fondamentale, soit dans la politique et morale législative* »⁸³. En particulier, la considération du principe d'égalité de l'homme et de la femme a très nettement orienté le renouveau des critères de rattachement utilisés en matière familiale. En Italie, ensuite, une loi du 31 mai 1995 portant réforme du système italien de droit international privé trouve une de ses principales justifications dans la nécessité de conformer la matière aux principes de la Constitution, notamment, une fois encore, au principe d'égalité entre l'homme et la femme⁸⁴.

8. Ainsi, dans ces deux États, loin d'avoir été ignorées ou négligées, les difficultés nées des relations entre les droits fondamentaux et le droit international privé ont été organisées par la voie législative. Et ceci d'autant moins douloureusement qu'il fallait tirer les conséquences de la Constitution, norme de l'ordre juridique interne. En revanche, en ce qui concerne, cette

⁸¹ C. LABRUSSE, « Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971) », *RCDIP* 1974 p. 4.

⁸² Le parallèle entre les réactions à cette décision du 4 mai 1971 et celles inspirées par l'immixtion de la CEDH dans le droit international privé est saisissant. Il est par exemple intéressant de noter que l'argument critique selon lequel la Loi Fondamentale n'était pas prévue à l'origine pour avoir une quelconque incidence dans cette matière a été également utilisé à l'encontre de la CEDH.

⁸³ H.-J. SONNENBERGER, « Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986 », *RCDIP* 1987 p. 3.

⁸⁴ A. GIARDINA, « Les caractères généraux de la réforme », *RCDIP* 1996 p. 4 et s.. Il conviendrait de citer également les nombreuses réformes législatives qui ont entrepris de mettre en conformité les règles de conflit de lois avec le principe d'égalité des sexes ; cf. les différents rapports, in *Travaux de l'association Henri Capitant. Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (journées turques). Tome XXXIX 1988*, Economica, 1990, p. 397 et s..

fois, l'influence d'une réglementation issue d'un autre ordre juridique, en l'occurrence l'ordre juridique international, les réactions sont plus nuancées. Au préalable, notons que deux points sont néanmoins acquis. Le premier relève du truisme : la Convention européenne des droits de l'homme ne comporte aucune disposition expresse en matière de conflit de lois ou de juridictions. Le second n'est pas moins évident, en dépit du constat qui précède : l'ensemble du droit international privé, à l'instar de toute autre branche du droit interne, est soumis aux exigences des droits conventionnellement consacrés⁸⁵. Le second élément inspire des sentiments divers, largement conditionnés par l'appréciation que les auteurs portent sur le système européen de protection des droits de l'homme. Ainsi, M. Yves Lequette remarque que « *droit des conflits et droits de l'homme ont longtemps coexisté sans se rencontrer. Ni l'un, ni l'autre ne s'en portaient, semble-t-il plus mal. Mais le véritable culte que notre époque professe pour les seconds ne pouvait s'accommoder de cette mutuelle indifférence* »⁸⁶. D'indifférence, aujourd'hui, il n'est plus question. Le temps où l'on estimait que le droit international privé, en raison de l'originalité de ses méthodes, devait demeurer en dehors des perturbations que la CEDH introduit dans le droit positif est révolu. Eu égard à la distance précédemment relevée qui sépare la CEDH et le droit international privé, et étant donné le caractère inévitable de leur rencontre, la façon de l'envisager s'oriente dans deux directions.

9. La première manifeste la crainte d'une remise en cause radicale du droit international privé par la rupture de l'équilibre qu'il cherche à établir entre la permanence du traitement des situations juridiques affectées d'un élément d'extranéité et la protection de l'ordre juridique du for. Seule cette dernière bénéficierait de l'appui des droits de l'homme, si bien que l'influence de la CEDH se solderait par un cloisonnement rigide des ordres juridiques avec d'un côté, ceux qui prônent une certaine idée des droits de l'homme et de l'autre, ceux qui ne la partagent pas⁸⁷. En conséquence, les normes, lois ou jugements, contenues dans les seconds ne sauraient pénétrer les premiers. Entre ces deux mondes, s'ouvrirait une discontinuité radicale. Il s'agit alors de faire apparaître que l'immixtion de la CEDH au sein des relations privées internationales est globalement néfaste en raison de la rivalité des logiques qui soutiennent la CEDH et le droit international privé. À cet égard, M. Pierre Mayer affirme qu' « *il*

⁸⁵ F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité généralisé », *RCADI* 1989 p. 61, l'auteur ajoute que les dispositions de la CEDH « *ne laissent pas d'avoir sur l'application du droit international privé des conséquences dont l'étendue est considérable* » (p. 95).

⁸⁶ Y. LEQUETTE, note sous CA Paris 14 juin 1994, *RCDIP* 1995 p. 311 ; voir également, M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations (relations entre systèmes laïques et systèmes religieux)*, Dalloz, 2005, p. 518 et s., n° 552 et s..

⁸⁷ M.-C. NAJM, *op. cit.*, Dalloz, 2005, p. 518 et s., n° 550 et s..

*existe peut-être une certaine antinomie entre la notion de droit de l'homme, qui évoque un absolu, et le droit international privé, qui repose sur un relativisme »*⁸⁸. Aussi, face à ce péril, convient-il d'endiguer autant que possible les effets, qui ne peuvent être que pervers, de la CEDH sur le droit international privé. À cette fin, trois voies sont envisageables.

La plus frileuse consiste à accorder la prééminence aux techniques du droit international privé. C'est par leur fonctionnement subtil que l'équilibre auquel la matière aspire s'est réalisé. Ce n'est donc que par leur truchement que les droits fondamentaux peuvent exercer quelque influence. M. Patrick Courbe affirme ainsi sans ambages « *que s'il devait être fait appel aux principes posés par la CEDH, l'application de ceux-ci aux relations privées internationales serait délimitée par les règles du droit international privé »*⁸⁹. Pour prendre un exemple concret, si un juge entend opposer la CEDH à la réception d'une norme étrangère, il doit mettre en œuvre le mécanisme classique de l'exception d'ordre public⁹⁰. En réalité, cette conception semble manifester une certaine réserve à l'égard de la Convention et de la Cour de Strasbourg, voire une hostilité. L'influence des droits de l'homme sur le droit international privé est acceptée parce qu'il ne peut en être autrement. Que le respect de la CEDH domine les relations purement internes, soit, mais qu'il emporte également des changements dans le traitement des situations privées internationales, il ne saurait en être question que modérément ! Finalement, de ce point de vue, « *l'essentiel est que chaque État respecte les droits de l'homme dans les situations qui lui sont essentiellement internes »*⁹¹. Toutefois, la sauvegarde de l'équilibre menacé n'exige peut-être pas une telle réticence à l'égard de la CEDH.

⁸⁸ P. MAYER, « Droit à un procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 1996, p. 138. L'auteur formule une appréciation de même nature dans son manuel, mais de manière moins nuancée : « *Il faut (cnqs) reconnaître néanmoins que l'aspiration à l'universalisme, inhérente à la notion de droit de l'homme, risque de compromettre l'esprit de relativisme et d'ouverture qui convient au droit international privé »* (P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 148, n° 203). Ce conflit de logiques se trouve également souligné par Mme Bénédicte Fauvarque-Cosson qui oppose l'universalisme des droits de l'homme à la relativité du droit international privé (B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000 p. 802).

⁸⁹ P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 260. Dans le même sens, voir M.-C. NAJM, *op. cit.*, p. 517, n° 549.

⁹⁰ P. MAYER, « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991 p. 663 ; Y. LEQUETTE, note préc., p. 317.

⁹¹ P. MAYER, *loc. cit.*, p. 665.

C'est ainsi que selon une deuxième tendance, défendue notamment par Mme Petra Hammje, le relativisme du droit international privé implique toujours une insertion de la CEDH au sein de ses concepts, mais à la condition qu'elle conserve sa spécificité et sa primauté. Il est alors nécessaire d'évaluer ce que commande une protection adéquate des libertés fondamentales de l'être humain et de procéder aux adaptations qui s'imposent. Pour reprendre l'exemple de l'ordre public international, procéder à l'adaptation de ses conditions de déclenchement « *pourrait être le moyen adéquat d'une sauvegarde satisfaisante, ni excessive, ni trop timide, des droits fondamentaux face au droit étranger* »⁹². Par ce biais, la protection de l'ordre juridique du for n'interviendrait pas de manière envahissante, offrant dès lors une place substantielle à l'ouverture du système juridique envisagé. Proche de cette sensibilité, une troisième conception développe cette idée de concession.

Néanmoins, celle-ci n'est plus souhaitée unilatérale, mais réciproque, de sorte que cette doctrine a l'ambition de jeter les « *bases d'un nouvel équilibre* »⁹³ entre les droits de l'homme et le droit international privé. Deux éléments sont mis en avant. D'une part, il importe de réviser les objectifs poursuivis par le droit international privé, en particulier la recherche de l'harmonie internationale des solutions. Elle ne pourrait être que partielle et tendre simplement à organiser la coexistence entre les systèmes juridiques⁹⁴. D'autre part, le respect des droits fondamentaux devrait emprunter de ce relativisme qui anime le traitement des relations privées internationales. Se trouve par conséquent préconisée « *une application à la fois différenciée et évolutive de ces droits* »⁹⁵. Cette doctrine présente des intérêts indéniables, et à bien des égards se révèle très séduisante en évitant le désordre et le déséquilibre tant redoutés. Toutefois, son point de départ n'est pas totalement convaincant. L'antinomie entre les droits de l'homme et le droit international privé n'a pas la force de l'évidence. Le relativisme du droit international privé ne doit pas faire l'objet d'une sur-estimation. Nombreuses, en effet, sont les techniques qui permettent de conférer un certain absolutisme à la loi du for. Il est d'ailleurs courant d'affirmer que les juges préfèrent mettre en œuvre leur loi, dont ils ont une meilleure connaissance, plutôt qu'une loi étrangère dont la teneur reste souvent sujette à incertitudes⁹⁶. De même, on peine à trouver une once de relativisme dans le

⁹² P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997 p. 14.

⁹³ B. FAUVARQUE-COSSON, *loc. cit.*, p. 810 et s..

⁹⁴ *Ibid.*, p. 815.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 817.

⁹⁶ Notamment la méthode qui consiste à faire coïncider les critères de compétence juridictionnelle et de compétence législative (pour une présentation, voir H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973 tome 139 p. 75), de sorte que lorsque le juge se reconnaîtra

mécanisme des lois d'application immédiate qui n'est suspendu à aucun examen préalable du droit étranger, réalisant ainsi une négation importante de la spécificité des relations privées internationales. Parallèlement, l'absolutisme des droits de l'homme appelle nuances et réserves. Si le préambule de la CEDH, dans son alinéa 3, évoque la reconnaissance et l'application universelles des droits qui y sont énoncés, cet objectif apparaît lointain. Par la Convention, il ne s'agit pas d'assurer cette reconnaissance et cette application, mais plus modestement d'y tendre. Surtout, les mécanismes utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme dans le contrôle du respect de leurs engagements par les États parties, tels que la marge nationale d'appréciation ou le dénominateur commun aux États membres, et plus généralement le recours au principe de proportionnalité, traduisent davantage l'idée de souplesse et de relativisme que d'absolu. À l'occasion, la Cour souligne ainsi que des situations inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre⁹⁷. Le propos n'est pas de remettre en cause le relativisme qu'implique le droit international privé, mais de souligner l'insuffisance d'une approche des droits de l'homme en termes d'absolu. Philosophiquement exacte⁹⁸, elle ne correspond pas à la réalité du droit européen des droits de l'homme⁹⁹. Si bien que selon une seconde conception, le droit international privé et la CEDH ne présentent pas vraiment d'antinomie.

internationalement compétent, il sera quasiment certain d'appliquer la loi de l'État au nom duquel il rend la justice. De même, au soutien de l'admission du renvoi au premier degré, et avant que des auteurs comme Lerebours-Pigeonnière ou Batiffol ne le considèrent comme une technique propre à assurer la coordination des systèmes juridiques, la doctrine a souvent souligné, parmi ses effets bénéfiques, qu'il permettait le retour à la loi du for.

⁹⁷ CEDH 9 avril 2002 requête n° 46726/99 Podkolzina c/ Lettonie, § 33, *Clunet* 2003 p. 572 obs. E. Decaux.

⁹⁸ Dans la mesure où les droits de l'homme ont un caractère déclaratoire. En ce sens, ils préexistent à toutes les déclarations, qui ne les ont pas constitués, mais simplement constatés. L'homme possède ces droits uniquement en sa qualité d'être humain, parce qu'il est homme. Or, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais adhéré à cette idée. S'il en était autrement, elle serait amenée à considérer que ces décisions ne font que révéler des droits attribués depuis toujours aux individus, de sorte que toute situation constituée antérieurement à ses arrêts pourrait être remise en cause. Les complications qu'engendrerait une telle perspective ont obligé la Cour à transiger. Ainsi, la Cour énonce dans son arrêt *Marckx* que sa décision est « *déclaratoire pour l'essentiel* » (CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 *Marckx c/ Belgique*, § 58). Puis, invoquant le principe de sécurité juridique, « *nécessairement inhérent au droit de la Convention* », la Cour en déduit que « *l'État belge n'a pas à remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt* » (§ 58). La singularité du raisonnement se manifeste à un double titre : d'une part, il méconnaît un caractère traditionnellement reconnu aux droits de l'homme ; d'autre part, on ne conçoit guère qu'une décision déclaratoire, ne serait-ce que « *pour l'essentiel* », soit dépourvue d'effets rétroactifs, car « *d'ordinaire, la rétroactivité est attachée aux jugements déclaratifs* » (J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. 115). Des impératifs conjoncturels ont ainsi infléchi l'analyse philosophique. Cela confirme, au besoin, que, au travers de la CEDH, les droits de l'homme obéissent à des techniques juridiques spécifiques impliquant une analyse positiviste.

⁹⁹ Sur la mystification de l'absolu des droits fondamentaux, cf., par exemple, J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, p. 126 et s., n° 92 et s..

10. La meilleure expression de leurs relations serait alors la complémentarité. Différents points de vue permettent d'étayer cette idée. Par exemple, M. François Rigaux relève que « *le droit international privé présente (...) une analogie avec (...) la protection des droits fondamentaux : il s'agit de droit sur les droits, chacune de ces branches juridiques indiquant au juge, à des titres divers, les règles qu'il faut appliquer ou lui procurant un critère de leur validité* »¹⁰⁰. Elles auraient donc une essence et une fonction communes. M. Benjamin Docquir note d'ailleurs « *que les techniques de la Convention et celles du droit international privé peuvent bénéficier d'un renforcement mutuel. Car il n'y a pas, semble-t-il d'opposition naturelle entre eux : le respect de l'Autre paraît, en définitive, constituer ce qui forme le cœur de chacune de ces deux disciplines* »¹⁰¹. Ces rapprochements et similitudes ne font dès lors pas obstacle à une insertion de la CEDH au sein des mécanismes auxquels recourt le droit international privé. *A priori*, une telle déduction tend à brouiller les distinctions entre les deux principaux courants identifiés. Un élément essentiel les sépare néanmoins. Si le juge fait appel à la CEDH par ce biais, c'est à la condition qu'elle ne perde pas « *sa nature formelle de traité et de traité institutionnel et en particulier son rang hiérarchique et le fait que sa violation est susceptible de donner lieu à un recours individuel* »¹⁰². La préséance revient nécessairement, en dernier lieu, au texte de garantie des libertés fondamentales, au détriment, si besoin, des techniques du droit international privé. Surtout, cette conception ne limite pas le rôle de la CEDH à l'évaluation de la teneur des règles du droit international privé. Au-delà, elle autorise le recours à la CEDH comme facteur déterminant le choix entre l'ouverture de l'ordre juridique du for et sa protection. Cela ne signifie pas pour autant que le risque d'un bouleversement trop profond de la matière soit occulté comme l'atteste cette réflexion de M. Benjamin Docquir qui met en lumière le dilemme résultant de la confrontation du *corpus* des droits de l'homme et du droit international privé : « *si le premier l'emporte* », précise-t-il, « *ses règles acquièrent une immédiateté d'application, ce qui revient à nier le droit à l'existence au jeu classique des règles de conflit de lois ou de juridictions ; si le second impose ses exigences, n'y a-t-il pas un risque important d'affaiblissement des libertés, de repli sur soi conduisant à terme à une société plus autoritaire ?* »¹⁰³. Il convient, dès lors, d'organiser les relations entre ces deux ensembles afin de préserver l'essence de chacun d'eux. Bien sûr, un appel fréquent aux droits fondamentaux est de nature à entraîner un retour

¹⁰⁰ F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1999, p. 176.

¹⁰¹ B. DOCQUIR, « Le droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain*, vol. LIX, 1999, n° 4, p. 475.

¹⁰² G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, note sous CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, *RTDH* 1994 p. 103.

¹⁰³ B. DOCQUIR, *loc. cit.*, p. 520.

excessif à la loi du for. Il incombe donc aux juges de conserver « *le sens de la mesure* »¹⁰⁴ dans l'utilisation de la CEDH en droit international privé.

11. Hier, le droit international privé a souffert du repli nationaliste, et, aujourd'hui après tant de progrès réalisés, le voilà exposé au péril de l'eurocentrisme. Vouloir restreindre l'influence de la CEDH, pour ce motif, procède d'une vue tronquée du problème. À la vérité, cette conception apparaît indéfectiblement liée au contexte à partir duquel elle a été formulée. En effet, toute la réflexion s'est construite sur la ruine attendue du droit international privé par un accroissement de la protection de l'ordre juridique du for dont la CEDH, ses protocoles additionnels et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg seraient la cause. C'est la raison pour laquelle la recherche d'une certaine souplesse dans la mise en œuvre de la CEDH est si récurrente. Néanmoins, le conflit de logique opposant CEDH et droit international privé n'est pas avéré, et il semble que la CEDH soit en mesure d'apporter au droit international privé plus qu'il n'y paraît. Si elle touche à son essence même, ce n'est pas simplement dans le sens d'une protection accrue de l'ordre juridique du for. L'harmonie internationale des solutions et la cohérence de l'ordre international peuvent tout aussi bien se nourrir de la protection des droits de l'homme. Comment ne pas voir le rapprochement entre le droit au respect de la vie privée et familiale et la reconnaissance des effets des jugements d'état indépendamment de l'*exequatur* ? Cet exemple révèle qu'en déterminant un choix en faveur du décloisonnement de l'ordre juridique du for, la CEDH implique l'adoption d'une règle d'un contenu déterminé. Les deux éléments sont donc liés et, apparemment, le second se situe dans la dépendance du premier. De cette influence, il résulterait une amélioration notable, car, contrairement à la situation actuelle, l'État se trouverait internationalement tenu d'ouvrir son ordre juridique¹⁰⁵. Le droit positif offre les bases d'une telle perspective.

Quant à la protection de l'ordre juridique du for, notamment par le biais de l'exception d'ordre public, elle n'apparaît pas condamnable en soi, sous réserve de sa non-contrariété à la CEDH¹⁰⁶. De ce point de vue, comme précédemment, l'essentiel ne réside pas dans l'intervention de la CEDH relativement à la teneur de la règle assurant, en l'occurrence, cette

¹⁰⁴ C. LABRUSSE, « Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971) », *RCDIP* 1974 p. 45.

¹⁰⁵ Il n'existe en effet aucune norme de l'ordre juridique international qui oblige les États à la coopération. Sur ce point, cf. en particulier P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979 spéc. p. 21 et s..

¹⁰⁶ D. COHEN, *loc. cit.*, p. 453, lequel précise que « *l'ordre juridique français, qu'on l'envisage à travers l'ordre public international ou à travers les lois de police, n'apparaît qu'exceptionnellement susceptible de contrevenir à la Convention* » (p. 453).

protection, mais en tant que facteur inspirant le recours à cette règle. La difficulté consiste à éviter que l'appel à la CEDH ne se traduise par un isolationnisme juridique nuisible, en particulier à l'égard des normes issues d'ordres juridiques fondés sur un idéal plus ou moins éloigné de celui auquel tend la Convention. L'aptitude à la compréhension de l'autre, de son système et de sa culture fait figure d'impératif afin de ménager l'harmonie internationale des solutions. L'importance des valeurs exprimées par la CEDH ne saurait cependant être ignorée à l'occasion d'une réflexion sur le relativisme que doit revêtir leur mise en œuvre. Et, à cet égard, il convient d'aboutir à une protection équilibrée de l'ordre juridique du for qui ne sacrifie ni l'harmonie internationale des solutions et la cohérence de l'ordre international par l'exigence du respect des droits fondamentaux, ni ceux-ci par celles-là.

Dès lors, il ne s'agirait plus de pallier un déséquilibre présenté comme inévitable, mais de repenser la tension entre l'harmonie internationale des solutions et la protection du for, nourries l'une et l'autre par les droits et libertés garantis par la CEDH.

12. En arrière plan, cette influence nécessite, pour convaincre, un ajustement de la Convention aux spécificités de la matière. Au fil de leurs décisions, l'ensemble des organes qui ont ou qui ont eu vocation à appliquer ce texte, et en particulier la Commission européenne des droits de l'homme (ci-après la Commission EDH) et la Cour européenne des droits de l'homme, ont montré sa très grande souplesse. Les relations entre le droit international privé et la CEDH impliquent de part et d'autre l'adaptation de certaines techniques, mais également l'émergence d'une nouvelle conciliation entre les deux finalités envisagées. L'essentiel, naturellement, consiste à préserver un équilibre satisfaisant, quoique renouvelé, entre l'harmonie internationale des solutions et la protection de l'ordre juridique du for. Or, un tel résultat n'est pas improbable dans la mesure où la CEDH constitue, en dépit des apparences, tout à la fois un facteur d'harmonie internationale des solutions et de coordination des ordres juridiques (première partie) et un facteur d'une protection équilibrée de l'ordre juridique du for contre les normes étrangères (seconde partie).

PREMIÈRE PARTIE

LA CEDH, FACTEUR DE COORDINATION DES ORDRES JURIDIQUES

13. L'harmonie internationale des solutions évoque l'idée d'un traitement uniforme des relations privées internationales quel que soit le tribunal appelé à en connaître. Cette acception apparaît néanmoins restrictive. D'une manière générale, et selon les termes de Batiffol, l'harmonie recherchée implique « *de poser des règles qui évitent le plus possible les incohérences dans les rapports privés internationaux* »¹⁰⁷. Or, la source de ces incohérences ne se limite pas aux éventuelles divergences affectant un même rapport de droit suivant les États dans lesquels il est porté. Avant toute chose, une gestion harmonieuse de la relation privée internationale commence par la détermination des juridictions compétentes pour statuer sur les problèmes que cette relation soulève. C'est à ce double point de vue, compétence juridictionnelle et compétence normative¹⁰⁸, que l'alternative de l'harmonie se présente à l'État, et c'est à ce double point de vue que la Convention européenne des droits l'homme permet d'orienter l'État dans la voie de l'harmonie de préférence à celle de la protection de son ordre juridique. La vocation de ce texte à intervenir dans ce domaine se laisse vérifier selon deux perspectives.

14. Elle résulte, en premier lieu, de son caractère de norme de l'ordre juridique international s'imposant à l'ensemble des États Parties. En effet, jusqu'à présent le droit international privé comporte ce paradoxe d'être international par son objet, mais national par sa source¹⁰⁹. Si ce banal constat¹¹⁰ a nettement perdu de sa pertinence en raison du développement de la coopération internationale en matière de droit privé¹¹¹, il n'en reste pas moins que l'œuvre de

¹⁰⁷ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 219, n° 99.

¹⁰⁸ L'emploi de cette terminologie procède de la commodité de langage et ne préjuge pas de la nature du droit international privé. Ainsi, elle ne renvoie pas à l'idée d'un droit sur la compétence étatique ayant pour objet de résoudre des conflits de souverainetés.

¹⁰⁹ Contradiction déjà relevée par Bartin (É. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Tome I, Domat-Montchrestien, 1930, p. 112, n° 55).

¹¹⁰ Cf. par exemple M. Bernard Audit qui parle à cet égard de l'« *antinomie fondamentale du droit international privé* » (*Droit international privé*, Economica, 3^{ème} édition, 2000, p. 4, n° 5).

¹¹¹ À tel point que beaucoup d'auteurs se contentent de relever la diversité des sources du droit international privé à l'instar des autres branches du droit. Toutes sont régies par des normes internes et internationales (cf. B. AUDIT, *op. cit.*, p. 20, n° 26 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit*

coordination des ordres juridiques et la saine gestion des relations privées internationales demeurent essentiellement le fait de l'action unilatérale des États¹¹². À la vérité, rien n'oblige les États à la coopération, donc à agir dans le sens de l'harmonie et de la cohérence¹¹³. Pourtant, aucun État n'a jamais adopté, en vertu de cette liberté, un système de territorialité absolue selon lequel seule la loi du for est applicable et seules les situations constituées à l'intérieur du for peuvent produire des effets de droit¹¹⁴. Implicitement, cela suggérerait que les États se sentent liés par une obligation de coopération issue de l'ordre international. Cette conception n'est cependant pas avérée, et la meilleure explication de cet état se trouve sous la plume de Bartin. De son point de vue, « *au principe d'une obligation à laquelle [l'État] est rationnellement soumis correspond une exécution de cette obligation qui ne dépend que de sa volonté. Soit. On accordera tout au moins que ce débiteur ressemble singulièrement au débiteur d'une obligation naturelle. Si l'on absout en droit interne, de tout reproche de contradiction, la notion classique d'obligation naturelle, il n'y a pas de moindres raisons d'absoudre du même reproche, en droit international privé, la constitution nationale de ses sources. C'est, en définitive, sur une notion traditionnelle et incontestée de pur droit civil, que tout le droit international privé positif est établi* »¹¹⁵. Certes, les États se sont conformés de manière spontanée à cette obligation naturelle, mais cela n'exclut pas les risques d'incohérence, présents et à venir. Présents, dans la mesure où rien ne contraint les États à adapter leurs normes de droit international privé afin de gommer les aspects néfastes qu'elles

international privé, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 20, n° 27 ou encore P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 17, n° 25).

¹¹² Bartin estimait au contraire que les traités ne se distinguaient pas fondamentalement de la loi nationale, si bien que, de son point de vue, les sources du droit international privé se trouvaient exclusivement dans le droit national (*op. cit.*, p. 111, n° 55).

¹¹³ Ainsi que le relève M. Pierre Mayer, le droit international ne prévoit que l'égalité et l'indépendance des États, en aucun cas leur coopération (« Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979 p. 24).

¹¹⁴ Sous réserve qu'un tel système soit internationalement licite. À cet égard, Santi Romano relève que si « *on constate l'absence d'une norme de droit international qui précise l'obligation qu'a l'État de produire une réglementation à contenu déterminé pour tenir compte de l'ordre des autres États, il n'en demeure pas moins une obligation générale et indéterminée de rejeter la territorialité absolue de son propre droit, de façon que chaque État ne soit libre que quant à la façon de comprendre et de mettre en œuvre cette obligation. Cette façon de voir peut paraître et est à la vérité bien vague : elle ne nous en achemine pas moins vers la bonne solution* » (S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, collection philosophie du droit, 1975, p. 125). Voir également, M. K. YASSEEN, « Principes généraux de droit international privé », *RCADI* 1965 volume III p. 383, qui estime que face à une situation internationale, la *lex fori* ne saurait s'appliquer systématiquement, « *d'autres droits avec lesquels ces situations sont plus ou moins liées semblent pourvoir et même devoir être appliqués si l'on veut arriver à des solutions justes et raisonnables* » (p. 392).

¹¹⁵ É. BARTIN, *op. cit.*, p. 114, n° 55. Roberto Ago développe une conception identique. De son point de vue, il n'existe aucune coutume internationale obligeant les États à accorder un minimum de pertinence aux ordres juridiques étrangers (R. AGO, « Règles générales de conflit de lois », *RCADI* 1936 tome 58 p. 287 et s.) ; « *le fait que les États, normalement, ont recours aux lois d'ordres juridiques étrangers pour le règlement de faits et de rapports ayant des caractéristiques déterminées trouve sa raison d'être seulement dans le fait qu'un tel système est à la fois le plus simple, le plus logique et surtout le plus convenable* » (p. 290).

recèlent pour le traitement des relations privées internationales. Et à venir, car nulle règle n'entrave la liberté de l'État d'adopter une réglementation nuisible à l'harmonie des solutions. Tout l'enjeu consiste dans l'émergence d'une obligation à la coopération. Il ne s'agit pas ici de rester rivé à l'image de l'obligation naturelle en droit interne. Que son exécution interdise le repentir paraît nettement insuffisant. Il convient d'aller plus avant et imposer une obligation, si on peut dire, civile. Or, sous réserve des conventions internationales de droit privé élaborées notamment à La Haye, toutes les recherches menées sur le droit international général ont conclu, au mieux, à sa vocation à intervenir en matière de droit international privé¹¹⁶. Au-delà, les règles pertinentes qu'il fournit prennent la forme, suivant les études, soit d'une directive très générale¹¹⁷, soit d'une unique disposition¹¹⁸, certes précise, mais qui n'intéresse qu'une hypothèse marginale. L'harmonie demeure ainsi en quête d'un fondement non plus seulement rationnel mais également juridique à laquelle les droits fondamentaux de la personne humaine pourrait apporter une contribution décisive. M. Rigaux affirme à cet égard que leur respect oblige les États à élaborer un système de droit international privé¹¹⁹. Il

¹¹⁶ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, LGDJ, 1997, p. 7 et s., n° 8 et s.. Ainsi, un État n'est jamais obligé d'appliquer une norme étrangère. « Si le principe de courtoisie nous paraît devoir être admis aujourd'hui, ce n'est donc pas au nom d'un positivisme mécanique qui se bornerait à enregistrer le fait que les États veulent conserver la haute-main sur les actes normatifs auxquels on prétend faire produire des effets de droit dans leur ordre, et que le droit international serait impuissant à les en empêcher, ou n'en aurait pas lui-même la volonté. C'est plutôt qu'il est opportun, dans une société internationale insuffisamment intégrée, que les États puissent procéder librement, selon des critères qu'ils choisissent, au contrôle des actes normatifs étrangers appelés à produire des effets dans leur ordre juridique (p. 190, n° 299). Dès lors, il est possible de dire que le principe de courtoisie trouve sa cause efficiente dans le pluralisme juridique, et sa cause finale dans l'opportunité qu'il y a, dans un tel système, de laisser à l'État un pouvoir d'appréciation de la norme étrangère qui lui est présentée en vue de produire des effets dans son ordre » (p. 191, n° 299). En ce qui concerne la compétence judiciaire, cf. F. MATSCHER, « Étude des règles de compétence judiciaire internationale dans certaines conventions internationales », *RCADI* 1978 volume I p. 161.

¹¹⁷ Cf. par exemple, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979 p. 1, p. 349, p. 537, où M. Mayer écrit qu'« il semble, si l'on s'en tient au droit international positif, que les limitations à la compétence des États soient en général peu contraignantes, incertaines et vagues. Elles prennent, soit la forme de l'exigence d'un rattachement sérieux, effectif, soit celle de l'exclusion de critères particuliers » (p. 567). Cf. également M. K. YASSEEN, *loc. cit.*, p. 383, lequel situe le fondement du droit international privé dans le droit international public, si bien que les États ne sauraient rejeter systématiquement le droit étranger sans violer une règle coutumière du droit international (p. 394). L'auteur demeure cependant très vague sur la spécification de cette coutume.

¹¹⁸ Par exemple, dans sa thèse, M. de Vareilles-Sommières rejette toute idée d'influence directe du droit international général sur le droit international privé (*op. cit.*, p. 143 et s., n° 232 et s.). L'ordre international ne contiendrait qu'une réglementation indirecte dont la seule certitude concerne le principe de non-ingérence (*ibid.*, p. 237 et s., spéc. p. 246 et s., n° 399 et s.). Cependant, du point de vue de la compétence judiciaire il ne faudrait pas négliger l'existence de deux autres règles relativement précises qui sont la prohibition du déni de justice et les immunités de juridiction (cf. N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI* 1961 volume III p. 170 ; A. MIAJA DE LA MUELA, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI* 1972 tome I p. 29 et s. ; M. MATSCHER (*loc. cit.*, p. 139), quant à lui, s'il évoque les immunités de juridiction, dont il relève la codification (p. 156), met en doute, en revanche, l'existence de la prohibition du déni de justice (p. 158) ; C. DE VISSCHER, « Le déni de justice en droit international », *RCADI* 1935 tome 52 p. 363).

¹¹⁹ F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pédone, 1977, p. 330 et s..

estime notamment que « *le rattachement du statut personnel au droit étranger sous l'empire duquel une personne a acquis les droits fondamentaux configurant son être juridique et son état de famille doit être jugé une obligation internationale découlant* » du PIDCP¹²⁰. Bien qu'il semble difficile d'inférer des dispositions tant du Pacte que de la Convention de Rome un devoir d'une telle précision, d'une manière générale, la CEDH peut néanmoins en constituer le siège en raison de son caractère international transcendant la souveraineté des États Parties.

15. Ce caractère ne saurait cependant à lui seul convaincre de la pertinence de la CEDH au regard du traitement harmonieux des relations internationales de droit privé. Il se double, en second lieu, de la vocation de la Convention, telle qu'interprétée par la Cour, à régler directement ces relations et contribuer indirectement à leur traitement harmonieux. Si elle ne contient aucun article relatif au droit international privé, cela signifie simplement qu'aucune de ses dispositions ne présente les caractères d'une règle de conflit de lois ou de juridictions. En revanche, elle intéresse tous les rapports de vie¹²¹ qui se développent sous la juridiction des États membres. Or, d'une part, un rapport de droit privé affecté d'un élément d'extranéité peut, à l'évidence, relever de la juridiction d'un État membre. D'autre part, ce rapport ne se distingue pas fondamentalement d'un rapport de même nature dépourvu d'un caractère international. Le mariage d'un Belge et d'une Suisse ressemble fortement à celui que pourraient contracter deux Français. Dès lors que ces deux couples sont sous l'empire de la juridiction des États membres, ils bénéficient, aux termes de l'article 1 de la CEDH¹²², des droits et libertés définis dans les clauses normatives de ce texte. S'ils rencontrent de graves difficultés, ils éprouveront peut-être le besoin de recourir à la justice. Sans même faire appel à la Convention, le couple de Français résidant en France n'aura guère de problème pour trouver un tribunal compétent pour statuer sur son litige. Cette juridiction, *a priori*, saura fort bien les règles de droit qu'il convient d'appliquer et comment les appliquer. Une fois la

¹²⁰ *Ibid.*, p. 332.

¹²¹ Du moins tous ceux qui mettent en cause une clause normative de la Convention, mais les méthodes d'interprétation auxquelles recourt la juridiction strasbourgeoise sont telles que l'on ne saurait préjuger définitivement de ce qui intéresse ou n'intéresse pas la CEDH. Certes, ces procédés rencontrent des limites. En particulier, la Cour se refuse, par ce biais, à faire émerger du texte un droit que ses rédacteurs avaient manifestement voulu exclure de son domaine (pour le divorce, cf. CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82 Johnston et autres c/ Irlande). Pourtant, dans d'autres hypothèses, elle n'a pas attaché autant d'importance à l'intention des auteurs de la Convention. C'est ainsi que le droit au nom relève de l'article 8 (CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90 Burghartz c/ Suisse, préc. ; CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96 Ünal Tekeli c/ Turquie, préc.).

¹²² *Article 1 Obligation de respecter les droits de l'homme : Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention.*

décision rendue, la situation du couple sera la même, qu'il s'installe à Quimper, à Sète ou à Lourdes. Face à des difficultés similaires, le couple belgo-suisse a tout autant besoin d'obtenir un accès effectif à un tribunal, ce qui signifie avant tout d'avoir accès à un tribunal compétent. Il a tout autant besoin de connaître le droit qui lui sera applicable, comme il a tout autant besoin que sa situation reçoive un traitement identique à Lausanne, à Namur ou ailleurs. Pour ce couple, on voit poindre le risque d'une disharmonie dans le traitement de sa situation, à commencer par la difficulté de déterminer le tribunal compétent. Dans une situation purement interne, divers mécanismes concourent à la réalisation de cette harmonie. En France, par exemple, le problème des compétences territoriale ou d'attribution trouve une solution dans les règles relatives aux exceptions de compétence¹²³, de litispendance¹²⁴ et de connexité¹²⁵. Or, en droit international privé, la plupart de ces mécanismes sont d'une efficacité moindre¹²⁶ du fait de la circularité des ordres juridiques. En aucun cas une juridiction qui s'estime incompétente ne peut prescrire à un juge étranger de se déclarer compétent. Ainsi, dans l'ordre international, « *les risques de carence judiciaire ou de contrariété de décisions s'en trouvent multipliés* »¹²⁷. Il appartient aux plaideurs de corriger cette disharmonie en recherchant un juge apte à statuer sur leur cause. De même, si deux ou plusieurs juges se reconnaissent compétents, certains peut-être de manière abusive, et que chacun des plaideurs entreprend de les saisir simultanément, les désagréments qui en découlent, spécialement le risque d'une inconciliabilité de décisions, ne trouveront pas systématiquement une issue. Dans ce contexte, le couple belgo-suisse a la possibilité d'invoquer le droit d'accès à un tribunal consacré par la Cour au titre de l'article 6 de la Convention ou encore de contester l'exercice abusif d'une compétence par le juge d'un État Partie. Ce couple peut enfin se prévaloir de la Convention afin que la situation qui a été établie ici soit reconnue là.

16. Ainsi, les personnes impliquées dans une situation présentant un élément d'extranéité, à l'instar de celles impliquées dans une relation purement interne, ont besoin qu'un juge apporte à leur litige une solution qui ne soit pas géographiquement limitée. Dans une situation purement interne, ces différents éléments sont assurés sans qu'il soit nécessaire d'invoquer la

¹²³ T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2^{ème} édition, 2002, p. 762 et s., n° 987 et s..

¹²⁴ *Ibid.*, p. 789 et s., n° 1025 et s..

¹²⁵ *Ibid.*, p. 783 et s., n° 1015 et s..

¹²⁶ L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004, p. 210 et s., n° 229 et s.. Du point de vue de l'auteur, en effet, même si l'exception de connexité offre des perspectives plus riches d'utilisation (p. 220 et s., n° 241 et s.), l'exception de litispendance se révèle cependant d'un intérêt limité (p. 214 et s., n° 233 et s.).

¹²⁷ *Ibid.*, p. 191, n° 190.

CEDH¹²⁸. Dans une situation internationale, au contraire, l'harmonie n'est pas forcément acquise, notamment lorsqu'il n'existe aucune convention internationale. Les individus concernés ont alors la possibilité de s'appuyer sur la Convention afin d'obtenir un traitement harmonieux de leur situation en tant que condition du respect de leurs droits fondamentaux. La Convention permet en effet non seulement la coordination juridictionnelle (Titre I), mais également la coordination normative (Titre II).

¹²⁸ L'hypothèse n'est cependant pas exclue ainsi que l'atteste CEDH 28 octobre 1999 requête n° 28342/95 *Brumarescu c/ Roumanie* *Clunet* 2000 p. 127 obs. S. R. (en ce qui concerne la compétence d'attribution).

TITRE I

LA COORDINATION JURIDICTIONNELLE

17. Préalable à toute question sur le fond du droit, le problème du mal nommé conflit de juridictions, quoique parfois un peu négligé du point de vue de la coordination des ordres juridiques¹²⁹, occupe une place centrale. L'unilatéralisme constitue le trait marquant des règles relatives au conflit de juridictions en général et à la compétence judiciaire en particulier. Cet aspect est même logiquement nécessaire. Chaque État dispose d'une totale liberté pour organiser le service public de la justice. Lorsqu'une juridiction se prononce, c'est au nom du souverain qui l'a instituée. Émanation de sa puissance souveraine, elle ne saurait obéir qu'à l'État au nom duquel elle statue. En conséquence, chaque État détermine les cas dans lesquels ses juridictions, et uniquement elles, sont aptes à se prononcer. En revanche, un tel commandement ne saurait affecter celles dépendant d'un autre souverain. Certes, un État pourrait unilatéralement décider de la compétence des juridictions du monde entier, mais, d'une part, une telle entreprise n'aurait aucun effet en dehors du cercle de ses juridictions¹³⁰ et, d'autre part, cette façon de procéder pourrait s'analyser en une ingérence dans les affaires d'un souverain étranger contraire aux principes d'indépendance et d'égalité des États et comme telle source de responsabilité internationale. En d'autres termes, les règles de conflit de juridictions ne réalisent aucune répartition puisque la compétence d'une ou plusieurs juridictions ne s'accompagne pas, et ne saurait s'accompagner, de l'incompétence de toutes les autres. À la fonction d'attribution de compétence, une fonction concomitante exclusive de

¹²⁹ Schématiquement, deux points de vue s'opposent. La doctrine continentale, d'une manière générale, privilégie l'étude des conflits de lois, les règles les gouvernant étant considérées comme les plus aptes à instaurer l'harmonie internationale des solutions. Selon cette perspective, la question de la juridiction compétente, certes préalable nécessaire à tout débat au fond, est reléguée au second plan. Il n'y a là aucune incohérence, car l'essentiel est de parvenir à ce qu'une même situation reçoive un traitement identique quelle que soit la juridiction appelée à statuer. Ce programme suppose que le for compétent puisse recourir à des normes étrangères. Par conséquent, peu importe la compétence juridictionnelle, ce n'est pas cet élément qui détermine l'harmonie. La doctrine de common law adopte une position inverse en ce sens que la recherche de coordination des ordres juridiques suppose une réflexion approfondie sur la compétence judiciaire. Il s'agit de répartir les litiges affectés d'un élément d'extranéité entre les divers États. La coordination étant réalisée dès le préalable de la compétence, l'application éventuelle d'une norme étrangère devient alors sans objet, tout au plus doit-on respecter les droits acquis à l'étranger. Rappelons néanmoins qu'il ne s'agit là que d'une présentation sommaire de tendances lourdes qui n'ont jamais fonctionné purement et exclusivement dans les ordres juridiques soumis à leur influence (cf. P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 1999 tome 276 p. 143 et s.).

¹³⁰ A. MIAJA DE LA MUELA, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI* 1972 tome I p. 59.

compétence manque. Or, seule leur réunion caractérise l'idée de répartition¹³¹. Ces données expliquent que la situation la plus courante est celle de juridictions concurremment compétentes. Les individus impliqués dans une relation privée internationale auront donc le plus souvent à choisir plutôt qu'à chercher une juridiction compétente. Pour autant, le besoin de réalisation des droits dont les individus sont titulaires ne sera pas toujours satisfait, notamment s'ils se heurtent systématiquement à des déclarations d'incompétence. Révélatrice d'un défaut dans le traitement harmonieux des rapports affectés d'un élément d'extranéité, cette situation ne peut trouver d'issue favorable en l'absence d'une convention internationale répartissant les compétences entre les différents États Parties. C'est alors que la CEDH apparaît comme une ressource relevante pour remédier à cette incohérence. Le droit d'accès au juge est le premier élément qui vient à l'esprit. Dégagé du texte européen par voie d'interprétation¹³² et expressément rattaché à la prohibition du déni de justice, il exige que les États Parties à la Convention offrent à chaque individu un tribunal qui puisse statuer sur sa cause. Cette référence permettra à la Cour de Strasbourg de s'assurer que les États membres ont adopté des règles de compétence générale satisfaisant aux exigences du droit d'accès, droit qu'ils se sont engagés à garantir à toute personne relevant de leur juridiction. En ce sens, elle confirme le pressentiment de M. Miaja de la Muela qui avançait, dès 1972, qu'on ne peut déduire de l'article 6, « *règle de type si général (...) qu'une reconnaissance (...) du droit naturel de la personne humaine, sans distinction de nationalité à la protection juridictionnelle ; en tout cas il est possible d'y voir un renforcement de l'illicéité internationale du déni de justice* »¹³³. Le rôle correctif de la Convention ne s'épuise pas dans ce seul élément. Au-delà de cet aspect plutôt négatif, c'est-à-dire le refus de priver les individus de l'accès à un juge, s'ajoute un aspect plutôt positif. S'il est inconcevable que le droit d'accès à un juge soit atteint d'une quelconque manière dès lors qu'un juge s'est reconnu compétent, il n'est pas certain, en revanche, qu'il réponde par-là à l'impératif d'équité du procès. Certaines compétences sont en effet considérées comme exorbitantes et la

¹³¹ Dominique Holleaux précise que l'idée de répartition n'existe pas pour les règles de compétence internationale puisqu'elles assument soit une fonction d'attribution, soit d'exclusion, mais jamais les deux cumulativement. « *Par conséquent, tandis que les règles de compétence directe d'origine conventionnelle sont bilatérales, du moins dans les rapports entre États contractants, car également contraignantes pour les juges de ces États, elles résolvent l'entier problème de la compétence internationale, les règles étatiques ne donnent au problème qu'une réponse partielle et laissent hors de leur domaine tout le côté de la question qui concerne la compétence directe étrangère. Tel est leur caractère unilatéral* » (*Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1971, p. 15, n° 7).

¹³² CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 Golder c/ Royaume-Uni GACEDH n° 23.

¹³³ A. MIAJA DE LA MUELA, *loc. cit.*, p. 47.

seule protection efficace de l'individu trouve sa source dans la CEDH¹³⁴. Elle apparaît donc comme un rempart contre la tentation des États de permettre à leurs juridictions d'étendre de manière abusive leur compétence. En ce sens, qu'elles dénie ou attribuent une compétence au juge requis, les règles de compétence internationale ne sont pas neutres¹³⁵. C'est ainsi selon deux axes que s'oriente l'attention portée par la Cour de Strasbourg à la manière dont les États Parties exercent leur pouvoir de juridiction. Ce contrôle contribue à l'amélioration du traitement des relations privées internationales, car il importe que les individus trouvent un juge dont la compétence apparaît non seulement effective (chapitre I), mais également, équitable (chapitre II).

¹³⁴ Une autre solution est concevable, mais n'apparaît pas des plus satisfaisantes. Un exemple fixera les idées. Soit trois États A, B et C, Parties à la CEDH. Si la compétence des juridictions de A et de B sont concurrentes et que la première apparaît exorbitante et la seconde raisonnable, en ce sens que les critères l'établissant sont de nature objective, le plaideur qui souhaite se protéger pourra évidemment se présenter uniquement devant la juridiction dont la compétence est objective, c'est-à-dire celle de B. Cependant, son contradictoire peut trouver un avantage dans la saisine du tribunal dont la compétence mobilise des critères exorbitants, soit celle de A. Sous réserve d'un éventuel accueil favorable d'une exception de litispendance internationale, il va résulter de cette dualité de compétence, deux décisions peut-être contradictoires et inconciliables. Dans la mesure où rien ne permet de remettre en cause de manière absolue l'une de ces deux décisions, chacune sera valable au sein de l'ordre juridique dans lequel elle a été rendue. Un tel résultat apparaît fortement préjudiciable pour les plaideurs. D'une part, leur litige n'a pas vraiment reçu de solution puisque l'efficacité des décisions demeure géographiquement limitée. D'autre part, les individus restent dans l'incertitude quant à leurs droits respectifs parce que rien ne leur indique à laquelle des deux décisions le juge de l'État C éventuellement saisi accordera l'*exequatur*. L'intervention de la CEDH offre en revanche des perspectives plus intéressantes. Tout d'abord, elle peut éviter que les États membres n'abusent de leur compétence juridictionnelle. Ainsi, l'État A serait dans l'obligation de supprimer de son ordre juridique ce chef de compétence exorbitant ou tout au moins d'en cantonner les effets afin de se conformer à son engagement conventionnel. Ensuite, si une décision émane d'un juge dont la compétence révèle un manquement aux droits garantis par la Convention, cet élément constitue un critère pertinent pour le juge de l'État C afin de sélectionner laquelle des deux décisions, issue de l'ordre juridique de A ou de B, doit l'emporter.

¹³⁵ *Mutatis mutandis* P. WAUTELET, « Le droit au procès équitable et l'égalité des armes : le cas de la litispendance dans les conventions de Bruxelles et de Lugano », in M.-T. Caupain et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 102.

Chapitre I L'exigence d'un juge effectivement compétent

18. L'accès au juge des personnes impliquées dans une relation privée internationale, notamment en France, a connu une évolution remarquable. De l'idée que la fonction première des juridictions françaises consistait à s'occuper des troubles occasionnés à la société française et à préserver la paix sociale, les magistrats avaient déduit, à mauvais escient, leur incompétence dans les litiges mettant en cause uniquement des étrangers. À cette fin, ils s'appuyaient sur une lecture stricte, littérale et critiquable des articles 14 et 15 du Code civil¹³⁶, seules dispositions explicites relatives à la compétence judiciaire internationale alors contenues dans l'ordre juridique du for. Les juridictions françaises étant instituées pour réguler la société française, la justice n'était due qu'aux nationaux. Inutile de revenir sur les limites d'une telle analyse, amplement développées par ailleurs, qui a fini par céder sous le poids des contestations de plus en plus vives formulées par la doctrine. Les entorses à la règle de l'incompétence devinrent toujours plus nombreuses pour enfin aboutir au renversement définitif du principe au milieu du vingtième siècle¹³⁷. Pour autant, si l'accès au juge français s'est accru, il n'est pas sans borne. Les juridictions françaises n'ont ni la vocation, ni la prétention, ni même les moyens de se pencher sur l'ensemble des litiges s'élevant sur Terre. Ainsi, en matière internationale¹³⁸, la compétence des juridictions françaises résulte, en plus des articles 14 et 15 du Code civil, de la transposition des règles de compétence territoriale interne. Par ailleurs, la jurisprudence a élaboré des chefs de compétence propres aux litiges internationaux comme l'urgence et le risque de déni de justice. C'est dire que l'accès aux juridictions françaises dans ce domaine semble *a priori* satisfaisant, car lorsqu'elles déclinent leur compétence, leur décision ne prive pas les plaideurs d'un juge, mais les invite seulement à mieux se pourvoir. Cependant, si large qu'il apparaisse, l'accès au juge souffre diverses restrictions qui dépassent le seul problème de la compétence *stricto sensu* telles la caution *judicatum solvi* ou encore les immunités de juridiction dont bénéficient certaines personnes. Et, à l'encontre de ces restrictions, les individus n'ont d'autres recours que l'appel au droit d'accès au juge consacré par la CEDH. Sa conception et ses implications sont en effet détachées du contexte international. Ignorant ses particularités et les adaptations qu'il appelle, le droit d'accès pourrait alors conduire à remettre en cause des limitations historiquement et

¹³⁶ Il semble en effet qu'au-delà de la lettre du texte, les rédacteurs du Code civil avaient surtout en vue la ré-affirmation de la règle *actor sequitur forum rei*.

¹³⁷ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé, Tome II*, LGDJ, 7^{ème} édition, 1983, p. 453, n° 672.

¹³⁸ Sous réserve des conventions internationales et du droit communautaire.

parfois opportunément établies. L'éventualité se réalisera si elles entravent la recherche de l'effectivité du droit au procès équitable, et donc du droit d'accès au juge, qui gouverne l'ensemble de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 6 § 1¹³⁹. Le risque est alors d'accroître démesurément la compétence du for, puisque, faut-il le rappeler, les règles de compétence générale opèrent une synthèse des intérêts des États, des particuliers et de l'ordre international¹⁴⁰ qui commande précisément de circonscrire la juridiction des États. Néanmoins, ce risque doit être tempéré. Dès l'origine, la Cour européenne des droits de l'homme a indiqué que le droit d'accès au juge n'était pas absolu. Il tolère des ingérences étatiques au travers desquelles s'intègrent les spécificités du droit international privé. Par deux voies complémentaires, la Cour assure ainsi une certaine concordance entre la Convention et le droit international privé. L'adaptation du droit d'accès à l'internationalité de la situation se manifeste tant dans la délimitation de son contenu (section I) que dans les restrictions légitimes qu'il peut subir (section II).

Section I L'internationalisation du contenu du droit d'accès au juge

19. Au sein de l'article 6 de la CEDH, le droit d'accès présente un caractère singulier. Alors que ce texte ne renferme littéralement que des garanties de nature procédurale, l'accès au juge apparaît pourtant comme un véritable droit substantiel¹⁴¹. Sa signification n'en est pas moins originale par rapport au droit interne, français en particulier. Au sens européen, le droit d'accès implique évidemment la possibilité de saisir les tribunaux. Cependant, au-delà, les juges de Strasbourg lui confèrent une acception plus large dont la justification n'est autre que la recherche de son effectivité. Outre la faculté de s'adresser à un juge, qui correspond à son sens strict, le droit d'accès comprend, au sens large, deux autres droits substantiels : le droit d'obtenir une décision sur le bien-fondé de la contestation et le droit à l'exécution de la décision rendue par le tribunal saisi. Chacune de ses acceptions intéresse, à des degrés divers, l'accès international à la justice. Si la liberté générale de soumettre à un juge un litige de nature civile ne souffre nulle atténuation ou restriction du fait de l'internationalité de la

¹³⁹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Collection Droit Fondamental, 7^{ème} édition refondue, 2005, p. 318, n° 203.

¹⁴⁰ Notons que cette terminologie se trouve rarement employée par la doctrine. Elle considère en général que les règles de compétence générale sont conçues de manière à assurer une bonne administration de la justice et à satisfaire l'utilité privée. Néanmoins, la mention de ces deux éléments renvoie indéniablement à la tripartition des intérêts mise en exergue par Batiffol. Ainsi, la compétence de la juridiction dans le ressort de laquelle se concentre la matérialité du litige évoque l'idée de la localisation objective avancée par l'éminent auteur.

¹⁴¹ Pour M. Serge Guinchard (« Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », in *Mélanges Farjat*, Credeco, Nice, 1999, p. 139), en revanche, c'est le droit au procès équitable dans son ensemble qui est devenu à la fois un enjeu (p. 164 et s.) et un droit (p. 168 et s.) substantiel.

situation (§ I), une application nuancée des développements matériels de l'article 6 s'impose en raison de leur influence potentiellement dévastatrice sur le droit de la compétence internationale (§ II).

§ I Le plein épanouissement de l'accès international à la justice

20. Selon les termes employés par la Cour européenne des droits de l'homme, « *on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, publicité, célérité n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès* »¹⁴². De cette affirmation, la Cour déduit que « *l'article 6 § 1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect* »¹⁴³. Depuis qu'elle s'est exprimée sur cet élément, sa formule n'a fait l'objet d'aucune variation. Que l'affaire portée devant elle se déploie au sein d'un seul ordre juridique ou se trouve au contact de plusieurs ordres juridiques importe peu. Le droit d'accès au juge s'attache de la même manière aux situations purement internes et à celles affectées d'un élément d'extranéité. Il bénéficie aux parties à un procès civil, c'est-à-dire tant au demandeur qu'au défendeur, relevant de la juridiction des États Parties à la Convention. Ainsi, même en matière internationale, les individus ont la possibilité de puiser dans le texte européen de garantie des droits de l'homme des données utiles au traitement de leur situation. Ils trouvent là une assurance supplémentaire de la prise en considération de leurs intérêts dans la teneur de la règle de droit international privé puisque le parti pris par la Cour d'une applicabilité extensive du droit d'accès (A) engendre une amélioration de l'accès international à la justice (B).

A L'applicabilité extensive du droit d'accès au juge

21. Dans la mesure où le droit d'accès au juge « *constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 § 1 CEDH* »¹⁴⁴, les conditions d'application du premier apparaissent

¹⁴² CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 Golder c/ Royaume-Uni, préc., § 35.

¹⁴³ *Ibid.*, § 36.

¹⁴⁴ *Ibid.*, § 36.

naturellement riviées à celles qui gouvernent la mise en œuvre du second¹⁴⁵. Leur trait caractéristique majeur réside dans leur contenu. Parce qu'elles sont floues et imprécises, ces conditions offraient à la Cour européenne des droits de l'homme une alternative pour la détermination de leur sens : soit emprunter les concepts du droit interne des États Parties, soit les définir de manière autonome. La Cour opta pour cette dernière solution¹⁴⁶ afin de réaliser de manière uniforme au sein des États Parties l'applicabilité du droit au procès équitable et de préserver l'égalité de traitement des individus et des États face à la Convention¹⁴⁷. Ce choix se révèle en outre particulièrement opportun puisqu'il permet à la Cour de conférer au droit d'accès au juge une portée étendue en contournant les artifices parfois utilisés par les États en matière de qualification. C'est également en raison de l'autonomie des termes de la Convention que le droit d'accès au juge peut embrasser les hypothèses les plus diverses, notamment celles relevant du droit international privé. Néanmoins, les notions mobilisées par la Cour dans sa tâche ne sauraient être entièrement détachées des droits internes¹⁴⁸, ne serait-ce que parce que l'article 6 contient essentiellement des garanties procédurales et non des droits substantiels¹⁴⁹ et qu'un procès ne se conçoit pas sans la mise en cause d'un droit substantiel¹⁵⁰. Leur degré d'autonomie est donc soumis à quelques variations¹⁵¹ qui se répercutent sur le champ d'application du droit d'accès au juge. L'internationalité du rapport

¹⁴⁵ « La Commission a déjà relevé que l'article 6 de la Convention régit uniquement les "contestations" relatives à des "droits et obligations de caractère civil" que l'on peut dire, au moins de manière défendable, reconnus en droit interne. Le droit d'accès à un tribunal ne peut donc être utilement invoqué que dans les limites de ce champ d'application » (Commission 28 juin 1995 requête n° 23109/93 Massey c/ Suisse).

¹⁴⁶ CEDH 28 juin 1978 requête n° 6232/73 König c/ RFA GACEDH n° 4 : « Commission et gouvernement s'accordent pour penser que la notion de "droits et obligations de caractère civil" ne peut être interprétée seulement par référence au droit interne de l'État défendeur (...) » (§ 88). La Cour confirme ce point de vue dont la portée n'est pas circonscrite à la seule notion de « droits et obligations de caractère civil ». Il intéresse l'ensemble des concepts qui déterminent l'applicabilité de l'article 6.

¹⁴⁷ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 232, n° 161. La Cour a précisé, en outre, que « toute autre solution risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention » (CEDH 28 juin 1978 requête n° 6232/73 König c/ RFA, préc., § 88).

¹⁴⁸ Les relations entre le droit européen et les droits internes relativement à l'autonomie des termes de la Convention ont été précisés par la Cour dans les termes suivants : « Si la Cour conclut ainsi à l'autonomie de la notion de "droits et obligations de caractère civil", elle ne juge pas pour autant dénuée d'intérêt, dans ce domaine, la législation de l'État concerné. C'est en effet au regard non de la qualification juridique, mais des effets et du contenu que lui confère le droit interne de l'État en cause, qu'un droit doit être considéré ou non comme étant de caractère civil au sens de la Convention. Il appartient à la Cour, dans l'exercice de son contrôle, de tenir compte aussi de l'objet et du but de la Convention ainsi que des systèmes de droit interne des autres États contractants » (CEDH 28 juin 1978 requête n° 6232/73 König c/ RFA, préc., § 89).

¹⁴⁹ S. GUINCHARD, *loc. cit.*, p. 139.

¹⁵⁰ La Cour « note (...) que l'article 6 § 1 de la Convention ne vise pas à créer de nouveaux droits substantiels dépourvus de fondement légal dans l'État considéré, mais à fournir une protection procédurale aux droits reconnus en droit interne » (CEDH 14 mai 2002 requête n° 38621/97 Zehnalova et Zehnal c/ République Tchèque).

¹⁵¹ D'une manière générale, cf. F. MATSCHER, « Dans quelle mesure une violation du droit national entraîne-t-elle une violation de la Convention ? », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 579.

illustre à cet égard la complexité de la confrontation de la CEDH et du droit international privé. D'un côté, notamment par l'effet d'une interprétation autonome, l'internationalité demeure indifférente à la spécification du domaine de la Convention alors que la prise en considération de ses caractères aurait normalement conduit à une restriction de la protection conventionnelle. En ce sens, l'État ne saurait se retrancher derrière la technique du droit international privé pour démontrer que la situation échappe aux prévisions de la Convention et par conséquent éluder sa responsabilité (1). De l'autre, elle est au centre du raisonnement des juges strasbourgeois parce qu'elle permet de provoquer l'applicabilité de la Convention et donc de contourner les limitations classiquement opposées au droit d'accès (2).

1 Le contournement des limites inhérentes à l'internationalité du litige

22. Les limites assignées au droit d'accès au juge en particulier et à la Convention en général ignorent les particularités induites par la complication internationale des rapports de droit. Ils offrent une configuration spécifique et suscitent des questions originales auxquelles les organes de la Convention apportent des réponses tendant à toujours accroître le champ de leur contrôle. À cette fin, soit ils livrent une analyse particulière des techniques du droit international privé (a), soit ils affectent aux termes restrictifs de la CEDH une formulation suffisamment lâche pour embrasser les situations les plus diverses y compris celles qui présentent un élément d'extranéité (b).

a Une analyse européenne des techniques du droit international privé

23. La justiciabilité, au regard de la CEDH, d'un refus de juger opposé aux plaideurs par le juge saisi consécutivement à une immunité de juridiction illustre de façon remarquable l'originalité des analyses que les organes de la Convention peuvent parfois proposer des techniques du droit international privé. La doctrine s'accorde aujourd'hui à l'analyser non comme un problème de compétence, mais comme un problème de pouvoir juridictionnel¹⁵², l'exercice de la compétence par un juge supposant la vérification de son pouvoir juridictionnel¹⁵³. Poussant le raisonnement jusque dans ses conséquences les plus extrêmes, la

¹⁵² Pouvoir juridictionnel qui se définit comme l' « aptitude d'une juridiction, considérée en elle-même, à trancher un litige par application des règles de droit » (L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4^{ème} édition refondue, 2004, p. 84, n° 135).

¹⁵³ Cf. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. 438, n° 47.2 ; B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} édition, 2000, p. 349, n° 393 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé, Tome II*, LGDJ, 7^{ème} édition, 1983,

Commission EDH¹⁵⁴ avait tout d'abord estimé que, au sens de l'article 1 de la Convention, les décisions administratives prises par le bénéficiaire de l'immunité ne relevaient pas de la juridiction des Pays-Bas, territoire sur lequel se trouvait son siège¹⁵⁵. Dès lors, les Pays-Bas étaient irresponsables au titre de la Convention et la requête incompatible *ratione personae* avec la Convention. Dans son opinion concordante sous le rapport rendu par la Commission EDH dans l'affaire *Waite*¹⁵⁶, M. Herndl développait encore une telle analyse et considérait en outre qu'elle devait valoir pour les cas dans lesquels un tribunal nie sa compétence internationale faute de liens entre le litige et l'État duquel il dépend¹⁵⁷. Ainsi, envisagé strictement et rigoureusement sous le seul angle des mécanismes et de la technique du droit international privé, le refus de juger opposé par un tribunal étatique face à une relation privée internationale demeurerait en dehors de la sphère d'influence de la Convention. Son applicabilité étant exclue, le droit d'accès au juge ne serait donc d'aucun secours.

24. Les deux points de vue ne sont pas pleinement convaincants dans la mesure où ils accordent aux Parties contractantes une trop grande latitude.

D'une part, la pertinence du rapprochement entre le pouvoir juridictionnel et la juridiction au sens de l'article 1 apparaît douteuse, leur synonymie aboutissant à faire dépendre le domaine de la Convention des droits internes. Par ailleurs, même si l'irrecevabilité de la demande résulte d'une absence de pouvoir juridictionnel, traduisant, en tant que préalable logique, l'impossibilité d'exercer une quelconque compétence, il n'en reste pas moins que les

p. 509, n° 690 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 234, n° 329 ; H. MOTULSKY, *Études et notes de droit international privé*, Dalloz 1978, p. 306 et s. ; cf. également la position plus nuancée de Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (*Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 640, n° 481) qui ne parlent pas de défaut de pouvoir juridictionnel pour expliquer l'irrecevabilité, mais simplement de défaut du droit d'agir tenant à la qualité de la personne du défendeur. Le problème est que l'immunité n'est pas uniquement attachée à la personne. Ils en déduisent donc que la nature de l'immunité de juridiction reste controversée (des nuances semblables sont présentes chez Motulsky et B. Audit). Cf. néanmoins s'agissant de l'immunité de juridiction d'une organisation internationale Civ. 1^{ère} 14 novembre 1995 Hintermann *RCDIP* 1996 p. 337 note H. Muir Watt : « *Et attendu que les tribunaux français étant dépourvus, en l'espèce, de pouvoir juridictionnel, le grief fondé sur la compétence internationale en raison du rattachement du litige avec la France est inopérant* ».

¹⁵⁴ Commission 12 décembre 1988 requête n° 12516/86 Ary Spaans c/ Pays-Bas.

¹⁵⁵ « *Because of the immunity enjoyed by the Tribunal, the administrative decisions of the Tribunal are not acts which occur within the jurisdiction of the Netherlands within the meaning of Article 1 of the Convention and thus do not engage the responsibility of the Netherlands under the Convention* ».

¹⁵⁶ Commission 2 décembre 1997 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne.

¹⁵⁷ « *It is legitimate to pose the question whether the ECHR is at all applicable in respect of such types of disputes for which national courts do not have jurisdiction under international law. Thus, as regards private law disputes with ESA, the parties to such disputes might not fall under German jurisdiction in the sense of Article 1 of the Convention, because German jurisdiction over those kinds of disputes simply does not exist under international law. The situation can be regarded as similar to a situation where, owing to the total lack of any link with the territorial jurisdiction, courts have to decline to adjudicate a dispute as they have legally no jurisdiction. It is in fact the State which lacks jurisdiction* ».

tribunaux internes ont dû se prononcer sur la question. Le requérant a eu accès aux tribunaux et l'État est donc bien intervenu dans la situation malgré le défaut de pouvoir juridictionnel de ses juges. C'est ainsi que la Cour a envisagé sous l'angle du droit d'accès au tribunal une affaire¹⁵⁸ dans laquelle le requérant avait exercé devant les juridictions allemandes une action en revendication pour laquelle un accord international, séquelle du règlement de la Seconde Guerre mondiale, excluait la juridiction de l'Allemagne. Certes, le choix de lever l'obstacle de l'immunité repose uniquement sur son bénéficiaire, si bien que l'État qui l'a accordée n'a de prime abord aucune maîtrise sur la situation. Cependant, s'il ne peut rien une fois l'immunité octroyée, il lui est loisible d'agir en amont, en s'assurant que les conditions dans lesquelles l'immunité de juridiction sera exercée se révèlent conformes aux dispositions de la Convention. Cette considération a conduit la Cour à adopter un raisonnement opportun, mais juridiquement et logiquement contestable. En effet, l'État n'a pas toujours le choix d'accorder ou de refuser l'immunité de juridiction lorsque celle-ci prend sa source dans le droit international général. La Cour devrait alors constater que faute de possibilité d'action de l'État, la situation échappe à sa juridiction. La Cour a pourtant étendu son contrôle à l'ensemble des hypothèses d'immunité de juridiction sans toutefois éluder la considération précédente. Elle en tient compte, mais uniquement au stade de l'application de la Convention¹⁵⁹. Ce point de vue se justifie dès lors que la Cour rapproche l'immunité de juridiction de la compétence internationale et non du pouvoir juridictionnel¹⁶⁰. Telle était d'ailleurs l'opinion de Niboyet sur la question, lequel estimait que le moyen procédural adéquat pour soulever l'immunité résidait dans l'exception d'incompétence (d'attribution). Cette qualification est défendable dans la mesure où le régime de l'immunité échappe à toute catégorie bien tranchée.

D'autre part, « *qu'un État puisse sans réserve ou sans contrôle des organes de la Convention soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de*

¹⁵⁸ CEDH 12 juillet 2001 requête n° 42527/98 Prince Hans-Adam II de Lichtenstein c/ Allemagne *Clunet* 2002 p. 266 obs. P. T., *AJDA* 2001 p. 1064 : La Cour doit déterminer « *si les cours et tribunaux allemands étaient autorisés, au regard de l'article 6 § 1 de la Convention, à restreindre le droit d'accès de l'intéressé à un tribunal pour donner effet aux dispositions d'un accord international excluant la juridiction de l'Allemagne en ce qui concerne les mesures qui ont été prises notamment à l'égard des avoirs allemands à l'étrangers saisis au titre des réparations ou des restitutions* » (§ 52). D'ailleurs, en l'espèce, le gouvernement défendeur n'a pas soulevé d'objections quant à la recevabilité de la requête sur le fondement de l'article 1 de la Convention (seule l'applicabilité de l'article 6 était contestée, § 40).

¹⁵⁹ Cf. *infra* n° 89 et s..

¹⁶⁰ La Commission EDH, quant à elle, s'était attachée à démontrer que le précédent de 1989 ne s'appliquait qu'aux décisions administratives des personnes bénéficiaires de l'immunité, ce qui lui avait permis de juger recevable la requête dans l'affaire *Waite et Kennedy* puisque la demande dirigée contre l'ASE ne concernait pas une décision qu'elle avait prise, mais une disposition de la législation allemande du travail (cf. Commission 2 décembre 1997 requête n° 26083/94 *Waite et Kennedy* c/ Allemagne, préc., §§ 51-52).

toute responsabilité civile de larges groupes ou catégories de personne ne se concilierait pas avec la prééminence du droit dans une société démocratique ni avec le principe fondamental qui sous-tend l'article 6 § 1 – à savoir que les revendications civiles doivent pouvoir être portées devant un juge »¹⁶¹. Pour ces raisons, les juges strasbourgeois examinent à présent au fond les requêtes qui mettent en cause l'insuffisance de l'accès à un tribunal du fait d'une immunité de juridiction. Ils admettent donc, implicitement, mais nécessairement, que de telles situations relèvent de la juridiction des Hautes Parties contractantes. À plus forte raison, et contrairement à la conviction de M. Herndl, une déclaration d'incompétence internationale tombe dans le champ des prévisions de la Convention.

25. Par conséquent, à la faveur d'une évolution de leur jurisprudence et à rebours de la position de la Cour de cassation française, la Cour comme la Commission EDH ont privilégié parmi les deux analyses concevables de la nature de l'immunité de juridiction celle qui assure à la Convention le domaine le plus vaste. Les limites à son extension demeurent rares et lorsqu'elles s'expriment dans les termes de la Convention, leur interprétation à la lumière de l'extranéité de la situation contribue encore à développer le champ de la protection conventionnelle.

b Une analyse internationaliste des termes de la Convention

26. L'interprétation extensive des termes restrictifs de la Convention se manifeste notamment à propos des conditions requises afin de bénéficier du droit d'accès au tribunal. Leur vérification opère un subtil dosage entre les conceptions européenne et interne. Alors que la définition des notions « contestation » et « civil » réservent une place subsidiaire à l'ordre juridique interne (β), celui-ci se révèle prédominant au regard de la détermination du droit pour la réalisation duquel un individu sollicite un tribunal (α). À chaque fois, la Cour propose une analyse qui permet de dépasser l'internationalité des situations et ainsi étendre son contrôle.

¹⁶¹ Commission 2 décembre 1997 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne, préc., § 54 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 Al-Adsani c/ Royaume-Uni, § 46 (*Clunet* 2002 p. 273 obs. O. de F., *JCP* 2002.I.105 n° 8 obs. F. Sudre, *RTDH* 2003 p. 139 note J.-F. Flauss, *Dalloz* 2003 p. 1246 note J.-F. Flauss) ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, § 24 (*Clunet* 2002 p. 273 obs. O. de F., *JCP* 2002.I.105 n° 8 obs. F. Sudre) ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande, § 23 (*Clunet* 2002 p. 273 obs. O. de F., *JCP* 2002.I.105 n° 8 obs. F. Sudre).

α La plasticité de la notion de droit reconnu dans l'ordre interne

27. Selon une jurisprudence constante, il est impératif que le requérant se prévale d'un droit « *que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne* »¹⁶² pour bénéficier des éléments du droit au procès équitable. En d'autres termes, la liste des droits auxquels l'article 6 apporte sa garantie est ouverte et dépend de l'ordre juridique interne¹⁶³. Ce texte, souligne la Cour, « *ne vise pas à créer de nouveaux droits substantiels dépourvus de fondement légal dans l'État considéré* »¹⁶⁴, pas plus qu'il n' « *assure par lui-même aux droits et obligations de caractère civil un contenu matériel déterminé dans l'ordre juridique des États contractants* »¹⁶⁵. Le texte européen n'interviendra à cet égard, et le cas échéant, qu'indirectement, pour sanctionner, sur le fondement d'une ingérence dans l'un des autres droits garantis, la non reconnaissance d'un droit dans l'ordre interne. Par exemple, un État qui n'admettrait ni le divorce, ni la séparation de corps serait en contradiction avec le droit au respect de la vie privée¹⁶⁶. Si l'article 6 ne génère aucun droit à saisir un tribunal pour obtenir ce divorce ou cette séparation, faute d'existence dans l'ordre interne, le respect des autres clauses normatives de la Convention peut éventuellement exercer une influence¹⁶⁷.

28. L'établissement de ces règles résulte d'un contexte purement interne. Pour autant, il ne semble pas que l'internationalité d'un litige associée à une référence privilégiée à l'ordre juridique interne soient de nature à produire un effet restrictif sur le champ d'application du

¹⁶² CEDH 27 octobre 1987 requête n° 10426/83 Pudas c/ Suède, § 30 ; CEDH 25 novembre 1993 requête n° 14282/88 Zander c/ Suède, § 22 ; CEDH 19 juillet 1995 requête n° 17506/90 Kerojarvi c/ Finlande, § 32. Ainsi, soit l'ordre juridique pertinent consacre expressément le droit en cause, soit, à défaut de reconnaissance explicite, il est possible de soutenir que ce droit existe. Le fait que les juridictions internes admettent la recevabilité du recours constitue un indice décisif du caractère défendable de l'existence du droit revendiqué (CEDH 25 janvier 2000 requête n° 42175/95 Dagorn c/ France).

¹⁶³ C'est dire, de surcroît, qu'il n'est pas nécessaire que le droit en cause fasse également l'objet d'une protection conventionnelle. D'ailleurs dans une telle hypothèse, l'article 13 apparaîtrait plus pertinent que l'article 6 (cf. CEDH 12 octobre 1992 requête n° 11955/86 Salerno c/ Italie, § 14).

¹⁶⁴ CEDH 14 mai 2002 requête n° 38621/97 Zehnalova et Zehnal c/ République Tchèque, précité.

¹⁶⁵ CEDH 21 février 1986 requête n° 8793/79 James et a. c/ Royaume-Uni, § 81 (GACEDH n° 58) ; CEDH 27 octobre 1987 requête n° 10426/83 Pudas c/ Suède, préc., § 30 ; CEDH 14 mai 2002 requête n° 38621/97 Zehnalova et Zehnal c/ République Tchèque, précité.

¹⁶⁶ Bien que l'article 8 de la Convention ne contienne aucun droit au divorce (CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82 Johnston et autres c/ Irlande, préc.) ; voir *mutatis mutandis* CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 Airey c/ Irlande, préc., § 33.

¹⁶⁷ C'est avec cette nuance qu'il convient de comprendre l'affirmation de la Cour selon laquelle « *la question de savoir si l'on peut, dans un cas précis, affirmer l'existence d'un tel droit, commande que l'on se réfère au seul droit interne* » (CEDH 28 septembre 1995 requête n° 15346/89 et 15379/89 Masson et Van Zon c/ Pays-Bas, § 49 ; Commission 22 octobre 1997 requête n° 27413/95 Cazès c/ France). Dès lors le constat de violation de l'article 8 dans l'affaire Airey se révèle difficilement compréhensible (CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 Airey c/ Irlande, préc., § 33). D'ailleurs, ainsi que le relève le juge Evrigenis dans son opinion dissidente, « *les faits portés à la connaissance de la Cour révèlent, à mon sens, une violation qui se manifeste non dans le fond mais sur le terrain de la superstructure procédurale d'un droit, donc une violation couverte et absorbée par l'article 6 § 1* ».

droit d'accès. Le caractère relativement indéterminé de la formulation employée par la Cour et les précisions qu'elle a apportées sur « *l'existence d'un droit* »¹⁶⁸ ont pour conséquence de neutraliser l'incidence de l'élément d'extranéité et d'assurer une large application de l'article 6.

29. Le droit pour lequel les garanties procédurales de l'article 6 sont revendiquées se définit essentiellement par rapport à l'ordre juridique interne. Or, de ce point de vue, la variation des expressions utilisées par la Cour pose la question de l'identification de l'ordre juridique pertinent. Si la Cour se contente parfois d'évoquer le « *droit interne* »¹⁶⁹, formule plutôt neutre et vague, il lui arrive également de spécifier ce « droit interne » comme constituant « *l'ordre juridique des États contractants* »¹⁷⁰. Pour autant, il convient de ne pas faire preuve d'un formalisme excessif. Deux motifs incitent à rejeter toute interprétation restrictive selon laquelle le « droit » dont il s'agit ne pourrait pas trouver son fondement dans une loi étrangère autre que celle d'un État Partie.

D'une part, de jurisprudence constante, le droit invoqué doit exister au minimum de manière défendable, ce dont atteste, d'une manière générale¹⁷¹, l'obligation dans laquelle s'est trouvée la juridiction interne de statuer sur le fond¹⁷². Or, en droit international privé, un individu peut trouver le fondement de sa prétention non seulement dans le droit du juge saisi, mais également dans tout autre ordre juridique avec lequel la situation est rattachée. Dès lors, quand bien même le droit du for ne consacrerait pas le droit revendiqué, il apparaît difficile d'affirmer de manière péremptoire que ce droit n'existe pas, au moins de manière défendable, dans l'ordre juridique requis. Indépendamment de la solution tant sur la question du conflit de lois que sur le fond, le juge doit nécessairement vérifier si, parmi les lois en conflit, l'une

¹⁶⁸ Précisions indispensables dans la mesure où la jurisprudence relative à cette notion aurait gagné en simplicité et en persuasion si la Cour ne s'obstinait pas à rechercher « *l'existence d'un droit* », mais s'en tenait au droit revendiqué par le requérant (S. GUINCHARD, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », in *Mélanges Farjat*, Credeco, Nice, 1999, p. 144 ; S. GUINCHARD, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la procédure civile », *LPA* 1999 n° 72 p. 6).

¹⁶⁹ Cf. par exemple, CEDH 27 octobre 1987 requête n° 10426/83 Pudas c/ Suède, préc., § 30 ; CEDH 12 octobre 1992 requête n° 11955/86 Salerno c/ Italie, préc., § 14 ; CEDH 25 novembre 1993 requête n° 14282/88 Zander c/ Suède, préc., § 22 ; CEDH 19 juillet 1995 requête n° 17506/90 Kerojarvi c/ Finlande, préc., § 32.

¹⁷⁰ Cf. par exemple : CEDH 21 février 1986 requête n° 8793/79 James et a. c/ Royaume-Uni, préc., § 81 ; CEDH 27 octobre 1987 requête n° 10426/83 Pudas c/ Suède, préc., § 30 ; CEDH 14 mai 2002 requête n° 38621/97 Zehnalova et Zehnal c/ République Tchèque, précité.

¹⁷¹ CEDH 25 janvier 2000 requête n° 42175/95 Dagorn c/ France, précité.

¹⁷² Ainsi, lorsque la Cour se contente d'un droit qui existe au moins de manière défendable, elle semble faire référence à l'intérêt à agir, soit l'une des conditions du droit d'action au sens de la procédure civile française. Or, si le juge interne a statué sur le fond de la prétention, cela implique non seulement la reconnaissance du droit d'action du plaideur donc de son intérêt à agir, mais également, par voie de conséquence, de la pertinence de sa revendication : si le plaideur est finalement débouté, la question soulevée appelait néanmoins un débat au fond.

d'entre elles ne permet pas de fonder le droit revendiqué. Inversement, si le droit allégué par le requérant est ignoré de la loi étrangère à laquelle sa prétention se trouve *a priori* soumise, mais consacré par le système du for ou un autre système avec lequel la situation présente certains rattachements, l'ensemble des mécanismes permettant d'évincer la loi normalement compétente constitue un élément de nature à donner à l'existence de ce droit un caractère défendable au regard du for.

D'autre part, il semble que la précision apportée par la Cour soit tributaire du contexte dans lequel elle a été conduite à se prononcer, c'est-à-dire à l'occasion d'affaires dépourvues d'élément d'extranéité. Il est alors possible d'interpréter cette référence comme visant « *le système juridique en cause* »¹⁷³, soit, en d'autres termes, l'ordre juridique applicable à la cause, qu'il relève ou non de la CEDH. La *lex causae* peut émaner d'un ordre juridique tant interne qu'externe à la Convention.

30. Ainsi, peu importe la source du droit revendiqué, l'essentiel est qu'il trouve un fondement dans un ordre juridique interne quelconque. L'internationalité du litige n'exerce à cet égard aucune influence restrictive. De même, fruit d'une évolution jurisprudentielle, ce qu'il convient d'entendre par « existence d'un droit » échappe à l'incidence éventuellement réductrice du phénomène des frontières.

31. En associant l'existence explicite d'un droit et son existence simplement défendable, la Cour met en relation le droit et son traitement judiciaire dans l'ordre interne. L'accès à un tribunal, droit conventionnellement garanti, ne vaut que pour les droits à propos desquels les juges de l'ordre interne sont susceptibles de se prononcer. Si un juge peut mettre en œuvre toute règle de droit, il paraît en effet inconcevable de faire appel à la machine judiciaire pour l'application de règles qui ne sont pas consacrées dans le système juridique en cause. C'est ainsi que la revendication d'un droit inexistant motive l'irrecevabilité de la demande qui, du point de vue de l'ordre interne, traduit soit un déni du droit d'action¹⁷⁴, soit un défaut de pouvoir juridictionnel. Cette irrecevabilité est logiquement première et doit être envisagée en elle-même, c'est-à-dire détachée de toute considération touchant le fond du droit. Se prononcer au seuil d'un procès, pour établir qu'une personne possède la qualité de titulaire d'un droit, peut paraître hasardeux. Si une personne revendique un droit et qu'elle est

¹⁷³ J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, « Article 6 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 250.

¹⁷⁴ Si le droit n'existe pas dans le système juridique alors l'individu n'a pas d'intérêt légitime à agir, ce qui rappelle la vieille maxime, « pas d'intérêt, pas d'action ».

déboutée sur le fond, c'est bien qu'elle n'en était pas titulaire. Cet exemple révélateur de l'insuffisance de la maxime « pas de droit, pas d'action », montre également que l'allégation d'un droit offre au demandeur le droit d'agir. Si le droit n'existe pas, tout au moins avait-il intérêt à faire valoir son existence en saisissant les tribunaux. Devant les instances de Strasbourg, la situation est toute différente. Une procédure interne s'est déjà déroulée, fixant à son terme l'existence d'un droit ou au contraire son inexistence. Dès lors, dans l'hypothèse où la prétention a été rejetée sur le fond dans l'ordre interne, le requérant peut-il espérer bénéficier du droit d'accès à un tribunal, réservé aux seules contestations portant sur un droit reconnu par l'ordre interne ? Une réponse positive s'impose, la Cour se contentant d'un droit existant au minimum de manière défendable. La Cour calque ainsi sa position sur celle du juge interne. Si ce dernier n'a conclu à l'inexistence d'un droit qu'au terme d'un débouté sur le fond, alors la Cour considérera que le droit existe dans l'ordre interne au moins de manière défendable. Qu'en est-il, en revanche, si c'est une fin de non recevoir qui vient sanctionner le rejet de la prétention dans l'ordre interne ? La matière des immunités de juridiction soulève à cet égard une difficulté spécifique. Si l'irrecevabilité subséquente met un terme au procès indépendamment du fond de l'affaire, peut-être faut-il considérer que l'immunité constitue une clause générale neutralisant et même supprimant les droits dont les demandeurs se trouvent en principe titulaires dans l'ordre juridique interne. Il serait impossible de former, par exemple, une demande en dommages et intérêts fondée sur le droit de la responsabilité civile contre une personne bénéficiaire d'une immunité de juridiction parce que, relativement à cette dernière, la victime n'a aucun droit reconnu par l'ordre juridique interne. À la suite d'une évolution, les organes de la Convention ont fait opportunément valoir une conception différente de l'immunité de juridiction.

32. Dans un premier temps¹⁷⁵, ils ont considéré que le droit revendiqué par le requérant n'existait pas dans l'ordre juridique interne parce que aucune procédure ne s'offrait à lui pour obtenir la sanction des atteintes portées à ce droit en vertu d'actes couverts par l'immunité de juridiction¹⁷⁶. Désormais, ils jugent que l'immunité n'affecte en rien les droits de caractère

¹⁷⁵ Commission 6 juillet 1989 requête n° 13901/88 Aziz Nesin c/ Turquie. Cette affaire concernait l'immunité de juridiction du Chef de l'État turc, mais l'analyse qui est proposée de l'institution vaut *mutatis mutandis* pour les affaires de même nature affectées par le phénomène de la frontière.

¹⁷⁶ Commission 6 juillet 1989 requête n° 13901/88 Aziz Nesin c/ Turquie, préc. : « *Même si le droit à la réputation peut être considéré comme un droit de caractère civil au sens de l'article 6 de la Convention, il ne s'ensuit pas nécessairement que la garantie qu'accorde cette disposition puisse être comprise comme incluant une protection générale de la réputation de quiconque estimerait qu'il y ait été portée atteinte. Une telle protection, en effet, est subordonnée à l'existence dans la législation interne d'un droit qui puisse être revendiqué par l'intéressé. Or, la Commission constate que selon l'interprétation de la Cour de cassation*

civil consacrés par l'ordre juridique interne. En se référant maladroitement au concept d'action en justice, les juges relèvent que l'action dépend tant du contenu matériel du droit à proprement parler que d'obstacles de nature procédurale¹⁷⁷. Puisque l'article 6 ne s'applique qu'aux contestations portant sur des droits reconnus dans l'ordre juridique interne, ils estiment que le texte n'a aucune vocation à intervenir lorsque le contenu matériel du droit fait défaut. La conclusion est cependant différente lorsque l'action destinée à faire valoir ce droit se heurte à des obstacles procéduraux parmi lesquels figure, de leur point de vue, l'immunité de juridiction. La Cour note, en effet, « *qu'il n'existe aucun obstacle in limine à une action dirigée contre un État : si l'État défendeur choisit de ne pas demander l'immunité, l'action fera l'objet d'un examen puis d'une décision judiciaire. Il faut considérer l'octroi de l'immunité non pas comme un tempérament à un droit matériel, mais comme un obstacle procédural à la compétence, pour les juridictions nationales, de statuer sur ce droit* »¹⁷⁸. Cette référence à la compétence est à la vérité bien singulière au regard du droit français dans la mesure où il distingue soigneusement l'immunité de juridiction et la compétence juridictionnelle, en particulier quant au moyen procédural tendant à assurer le respect de l'immunité. Or, la résolution des difficultés relatives à la compétence internationale emprunte la voie d'une exception de procédure qui doit être soulevée *in limine litis*, c'est-à-dire avant toute conclusion sur le fond¹⁷⁹. Il peut ainsi paraître étrange que la Cour affirme d'une part que l'immunité de juridiction ne pose aucun problème *in limine litis* et d'autre part qu'elle constitue une question de compétence. Par ailleurs, l'analyse de la Cour fondée sur la

turque, le requérant n'a aucun droit à la protection de sa réputation, dans la mesure où cette réputation peut être affectée par les déclarations incriminées qui rentrent dans le cadre des fonctions du Président de la République (...). Par conséquent, l'article 6 § 1 ne peut en l'occurrence être interprété comme garantissant le droit d'engager une procédure à propos de ces déclarations, puisque le requérant n'a pas de "droit de caractère civil" à la protection de sa réputation contre ces déclarations. Il s'ensuit que ce grief échappe à la compétence ratione materiae de la Commission ».

¹⁷⁷ Il est en effet indispensable de bien distinguer les notions d'action et de droit, l'une et l'autre existant de manière indépendante.

¹⁷⁸ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 Al-Adsani c/ Royaume-Uni, préc., § 48 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, préc., § 26 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande, préc., § 25. La Commission avait été plus radicale (Commission 2 décembre 1997 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne, préc., § 53) en considérant « *que l'immunité de juridiction, accordée aux membres des missions diplomatiques ou consulaires des États étrangers pour l'exercice de fonctions publiques ou aux organisations internationales (...), n'exclut pas l'existence de droits substantiels reconnus par la législation interne et ne saurait être regardée comme délimitant la substance même de tels droits* » (« *that the immunity from jurisdiction, accorded to members of diplomatic or consular missions of foreign States in the exercise of public functions or international organisations (...), does not exclude the existence of substantive rights under domestic law and cannot be regarded as delimiting the very substance of any such rights* »).

¹⁷⁹ La jurisprudence est à cet égard particulièrement intransigeante puisque l'exception de procédure sera irrecevable si, dans les mêmes écritures, une fin de non recevoir a été préalablement invoquée. La rigueur chronologique doit désormais se retrouver dans la présentation formelle des conclusions (Civ. 2^{ème} 8 juillet 2004 Brassart c/ SCP Dargent et Morange *Procédures* 2004 n° 10 p. 13 obs. R. Perrot).

possibilité de renonciation à l'immunité de juridiction peut ne pas convaincre puisque le propre de l'immunité de juridiction est bien de poser un problème *in limine*. Le raisonnement est sans doute contestable, mais le but est louable : étendre les garanties de la Convention.

33. La volonté d'assurer à la Convention, et notamment au droit d'accès au juge, le plus grand rayonnement possible en dépit de l'internationalité de la situation se vérifie également à propos d'une autre de ses conditions d'applicabilité, la notion de « droits et obligations de caractère civil ».

β L'extension de la notion de droits et obligations de caractère civil aux rapports privés internationaux

34. L'autonomie de la notion de droits et obligations de caractère civil permet à la Cour de saisir les situations les plus diverses, y compris celles comportant un élément international. Leurs caractères propres ne sont pas de nature à les différencier de celles dont tous les éléments se concentrent dans un seul ordre juridique. C'est ainsi qu'à deux reprises, avant et après l'arrêt *Pellegrin*, les juges de Strasbourg ont eu l'occasion d'affirmer la projection, dans l'ordre international, des solutions admises dans l'ordre interne concernant les litiges mettant en cause un agent public et son administration. Le rappel de ces solutions précédera l'exposé de leur extension aux situations comportant un élément d'extranéité.

35. Bien que l'article 1 de la Convention précise que les droits définis dans son Titre I bénéficient à toute personne et que l'article 6 octroie le droit à un procès équitable à toute personne, la spécification du « caractère civil » des droits et obligations contenue dans cette disposition incite à penser que toutes les contestations ne méritent pas les garanties du procès équitable¹⁸⁰. C'est ainsi que seuls les litiges relatifs à des droits et obligations de caractère civil relèvent de l'article 6 de la Convention. La formule n'est pourtant guère éclairante. La polysémie du terme « civil »¹⁸¹ rend, en effet, difficile la tâche de l'interprète, d'autant que, si

¹⁸⁰ Cette restriction a fait et fait toujours l'objet de très sévères critiques. Cf. l'opinion dissidente commune à M^{me} Tulkens, M. Fischbach, M. Casadevall et M^{me} Thomassen, juges, sous l'arrêt *Pellegrin* (CEDH 8 décembre 1999 requête n° 28541/95 *Pellegrin c/ France Clunet* 2000 p. 139 obs. P. Tavernier, *Dalloz* 2000 som. com. p. 180 obs. J.-F. Renucci, *JCP* 2000.I.203 n° 5 obs. F. Sudre, *GACEDH* n° 19) ; V. HAÏM, « Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ? », *Dalloz* 2001 p. 2988 et s.

¹⁸¹ Au contenu diffus de la notion « civil » dans le droit anglo-saxon, répond la dualité du terme dans la tradition romano-germanique en ce qu'il s'oppose au droit public lorsqu'il est synonyme de droit privé, d'une part, et en ce qu'il permet de spécifier au sein du droit privé le droit civil qui s'oppose alors au droit commercial, rural *etc.*, d'autre part (sur ce point et pour une présentation sommaire de différentes opinions doctrinales relatives au sens

la jurisprudence européenne permet de cerner cette notion¹⁸², la Cour s'est toujours refusé à en donner une définition abstraite¹⁸³. En s'appuyant sur l'autonomie de la notion¹⁸⁴, ses arrêts traduisent néanmoins sa volonté d'accroître toujours davantage l'empire des garanties de l'article 6. Assez rapidement, la Cour s'est démarquée de l'idée, classique, selon laquelle les contestations sur les droits et obligations de caractère civil visent uniquement celles qui s'élèvent entre deux particuliers ou entre un particulier et l'État agissant comme une personne privée, soumise au droit privé, et non comme détenteur de la puissance publique¹⁸⁵. Cette position est opportune, car, comme le relèvent MM. Rusen Ergec et Jacques Velu, « *ce critère paraît artificiel et difficile à manier, tant la distinction entre actes de puissance publique et actes de gestion privée se heurte à des obstacles pratiques et prend, souvent, des aspects arbitraires* »¹⁸⁶. Pour autant, la voie dans laquelle s'est engagée la Cour n'est pas exempte de tout reproche.

Elle combine deux approches, l'une centrée sur le requérant, et chronologiquement première, l'autre sur l'État. Ainsi, après avoir insisté sur la nature personnelle et patrimoniale du droit de caractère civil¹⁸⁷, la « *Cour s'est satisfaite d'une vague prédominance des aspects de droit privé sur les aspects de droit public* »¹⁸⁸. De telles orientations confèrent à la notion une acception matérielle d'un contenu si large qu'elles ont « *conduit la juridiction européenne à procéder à une extension "tous azimuts" du champ d'application de l'article 6* »¹⁸⁹, qui paraît avoir une vocation attrape-tout. Par le biais de ces critères, la Cour n'a pourtant jamais entendu supprimer toute restriction au domaine des garanties du procès équitable, ce qui peut paraître singulier, car rares sont les litiges qui n'ont pas trait, directement ou indirectement, à l'activité économique des individus. Si bien que, de manière plus ou moins contestable,

qu'il convient de donner à ce terme, cf. R. ERGEC et J. VELU, *La CEDH*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 374 et s., n° 420 et s.).

¹⁸² Seule la jurisprudence est en effet pertinente dans la mesure où il s'agit d'une notion autonome (cf. *supra* n° 21).

¹⁸³ R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 378, n° 423 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Collection Droit Fondamental, 7^{ème} édition refondue, 2005, p. 320, n° 205.

¹⁸⁴ CEDH 28 juin 1978 requête n° 6232/73 König c/ RFA, préc., §§ 88-89.

¹⁸⁵ CEDH 16 juillet 1971 requête n° 2614/65 Ringeisen c/ Autriche, § 94 ; CEDH 28 juin 1978 requête n° 6232/73 König c/ RFA, § 94 ; CEDH 23 octobre 1985 requête n° 8848/80 Benthem c/ Royaume-Uni, § 34.

¹⁸⁶ R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 374, n° 420.

¹⁸⁷ J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, *loc. cit.*, p. 251 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. 89 ; F. SUDRE, *op. cit.*, p. 320, n° 205.

¹⁸⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p. 91.

¹⁸⁹ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 321, n° 206. Ce constat est partagé par l'ensemble de la doctrine (cf., par exemple, R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 378, n° 423 ; J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, *loc. cit.*, p. 251 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p. 89 et s.).

nombre de contentieux ont été exclus du domaine de l'article 6¹⁹⁰. C'est dans ce contexte que la Cour a eu à résoudre l'épineux problème du contentieux de la fonction publique.

36. La Cour a, en effet, entrepris de répercuter sur le champ d'application de l'article 6 la distinction établie par la plupart des États membres entre les fonctionnaires et les salariés de droit privé. Tout d'abord, alors que les litiges opposant les seconds à leurs employeurs relevaient de l'article 6¹⁹¹, elle jugeait que les « *contestations concernant le recrutement, la carrière et la cessation d'activité des fonctionnaires sort[ai]ent, en règle générale, du champ d'application de l'article 6* »¹⁹². Les revendications portant sur un droit purement patrimonial, tel que le paiement d'un salaire ou d'une pension, constituaient l'exception à cette règle générale¹⁹³. Or, de l'aveu même de la Cour, « *le critère fondé sur la nature patrimoniale du litige laisse (...) place à une marge d'arbitraire. En effet, une décision relative au "recrutement", à la "carrière" et à la "cessation d'activité" d'un fonctionnaire a presque toujours des conséquences pécuniaires. Dès lors, la distinction entre les procédures qui présentent un intérêt "purement" ou "essentiellement" patrimonial et les autres s'avère difficile à établir* »¹⁹⁴.

Les incertitudes engendrées par ces directives sur le point de savoir ce qui relève de la matière civile¹⁹⁵ et les critiques qu'elles avaient suscitées étaient telles¹⁹⁶, que la Cour a procédé à un revirement de jurisprudence spectaculaire¹⁹⁷ afin de clarifier le domaine de l'article 6 relativement aux conflits entre les agents publics et l'État. Désormais, seuls « *les litiges opposant à l'administration des agents publics qui occupent des emplois impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique échappent au champ d'application de*

¹⁹⁰ M. Haïm reproche ainsi à la Cour de considérer qu'un contentieux n'acquiert pas un caractère civil dès lors qu'il soulève aussi une question d'ordre économique, ce qui lui permet d'écarter du domaine de l'article 6, en particulier, les contentieux fiscal, électoral ou de la fonction publique (*loc. cit.*, p. 2988 et s.).

¹⁹¹ Voir, *mutatis mutandis*, CEDH 28 juin 1990 requête n° 11761/85 Obermeier c/ Autriche, § 67.

¹⁹² Cf. par exemple, CEDH 19 février 1998 requête n° 26637/95 Huber c/ France, § 36.

¹⁹³ Cf. par exemple, CEDH 24 août 1998 requête n° 26106/95 Benkessiouer c/ France, § 29.

¹⁹⁴ CEDH 8 décembre 1999 requête n° 28541/95 Pellegrin c/ France, préc., § 60.

¹⁹⁵ Cf. par exemple la classification d'apparence très simple établie par MM. Ergéc et Velu, mais qui en réalité se révèle très complexe par la multiplication des exceptions à la règle générale et par l'impossibilité de systématiser une jurisprudence casuistique à l'excès (*op. cit.*, p. 379 et s., n° 424 et s.).

¹⁹⁶ Par exemple, M. Sudre reprochait au critère « patrimonial » de la matière civile de n'être pas « suffisamment rigoureux pour éviter les solutions approximatives » ; ainsi, en matière de fonction publique (*op. cit.*, p. 325, n° 206).

¹⁹⁷ CEDH 8 décembre 1999 requête n° 28541/95 Pellegrin c/ France, précité. Après avoir dressé l'état de la jurisprudence actuelle (§ 59), ses limites et ses conséquences (§§ 60-63), la Cour a défini un « nouveau critère applicable ».

l'article 6 § 1 puisque la Cour entend faire prévaloir un critère fonctionnel »¹⁹⁸. En effet, dans la mesure où ces agents détiennent une parcelle de la souveraineté¹⁹⁹, l'État a un intérêt légitime à exiger d'eux « *un lien spécial de confiance et de loyauté* »²⁰⁰. Le fondement de l'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention se trouve dans cette caractéristique. En revanche, dès lors que cette dernière n'est pas ou plus vérifiée, les garanties du procès équitable ont vocation à régir les litiges s'élevant entre les agents publics et l'administration. C'est la raison pour laquelle, en particulier, tous les litiges en matière de pension sont soumis à l'article 6, le lien de loyauté ayant cessé d'exister le jour où l'agent a été admis à la retraite²⁰¹.

37. La nouvelle orientation attire toujours les critiques²⁰² dont certaines apparaissent très acerbes²⁰³. Elle vaut certes, tant pour les litiges purement internes que pour ceux affectés d'un élément d'extranéité, mais, lorsque la Cour est saisie de conflits relatifs à la fonction publique internationale ou étrangère²⁰⁴, elle semble profiter de la complication internationale de l'affaire pour imprimer à son appréciation une certaine souplesse.

38. La Commission EDH s'est tout d'abord prononcée sur ce point, sous l'empire de la jurisprudence antérieure fondée sur la patrimonialité du litige, dans son rapport relatif à l'affaire *Waite et Kennedy*²⁰⁵. L'employeur des deux requérants, citoyens britanniques résidant en Allemagne, les avait mis à disposition d'une organisation internationale, l'Agence Spatiale Européenne (ASE), pour travailler à Darmstadt (Allemagne). À la suite de la résiliation de leur contrat, ils saisirent les juridictions allemandes du travail en faisant valoir qu'en vertu de la loi allemande sur le prêt de main d'œuvre cet événement n'affectait en rien

¹⁹⁸ *Ibid.*, § 67.

¹⁹⁹ *Ibid.*, § 65.

²⁰⁰ *Ibid.*, § 65.

²⁰¹ *Ibid.*, § 67.

²⁰² Si M. Renucci regrette le caractère restrictif du nouveau critère (*Dalloz* 2000 som. com. p. 181), M. Sudre estime pour sa part que son aptitude à supprimer les incertitudes en la matière est fort improbable (*JCP* 2000.I.203 n° 5). Pour M. Tavernier, l'idéal consisterait à supprimer purement et simplement de l'article 6 les mots « de caractère civil » (*Clunet* 2000 p. 141).

²⁰³ Cf. notamment, M. Haïm (*loc. cit.*, p. 2990 et s.) qui soutient que « *la Cour fait application d'une jurisprudence inadaptée comme sortie de son contexte à un dossier qui ne le permet pas pour arriver à une solution contraire au principe qu'elle pose !* » (p. 2992).

²⁰⁴ C'est-à-dire lorsque l'administration employeur est un État, Partie ou tiers à la Convention, autre que celui devant lequel la contestation est portée. Dans ces circonstances, la Cour a d'ailleurs précisé que l'individu relève de la seule juridiction de ce dernier État à l'exclusion de celle de l'État avec lequel il est en litige (cf. *mutatis mutandis* CEDH 9 février 2000 requête n° 31253/96 *McElhinney c/ Irlande* et CEDH 3 mars 2005 requête n° 60861/00 *Manoilescu et Dobrescu c/ Roumanie et Russie*).

²⁰⁵ Commission 2 décembre 1997 requête n° 26083/94 *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, préc. ; cf. également Commission 2 décembre 1997 requête n° 28934/95 *Beer et Regan c/ Allemagne* (solution identique).

la relation qui s'était établie entre eux et l'ASE puisqu'ils en étaient devenus des agents. Pour déterminer si leur prétention formulée à l'encontre de l'ASE portait bien sur des « droits et obligations de caractère civil », la Commission EDH s'est, d'emblée, placée sous l'angle des règles gouvernant cette notion, sans adaptation ou nuance. Cette perspective se justifie en raison de la similitude des caractéristiques du droit de la fonction publique internationale et interne²⁰⁶. La Cour a adopté une position identique, dans un premier temps implicitement²⁰⁷, puis explicitement en application de la jurisprudence *Pellegrin*, dans une affaire *Fogarty*²⁰⁸. En l'espèce, la requérante, citoyenne irlandaise, occupait un poste administratif au sein de l'ambassade des États-Unis à Londres. Elle fut licenciée, mais présenta à nouveau sa candidature pour d'autres emplois à pourvoir dans la même ambassade. Selon la requérante, des motifs discriminatoires, au sens de la loi britannique sur la victimisation et la discrimination sexuelle, soutenaient les refus que l'ambassade lui opposa. Sans aucun élément de précision, la Cour a alors fait une référence à la jurisprudence *Pellegrin*²⁰⁹.

Une telle solution ne saurait surprendre dans la mesure où la notion en cause procède de l'autonomie des termes de la Convention. Par ce biais, elle devient un instrument d'analyse qui permet à la Cour de saisir la réalité des situations qui se présentent à elle derrière l'apparence des qualifications juridiques nationales. Seules importent les caractéristiques matérielles du litige. Son internationalité est indifférente puisqu'elle ne modifie pas l'objet de la relation examinée à Strasbourg.

39. Ainsi, l'internationalité du litige incite la Cour à adopter des raisonnements qui diffèrent de manière substantielle de ceux élaborés dans les ordres juridiques internes, ce dont atteste par exemple l'immunité de juridiction, problème de compétence là, de pouvoir juridictionnel ici. L'effet de l'élément d'extranéité se trouve de la sorte neutralisé, accroissant par-là même l'empire de la CEDH sur des situations qui *a priori* en étaient exclues. De même, la souplesse des formules utilisées par les juges strasbourgeois permet de tenir compte du phénomène des frontières alors même que l'hypothèse n'avait pas été envisagée. À chaque fois, la technique tend à minorer l'internationalité de la situation afin de promouvoir l'applicabilité de la

²⁰⁶ Commission 2 décembre 1997 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne, § 60 et Commission 2 décembre 1997 requête n° 28934/95 Beer et Regan c/ Allemagne, § 46 : « (...) *similar public law features of the international civil service* (...) ».

²⁰⁷ CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne, § 49 (*Clunet* 2000 p. 102 obs. P. Tavernier) ; CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 Beer et Regan c/ Allemagne, § 39 (*Clunet* 2000 p. 102 obs. P. Tavernier).

²⁰⁸ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, précité.

²⁰⁹ *Ibid.*, § 28.

Convention. Le rapport n'est cependant pas à sens unique, car l'obtention d'un résultat similaire repose parfois sur une logique inversée consistant à s'appuyer sur les particularités générées par la complication internationale pour écarter les restrictions traditionnelles opposées au droit d'accès au juge.

2 Le contournement des limites classiques par l'internationalité du litige

40. Le droit d'accès au juge ne concerne pas tous les procès, mais seulement ceux dont l'enjeu porte sur la détermination d'un droit de caractère civil²¹⁰, et, à cet égard, l'internationalité de la situation ne constitue en rien un obstacle à la mise en œuvre des éléments d'appréciation de la notion de caractère civil définis par les organes de la Convention pour des situations purement internes. Il serait cependant inexact d'en conclure qu'elle demeure sans incidence, donc que les limites du droit d'accès valent de manière identique dans les deux hypothèses. La configuration originale des situations dans lesquelles elle se manifeste conduit au contraire à un accroissement du domaine des garanties du procès équitable et en conséquence du droit d'accès au juge. Les techniques du droit international privé permettent alors de contourner les restrictions classiques à la CEDH.

41. C'est ainsi que dans l'affaire *Waite et Kennedy*, la Commission EDH a estimé que la contestation portait sur des « droits et obligations de caractère civil » dans la mesure où elle ne posait aucune question ayant trait au recrutement ou à la carrière des requérants au sein de l'Agence Spatiale Européenne. L'assertion paraît de prime abord singulière puisque les requérants soutenaient précisément que l'ASE les avait recrutés et souhaitaient donc bénéficier du statut d'agent de l'ASE. Seulement, la Commission EDH a insisté sur le fait que le droit à l'emploi revendiqué trouvait sa base légale, non dans les dispositions adoptées par l'ASE relatives à son personnel, mais dans la loi allemande sur le prêt de main d'œuvre. Dès lors, en vertu de cette dernière, la situation de l'ASE apparaissait très proche de celle d'une personne privée à qui des services avaient été rendus par des employés sur ordre d'une autre personne privée²¹¹. L'extension des garanties du droit au procès équitable tient ici à

²¹⁰ Sans omettre naturellement la matière pénale, mais l'hypothèse n'intéresse pas les relations privées internationales.

²¹¹ Cf. Commission 2 décembre 1997 requête n° 26083/94 *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, § 60 et Commission 2 décembre 1997 requête n° 28934/95 *Beer et Regan c/ Allemagne*, § 46 : « *However, notwithstanding similar public law features of the international civil service, the present case does not concern a question of recruitment and employment by the European Space Agency on the basis of its Staff Regulations. Rather, the applicants asserted a right to employment on the basis of the German Provision of Labour Act. In this situation, the*

l'internationalité du litige. La considération du droit dont l'application était sollicitée par les requérants a suffi à la Commission EDH pour proposer une analyse particulière de la situation. Certes, d'une manière générale, le droit de la fonction publique internationale ressemble au droit de la fonction publique interne, cette similitude justifiant par ailleurs la mise en œuvre de règles générales identiques²¹². Toutefois, la complexité des rapports affectés d'un élément d'extranéité offre des configurations telles qu'un conflit opposant des agents à leur administration n'échappe pas à l'article 6 de la CEDH. Dès lors qu'il ne repose pas sur les dispositions pertinentes de l'administration en cause, mais sur des dispositions de droit privé, sa nature évolue sensiblement au point d'acquérir un caractère civil au sens de la Convention, indépendamment d'une référence à la nature patrimoniale de la contestation.

42. Cependant, parce qu'elle tend à établir une discrimination entre les agents de l'administration selon leur appartenance à la fonction publique interne ou internationale et selon la nature privée ou publique des dispositions applicables, une telle conception est désormais révolue. Tant les justifications que la teneur de la jurisprudence *Pellegrin* conduisent à cette conclusion.

D'une part, manifestant le souci d'éviter un traitement inégal, la Cour a jugé sans pertinence les données telles que le statut de l'agent, titulaire ou contractuel, ou la nature du droit régissant les relations entre l'agent et l'administration²¹³.

D'autre part, il résulte du caractère fonctionnel du critère dégagé par la Cour que seules importent, matériellement, les fonctions et les responsabilités exercées par l'agent en cause²¹⁴. La dimension européenne de la « fonction publique » confère à ce terme une unité conceptuelle propre à exclure toute nuance tenant à l'internationalité de la situation. La Cour a d'ailleurs emprunté cette voie dans l'affaire *Fogarty* où la requérante postulait à divers emplois administratifs au sein de l'ambassade des États-Unis à Londres. Après un rappel de la jurisprudence *Pellegrin*, la Cour se demande si l'affaire de la requérante entre dans la catégorie des affaires relatives à un emploi « *caractéristique des activités spécifiques de*

European Space Agency may be compared with any other private person to whom services were rendered by employee on the order of another private employer, within the meaning of the German Provision of Labour Act. In these circumstances, the Commission finds that the action brought by the applicants before the German labour courts concerned their civil rights within the meaning of Article 6 § 1. The applicability of Article 6 § 1 to the present case is indeed not disputed by the respondent government ».

²¹² Cf. *supra* n° 38 et s..

²¹³ CEDH 8 décembre 1999 requête n° 28541/95 Pellegrin c/ France, § 62 (considérations qui font certainement écho au paragraphe 94 de la jurisprudence *Ringeisen*, CEDH 16 juillet 1971 requête n° 2614/65 Ringeisen c/ Autriche).

²¹⁴ CEDH 8 décembre 1999 requête n° 28541/95 Pellegrin c/ France, § 69.

l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État »²¹⁵. Le gouvernement défendeur soutenait que tel était le cas, « *car les questions de l'emploi des membres des missions diplomatiques sont au cœur même de la puissance souveraine* »²¹⁶. La requérante faisait valoir, au contraire, qu'il s'agissait de « *postes à caractère strictement administratif ou sécrétarial* » qui ne « *lui auraient jamais demandé ou permis d'exercer une parcelle de la puissance souveraine de l'État* »²¹⁷. En d'autres termes, la Cour devait-elle donner une qualification unitaire des fonctions assumées par une mission diplomatique ou procéder à une appréciation au cas par cas des fonctions et responsabilités exercées par les agents d'une mission diplomatique ? Eu égard aux motifs de la jurisprudence *Pellegrin*, il semblerait que la seconde perspective s'impose. Si la Cour précise que les forces armées et la police constituent des exemples manifestes des activités spécifiques de l'administration publique, elle souligne néanmoins qu'« *en pratique, la Cour, examinera, dans chaque cas, si l'emploi du requérant implique (compte tenu de la nature des fonctions et des responsabilités qu'il comporte) une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques* »²¹⁸. Or, les emplois en cause²¹⁹, secrétaire auprès de l'Office of Foreign Litigation du département de la Justice américain, secrétaire temporaire auprès de ce bureau, et secrétaire temporaire auprès de l'International Marketing Centre, qui relève du Foreign Commercial Service américain, semblent étrangers aux activités concernées²²⁰. Pourtant, un doute est permis, car l'applicabilité de l'article 6 est admise sans que la Cour tranche cette question qui appelait logiquement et nécessairement une réponse²²¹. De deux choses l'une : ou l'article 6 est applicable et dans ce cas pourquoi ne pas l'indiquer clairement, ou la requête est irrecevable, mais alors pourquoi la Cour décide-t-elle d'examiner au fond la prétention, même pour

²¹⁵ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, § 28.

²¹⁶ *Ibid.*, § 22.

²¹⁷ *Ibid.*, § 22.

²¹⁸ CEDH 8 décembre 1999 requête n° 28541/95 Pellegrin c/ France, § 66.

²¹⁹ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, § 11.

²²⁰ Cf. l'opinion dissidente du Juge Loucaides.

²²¹ « *Toutefois, pour les raisons indiquées aux paragraphes suivants, la Cour n'estime pas devoir trancher cette question et poursuivra l'examen de l'affaire en partant de l'hypothèse que l'article 6 est applicable* » ! (CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, § 28). Même si elle souligne l'importance de la réponse donnée sur le fond, cette démarche, fort contestable et relativement fréquente dans la jurisprudence de la Cour, qui consiste à « *admettre l'applicabilité d'un article de la Convention sans dire expressément qu'il est applicable tout en tirant les conséquences logiquement attachées à l'applicabilité* » (J. MOULY, J.-P. MARGUÉNAUD, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *Dalloz* 2005 p. 37) est qualifiée par MM. Mouly et Marguénaud de « *jésuitique* » (*ibid.*, p. 37).

aboutir à un constat de non-violation ? L'alternative laisse perplexe²²², mais peut être éclairée selon deux points de vue. D'un côté, la Cour a peut-être souhaité ne pas entrer dans de subtiles distinctions²²³ pour s'attacher davantage au fond de la requête qui mettait en cause l'immunité de juridiction des États et conférer à la solution une tonalité plus solennelle. D'ailleurs, deux autres arrêts rendus le même jour par la Grande Chambre traitaient de la même question²²⁴. D'un autre côté, et précisément parce que deux autres affaires offraient à la Cour l'occasion de se prononcer sur ce problème, il est à craindre qu'elle ait estimé que l'article 6 était inapplicable. Ceci signifierait qu'au-delà de l'examen *in concreto* prôné par la Cour dans l'affaire *Pellegrin*, certaines fonctions seraient présumées participer, ne serait-ce qu'indirectement, à l'exercice de la puissance publique en raison du corps dans lequel elles s'exercent, telles les fonctions au sein des missions diplomatiques. Une telle option, fondée sur l'existence d'un lien spécial de confiance et de loyauté, serait inadmissible²²⁵. Ainsi que le relève le Juge Loucaides dans son opinion dissidente, « *il s'agit en réalité d'une exigence si générale pour pratiquement tous les types d'emploi que l'on ne saurait y voir un trait déterminant de l'exercice de la puissance publique* ». En outre, seule une appréciation au cas par cas permettrait aux juges strasbourgeois de saisir de manière satisfaisante la diversité des situations se présentant à eux et en particulier celles affectées d'un élément d'extranéité, pour lesquelles le droit d'accès au juge apparaît capital afin d'assurer leur traitement harmonieux.

43. Une nouvelle fois, la Convention ne saurait produire, en dehors de son domaine matériel, une influence sur le droit international privé. Néanmoins, l'autonomie de ses termes s'oppose à ce que le ou les éléments internationaux aient pour effet de soustraire à son empire les litiges dans lesquels ils se présentent. En conséquence de sa jurisprudence volontariste étendant l'emprise de la CEDH en dépit de et grâce à l'internationalité du rapport, la Cour crée les conditions favorables à l'amélioration de l'accès international à la justice.

²²² H. TIGROUDJA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les immunités juridictionnelles des États. Observations sous les arrêts *McElhinney*, *Fogarty* et *Al-Adsani* du 21 novembre 2001 », *RDBI* 2001 p. 536.

²²³ Cf. les obs. de O. DE F. au *Clunet* 2002 p. 275.

²²⁴ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, préc. ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 *Mac Elhinney c/ Irlande*, précité.

²²⁵ Voir néanmoins, M. J.-F. Flauss qui estime (*RTDH* 2003 p. 159) que le choix du personnel local d'une mission diplomatique relève du droit pour tout État de mener librement sa politique étrangère.

B Le contrôle des obstacles à l'accès international à la justice

44. Le droit d'accès au juge, entendu dans son acception restrictive, semble se concilier parfaitement avec les impératifs d'un traitement harmonieux des relations privées internationales. Il apparaît évident, en effet, qu'aucun État ne pourrait et ne saurait s'ériger en juge de tous les litiges de droit privé appelant une intervention judiciaire sans égard pour leur localisation. À l'étouffement de l'appareil judiciaire étatique s'adjoindrait le manque d'effectivité des décisions rendues dans la mesure où tous les commandements juridiques ne valent que relativement à l'ordre juridique d'où ils émanent. En toute hypothèse, seule l'intervention de l'État sur le territoire duquel une décision doit recevoir exécution a vocation à lui conférer une réelle effectivité. C'est ainsi que les règles de compétence internationale adoptées par les États ont pour objet de limiter l'exercice par leurs tribunaux de leur pouvoir juridictionnel²²⁶. Si les individus ont alors accès aux juridictions étatiques, rien n'assure qu'elles affirmeront leur compétence pour connaître de l'affaire à elles soumise. Or, au sens strict, le droit d'accès n'exige pas davantage.

45. Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en effet, le droit d'accès, élément du « *droit au tribunal* »²²⁷ consacré par l'article 6 de la Convention, se définit comme le « *droit de saisir le tribunal en matière civile* »²²⁸. En d'autres termes, l'individu bénéficie, au titre de cette garantie, de la liberté générale de soumettre à un juge une prétention. Il dispose ainsi de la faculté de mettre en œuvre l'appareil judiciaire d'un État. Du point de vue du droit international privé français, il n'existe aujourd'hui plus aucune restriction au droit d'accès aux tribunaux au sens strict depuis la suppression de la règle de l'incompétence des juridictions françaises dans les litiges entre étrangers²²⁹ et de la caution *judicatum solvi*²³⁰. Désormais, toute personne impliquée dans une relation privée internationale a la faculté de mettre en œuvre la machine judiciaire. Et, dans la mesure où cet

²²⁶ « (...) si, d'après la définition traditionnelle, la compétence est l'aptitude d'un tribunal à connaître d'un procès, le terme vise, dans une acception plus nuancée, la mesure dans laquelle ce tribunal peut exercer son pouvoir de juridiction » (H. MOTULSKY, *Études et notes de droit international privé*, Dalloz 1978, p. 306).

²²⁷ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 Golder c/ Royaume-Uni, § 36.

²²⁸ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 Golder c/ Royaume-Uni, § 36 ; CEDH 6 avril 2000 requête n° 27644/95 Athanassoglou et autres c/ Suisse, § 43 ; CEDH 12 juillet 2001 requête n° 42527/98 Prince Hans-Adam II de Lichtenstein c/ Allemagne, § 43.

²²⁹ Civ. 21 juin 1948 Patino *JCP* 1948.II.4422 note P. Lerebours-Pigeonnière, *Sirey* 1949.I.121 note J.-P. Niboyet, *RCDIP* 1949 p. 557 note P. Francescakis. Sur cette question, cf. H. MOTULSKY, *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 95. ; R. PERROT, *Cours de droit judiciaire privé. Fascicule I. Notions fondamentales, compétence, procédure*, 1977, p. 74.

²³⁰ Cf. H. MOTULSKY, *Études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978, p. 307 ; R. PERROT, *op. cit.*, 1977, p. 75.

accès constitue la première étape du procès, logiquement antérieure à la compétence²³¹, une déclaration d'incompétence fondée sur une règle de compétence internationale n'affecte en rien le droit d'accès, les deux éléments ne se situant pas sur le même plan, mais s'enchaînant chronologiquement²³². Par ailleurs, bien que les questions de l'accès au juge et du pouvoir juridictionnel constituent « *les deux faces d'un même phénomène* »²³³, ce raisonnement vaut également pour l'immunité de juridiction puisque la Cour européenne des droits de l'homme y voit un problème de compétence internationale et non de pouvoir juridictionnel²³⁴.

46. Par conséquent, il apparaît que le droit d'accès, au sens strict, ne présente aucun risque de bouleversement de la compétence internationale. Il convient, au contraire, de souligner la parfaite concordance du droit interne et du droit européen des droits de l'homme, car ainsi que l'affirme la Cour, l'accès à un tribunal n'est en aucune façon entravé dès lors qu'il est permis au justiciable de présenter devant lui ses arguments et d'exercer contre les décisions rendues tous les recours qu'il estime utiles²³⁵. Or, juridiquement, le droit interne n'a pas pour effet de restreindre l'accès aux tribunaux des individus en raison de leur seule qualité d'étranger. Cependant, le respect du droit d'accès ne s'épuise pas dans l'examen des normes étatiques. L'exigence d'effectivité conduit en effet la Cour à considérer qu'« *un obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique* »²³⁶, obstacle qui sera pris en compte à la seule condition que l'individu ait exprimé une « *intention manifeste* »²³⁷ de saisir les tribunaux étatiques. Les circonstances concrètes de chaque espèce peuvent donc amener la Cour à constater une violation du droit d'accès si l'État reste inactif. Au titre de la Convention, ce dernier est ainsi assujéti à une double obligation. Non seulement il ne doit pas entraver l'accès à ses tribunaux, mais encore, il doit tout mettre en œuvre afin que cet accès se

²³¹ C'est ainsi, par exemple, que l'article 168 du Code de procédure civile exigeait du défendeur qu'il soulevât l'exception de caution en tout premier lieu, avant même l'exception d'incompétence.

²³² Cf. H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 306.

²³³ Du point de vue de Motulsky, il convient de faire le parallèle entre « *la faculté pour une personne de saisir les tribunaux et la faculté pour les tribunaux de traiter une personne comme ressortissant à leur pouvoir : celle-là est l'accès à la justice, celle-ci se trouve en défaut en présence d'une immunité de juridiction* ». Techniquement ces deux éléments sont les faces d'un même phénomène : « *l'étendue personnelle du pouvoir de juridiction* » (*op. cit.*, p. 307).

²³⁴ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 Al-Adsani c/ Royaume-Uni, préc., § 48 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, préc., § 26 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande, préc., § 25.

²³⁵ CEDH 16 septembre 1996 requête n° 15777/89 Matos E Silva, Lda., et autres c/ Portugal, § 64.

²³⁶ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 Golder c/ Royaume-Uni, préc., § 26 ; CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 Airey c/ Irlande, préc., § 25.

²³⁷ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 Golder c/ Royaume-Uni, préc., § 26.

réalise²³⁸. La nature de l'obligation de respecter les dispositions de la Convention s'analyse donc comme une obligation de résultat. Certes, les entraves conjoncturelles à l'accès à la justice ne sont pas l'apanage des relations privées internationales. Par ailleurs, il est peut-être plus aisé pour une multinationale clermontoise de saisir la justice brésilienne que pour un petit artisan creusois de se présenter devant le tribunal de commerce du Havre. Néanmoins, au-delà de ces cas particuliers, il n'est guère douteux que les difficultés concrètes d'accéder à la justice soient singulièrement accusées dans les litiges affectés d'un élément d'extranéité. L'éloignement et le coût des déplacements, la barrière de la langue, la difficulté de trouver un représentant ou encore les frais qu'engendre tout procès sont susceptibles de contribuer à l'absence d'effectivité de l'accès à la justice. À cet égard, chaque cas présente ses spécificités et il appartient à chaque État d'agir en conséquence afin de permettre un accès à ses tribunaux. Si l'extrême diversité des situations empêche de dresser la liste des entraves liées aux circonstances et des remèdes qu'il convient de leur apporter²³⁹, les États Parties ne sauraient cependant puiser dans les éléments inhérents aux relations privées internationales un argument pertinent justifiant leur inaction²⁴⁰.

47. Ainsi, au devoir de s'abstenir d'ériger des barrières juridiques à la mise en œuvre de son appareil judiciaire se joint celui de faire tomber les obstacles de fait. Les obligations qui

²³⁸ CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 Airey c/ Irlande, préc., § 25. D'une manière générale, sur la théorie des obligations positives, cf. J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. 36 et s. ; F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995 p. 363 ; D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, 1998, p. 133.

²³⁹ Le caractère vain de toute systématisation est avéré puisque le remède apporté dans telle situation sera peut-être jugé insuffisant dans une situation analogue, mais non identique en tout point. La Cour a d'ailleurs précisé que « l'article 6 § 1, s'il garantit aux plaideurs un droit effectif d'accès aux tribunaux pour les décisions relatives à leurs "droits et obligations de caractère civil", laisse à l'État le choix des moyens à employer à cette fin » (CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 Airey c/ Irlande, préc., § 26 ; voir également CEDH 15 février 2005 requête n° 68416/01 Steel et Morris c/ Royaume-Uni *JCP* 2005.I.159 obs. F. Sudre, § 60). C'est ainsi que dans l'affaire Airey, un accès effectif à la High Court pour obtenir une décision de séparation de corps impliquait soit l'octroi d'une aide judiciaire, soit la simplification de la procédure permettant ainsi aux individus de se présenter eux-même devant cette juridiction (possibilité qui existait déjà, mais dont la Cour a relevé l'inopportunité en l'espèce (§ 24), tout en précisant que, dans d'autres circonstances, elle pourrait être jugée conforme au droit d'accès effectif aux tribunaux). Cependant, et « quoi qu'il en soit, il n'appartient pas à la Cour de dicter les mesures à prendre, ni même de les indiquer ; la Convention se borne à exiger que l'individu jouisse de son droit effectif d'accès à la justice selon des modalités non contraires à l'article 6 § 1 » (§ 26).

²⁴⁰ Ainsi, un État ne saurait arguer du fait que le recours utilisé par le requérant n'est pas le mieux adapté à sa situation, par exemple au motif que l'exécution de la décision qui serait rendue devra s'effectuer à l'étranger. Le choix d'une voie de droit ne dépend que de l'individu et dès lors que l'ordre juridique interne offre un recours, celui-ci doit bénéficier à tous (CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 Airey c/ Irlande, préc., § 23). De même, l'État doit veiller à ce que le plaideur puisse utilement défendre sa cause, ce qui est susceptible d'impliquer une comparution en personne ou l'assistance d'un avocat (*Ibid.*, § 24). L'État ne saurait non plus invoquer le caractère temporaire de l'obstacle en cause (CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 Golder c/ Royaume-Uni, § 26).

incombent alors à l'État renvoient respectivement aux problèmes de la caution *judicatum solvi* et de l'assistance judiciaire. Si, dans leur dimension internationale, les instances strasbourgeoises n'ont jamais eu à les connaître, en revanche elles leur ont apporté des réponses dans leur dimension interne. Les arrêts rendus à ces occasions permettent de cerner ce que serait la position de la Cour face à l'élément d'extranéité. Afin d'évaluer leur compatibilité à la Convention, la Cour a en effet mobilisé des critères objectifs qui autorisent leur transposition aux questions du même ordre affectées d'un élément d'extranéité. La prise en compte de leur spécificité éventuelle, tant dans les affaires relatives à la caution judiciaire (1) que dans celles ayant trait à l'assistance judiciaire (2), postule donc leur expression au sein d'un critère objectif.

1 Le contrôle de la caution *judicatum solvi*

48. Il n'est pas rare que, dans les litiges privés internationaux, le demandeur soit tenu de verser une certaine somme d'argent. Pareille obligation correspond à une protection du défendeur contre les recours abusifs et contre l'impossibilité de récupérer les frais et dépens si la partie adverse venait à succomber dans la cause qu'elle a introduite. Ce mécanisme, dont l'ancien article 16 du Code civil²⁴¹ posait le principe, permettait alors au défendeur français, en soulevant l'exception de caution *judicatum solvi*, de réclamer au demandeur étranger la constitution d'une caution afin de garantir les frais et les dommages et intérêts auxquels ce dernier aurait pu être condamné²⁴². À défaut du versement de la caution, l'instance était suspendue et l'étranger demandeur était privé de son droit d'accès aux tribunaux.

49. Le droit d'accès au tribunal n'est cependant pas absolu, et parmi les restrictions légitimes auxquelles l'État peut le soumettre, la Cour de Strasbourg vise « *les ordonnances prescrivant le versement d'une caution judicatum solvi* »²⁴³. En soi, elles ne sauraient donc être

²⁴¹ La caution *judicatum solvi* a été abrogée par la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975. Sa suppression vaut également pour l'ensemble des États Parties à la Convention tendant à faciliter l'accès international à la justice conclue le 25 octobre 1980 (article 14) et entrée en vigueur en France le 1^{er} mai 1988. En contrepartie, « *les condamnations aux frais et dépens du procès, prononcées dans l'un des États contractants contre toute personne dispensée de caution, (...), seront, à la demande du créancier, rendues gratuitement exécutoires dans tout autre État contractant* » (article 15).

²⁴² H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé, Tome II*, LGDJ, 7^{ème} édition, 1983, p. 529, n° 598 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 916, n° 702 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 355, n° 494.

²⁴³ CEDH 13 juillet 1995 requête n° 18139/91 Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni, § 61 (*Clunet* 1996 p. 228 obs. E. Decaux, *Justices* 1996 p. 232 obs. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss) ; CEDH 10 mai 2001 requête

automatiquement jugées incompatibles avec la Convention²⁴⁴. Néanmoins, encore faut-il que la limitation du droit d'accès qu'elles induisent réponde à la condition de nécessité, c'est-à-dire qu'elles n'atteignent pas le droit dans sa substance même et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. La Cour a précisé les éléments pertinents d'évaluation dans son arrêt *Tolstoy Miloslavsky*²⁴⁵. Ils sont au nombre de quatre : le stade de la procédure, la somme demandée, le délai pour la consigner et le système qui conduit au prononcé d'une ordonnance exigeant le versement de la caution.

Le premier s'inscrit dans la jurisprudence classique de la Cour relative aux difficultés soulevées au titre du droit au procès équitable. Selon l'expression consacrée, elle opère un examen *in globo*²⁴⁶. En d'autres termes, la violation alléguée d'une garantie contenue dans l'article 6 de la Convention requiert de replacer le prétendu manquement dans une perspective globale qui tienne compte de l'ensemble de la procédure. La Cour ne cantonne pas son contrôle au déroulement de la procédure devant une seule juridiction interne si plusieurs, à différents degrés, ont eu à connaître de la même affaire. Elle procède alors à une extension de son contrôle²⁴⁷. De la sorte, bien que la caution soit imposée devant une juridiction de recours, la procédure de première instance demeure un référent utile qui pèse très lourdement lorsque la Cour met en balance la protection de l'intérêt général et la sauvegarde des droits des individus²⁴⁸.

n° 29392/95 Z. et autres c/ Royaume-Uni, § 93 ; CEDH 10 mai 2001 requête n° 28945/95 T. P. et K. M. c/ Royaume-Uni, § 98.

²⁴⁴ CEDH 19 juin 2001 requête n° 28249/95 Kreuz c/ Pologne, § 60 (*JCP* 2001.I.342 obs. F. Sudre, *JCP* 2001.I.291 obs. F. Sudre) : « *The Court accordingly holds that the requirement to pay fees to civil courts in connection with claims they are asked to determine cannot be regarded as a restriction on the right of access to a court that is incompatible per se with article 6 § 1 of the Convention* » (« *La Cour a donc déjà jugé que l'exigence de payer devant les juridictions civiles les frais en rapport avec les demandes qu'elles sont appelées à trancher ne saurait être regardée comme une restriction au droit d'accès au tribunal incompatible en elle-même avec l'article 6 § 1 de la Convention* »).

²⁴⁵ CEDH 13 juillet 1995 requête n° 18139/91 Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni, précité. Il s'agit, à l'heure actuelle et à notre connaissance, du seul arrêt relatif au problème de la caution *judicatum solvi*. Une jurisprudence plus riche s'est développée sur un problème voisin, celui du coût des procédures. Néanmoins, les deux problèmes visent des buts propres. Certes, la recherche d'une bonne administration de la justice est commun à chacun d'eux, mais l'essentiel dans le mécanisme de la caution réside dans l'intérêt du défendeur. Et, si les principes de solution et les difficultés soulevées sont comparables, les critères d'évaluation, quoique proches, sont différents. Cette distinction rend certains rapprochements hasardeux, en particulier quant à l'appréciation de la somme que le demandeur est tenu de consigner.

²⁴⁶ J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, « Article 6 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 265.

²⁴⁷ CEDH 13 juillet 1995 requête n° 18139/91 Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni, préc. : « *Il faut prendre en compte l'ensemble du procès qui s'est déroulé dans l'ordre juridique interne et le rôle qu'y a joué la juridiction de recours* » (§ 59).

²⁴⁸ Après avoir rappelé que l'affaire avait été examinée en première instance par une juridiction à laquelle le requérant avait eu pleinement accès et selon une procédure conforme à l'équité au sens de l'article 6 de la Convention, la Cour affirme attacher « *un grand poids aux considérations ci-dessus pour apprécier la compatibilité avec l'article 6 des restrictions à l'accès du requérant à la cour d'appel. En effet, ainsi qu'il a été*

L'appréciation du second élément suit la logique de l'institution de la caution *judicatum solvi*. Puisqu'elle est exigée dans l'intérêt du défendeur afin que celui-ci ne se retrouve pas dans l'impossibilité de récupérer, auprès du demandeur, les frais exposés lors de l'instance si ce dernier venait à succomber, l'évaluation de son montant dépend de ces frais et non des ressources du demandeur. Au demeurant, la Cour témoigne d'une retenue judiciaire puisqu'elle se contente d'une estimation non déraisonnable²⁴⁹.

En outre, l'absence de considération pour les facultés du demandeur persiste quant au délai dans lequel il doit consigner la somme. Si le temps qui lui est imparti pour réunir les fonds apparaît bref, il est critiquable uniquement si son allongement lui aurait permis de faire face à son engagement²⁵⁰. Dès lors, tant l'appréciation du montant de la caution que l'appréciation du délai pour la fournir nourrissent l'impression d'une indifférence de la Cour pour le sort du demandeur. Derrière cette apparence elle veille cependant à la réalité de l'équilibre entre les intérêts contradictoires du demandeur et du défendeur. L'examen global de l'affaire de même que le souci de préserver le demandeur de l'arbitraire l'attestent.

À cet égard, la meilleure protection réside dans l'institution de garanties de nature procédurale. Ainsi, dans l'affaire *Tolstoy Miloslavsky*, l'obligation de fournir la caution ne revêt aucun caractère automatique. Certes, l'indigence du demandeur autorise à le soumettre au versement d'une caution, mais dès lors que son recours présente des chances raisonnables de succès, il convient de l'en dispenser²⁵¹. Le système sera d'autant plus admissible que la

indiqué plus haut, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble de la procédure » (CEDH 13 juillet 1995 requête n° 18139/91 *Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni*, préc., § 63).

²⁴⁹ Qui plus est, la notion d'évaluation non déraisonnable semble bénéficier d'une présomption simple qu'il appartient au requérant de renverser : « *Chacun le reconnaît, la somme exigée (124900 livres) était très substantielle (...). Toutefois, rien ne permet de dire que le chiffre précité constituait une estimation déraisonnable des frais que Lord Aldington devrait exposer en appel* » (CEDH 13 juillet 1995 requête n° 18139/91 *Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni*, § 64). Au contraire, pour les affaires dans lesquelles le requérant est tenu de consigner par avance les frais de procédures la Cour accorde une place capitale aux ressources dont il dispose (cf. par exemple Commission 12 octobre 1994 requête n° 23862/94 *Promotora de Obras, Servicios E Inversiones, S.A. c/ Espagne* ; CEDH 28 octobre 1998 requête n° 22924/93 *Ait-Mouhoub c/ France*, §§ 57 et 61 (*Clunet* 1999 obs. Bachelet p. 271) ; le défaut de chances raisonnables du succès peut néanmoins venir occulter l'indigence du requérant : voir, par exemple, Commission 14 mai 1993 requêtes n° 15252/89, 15628/89, 17384/90 *N. c/ Suisse*, §§ 93-96). Ainsi, dans l'arrêt *Kreuz*, elle relève que la somme exigée équivalait au salaire annuel moyen en Pologne. Certes, le requérant était un homme d'affaires, mais les juridictions internes, sur cette seule base, ont présumé ses facultés de faire face aux frais engendrés par tout procès (CEDH 19 juin 2001 requête n° 28249/95 *Kreuz c/ Pologne*, préc., § 62). La Cour a critiqué cette démarche totalement détachée des réalités concrètes de l'espèce (*ibid.*, §§ 63-66).

²⁵⁰ « *Chacun le reconnaît, la somme exigée (124900 livres) était très substantielle et le délai (14 jours) pour l'obtenir était relativement bref. Toutefois, rien ne permet de dire que le requérant aurait été en mesure de réunir les fonds si on lui avait donné plus de temps* » (CEDH 13 juillet 1995 requête n° 18139/91 *Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni*, préc., § 64).

²⁵¹ CEDH 13 juillet 1995 requête n° 18139/91 *Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni*, préc., § 65.

question aura fait l'objet d'un examen successif s'appuyant sur « *une appréciation complète et attentive des éléments appropriés* »²⁵².

50. Une pluralité de facteurs pertinents interviennent donc dans l'évaluation de la compatibilité de la caution *judicatum solvi* avec le droit d'accès au tribunal. Le résultat de leur combinaison se prête mal à une systématisation. Toutefois, il ressort que l'absence d'arbitraire pèse considérablement dans le constat de non-violation : appréciation raisonnable des frais du défendeur, délai raisonnable s'il apparaît que le demandeur peut consigner la somme demandée et un examen raisonnable de la cause, tant sur le fond de l'affaire que sur le principe de la caution, doit avoir eu lieu. Or, dans les relations privées internationales, l'idée selon laquelle le défendeur mérite une protection contre les recours abusifs et l'impossibilité d'obtenir le remboursement des frais exposés durant la procédure prend un relief particulier. Si les intérêts du demandeur se situent dans un ou plusieurs ordres juridiques autres que celui du juge saisi, la décision rendue ne pourra donner lieu à une exécution forcée sur les biens du débiteur qu'à la condition de recevoir l'*exequatur* dans le ou les ordres juridiques pertinents. Cette circonstance paraît suffisamment forte pour orienter l'ensemble du contrôle de la Cour, notamment en influençant l'importance accordée à l'examen préalable de l'affaire au fond. L'exigence d'une caution dès la première instance ne semble donc pas, en tant que telle, impliquer une condamnation du système. À rebours, il ne serait guère étonnant que le contrôle de la Cour s'intensifie relativement aux conditions dans lesquelles le versement de la caution a été imposé. La Cour doit se convaincre qu'elles ne procèdent pas de l'arbitraire, ce qui suppose, au regard de sa jurisprudence, l'absence d'automatisme de la caution, d'une part, et un motif pertinent permettant de l'exiger, d'autre part. À ce dernier égard, le seul objectif admissible paraît résider dans la protection du défendeur. L'indigence du demandeur est donc une cause admissible au prononcé d'une caution. Seulement, dans les relations privées internationales, l'indigence peut s'analyser de manière très spécifique et se rapporter à une personne très riche si toute sa fortune relève d'un autre ordre juridique que le for. Finalement, c'est en tenant compte des chances d'exécution de la décision à l'étranger que la nécessité de la caution *judicatum solvi* s'appréciera²⁵³. En conséquence, la seule nationalité de même que

²⁵² *Ibid.*, § 66 : « De surcroît, la question de la caution fut examinée par le greffier de la cour d'appel puis par celle-ci pendant six jours. La décision de la cour d'appel s'appuyait sur une appréciation complète et attentive des éléments appropriés ».

²⁵³ L'importance de cette relation entre la caution et, le cas échéant, le futur *exequatur* de la décision déboutant le demandeur est mis en lumière par la Convention de La Haye tendant à faciliter l'accès international à la justice puisque la suppression de la caution (article 14) à l'égard de toute personne ayant leur résidence habituelle dans

la seule résidence en dehors du for ne sauraient légitimer le système. Ces éléments ne trouveront une pertinence que s'ils sont corroborés par le caractère aléatoire de l'*exequatur* qu'une éventuelle décision de condamnation aux frais et dépens appellerait le cas échéant. Leur évaluation relèverait en premier lieu des autorités nationales, la Cour témoignant d'une certaine retenue en n'exigeant qu'une absence d'arbitraire. Les aléas de l'*exequatur* ne peuvent guère conduire à un contrôle très serré, car il est impossible de déterminer ce que sera, avec certitude, l'attitude du juge étranger à qui la décision de condamnation aux frais et dépens sera soumise. L'essentiel, pour reprendre les termes de l'arrêt *Tolstoy Miloslavsky*, consiste, pour la juridiction qui ordonne la caution, à s'appuyer sur une appréciation complète et attentive des éléments appropriés. Simplement, dans les relations privées internationales, les chances d'*exequatur* comptent parmi ces « éléments appropriés ». Ainsi, seules des considérations très fortes et amplement motivées peuvent conduire à tenir pour improbables les chances d'*exequatur* de la décision condamnant aux frais et dépens si les ordres juridiques pertinents forment un espace où la libre circulation des décisions justice est favorisée. Le règlement communautaire du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui reprend la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, constitue un exemple d'un tel système. Or, aux termes de son article 32 (article 25 de la Convention) « on entend par décision (...) toute décision rendue par une juridiction d'un État contractant (...) ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès ». Ainsi, lorsque la cause introduite par le demandeur relève du domaine du règlement, la décision le condamnant aux frais et dépens bénéficie du régime libéral de reconnaissance institué entre les États membres de l'Union européenne. Il est raisonnable de croire à son efficacité. À l'inverse, il serait déraisonnable de ne pas y croire. Imposer une caution *judicatum solvi* en se fondant sur la seule internationalité du litige apparaît dès lors douteuse au regard du droit d'accès si le demandeur ne peut y faire face. De ce point de vue, en ce qu'il stigmatise l'incompatibilité d'une caution *judicatum solvi* avec le droit d'accès au tribunal, dans la stricte mesure où le fond du recours en diffamation n'a absolument pas été abordé par les juridictions britanniques et eu égard aux chances d'*exequatur* de la décision condamnant, le cas échéant, le demandeur aux frais et dépens, l'arrêt *Pordéa* rendu le 16 mars 1999 par la Cour de cassation est tout à fait justifié²⁵⁴.

l'un quelconque des États contractants s'accompagne d'une faveur envers les décisions de condamnation aux frais et dépens : celles-ci sont rendues gratuitement exécutoires dans tout autre État contractant (article 15).

²⁵⁴ Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 *Pordéa* *Clunet* 1999 p. 773 note A. Huet, *RCDIP* 2000 p. 223, *Dalloz affaires* 1999 p. 799 obs. V. A.-R., *Gaz. Pal.* 1^{er} et 2 mars 2000 p. 37 note M.-L. Niboyet-Hoegy, *RTDC* 1999 p. 470 note R. Perrot, *RGP* 1999 p. 747 note H. Muir Watt : « l'importance des frais mis à la charge de M. Pordéa, dont la

51. Par conséquent, la Convention encadre strictement la faculté des États de limiter l'accès à leurs tribunaux et incite alors à l'abstention. De façon complémentaire, l'effectivité de l'article 6 impose parfois une action étatique.

2 Le contrôle des conditions d'octroi de l'aide judiciaire

52. De l'avis des organes de Strasbourg, le droit d'accès au tribunal, entendu au sens strict, suppose que la saisine des tribunaux en matière civile soit à la portée de tous. La possibilité offerte à l'individu de comparaître personnellement devant un tribunal pour assurer lui-même sa défense ne satisfait pas toujours aux exigences du droit d'accès. Son effectivité implique que l'individu placé dans une telle situation puisse « *présenter ses arguments de manière adéquate et suffisante* »²⁵⁵. Ainsi, les États peuvent être astreints à « *pourvoir à l'assistance d'un avocat lorsque celle-ci se révèle indispensable (...) soit parce que la loi prescrit la représentation par un avocat, soit en raison de la complexité de la cause* »²⁵⁶. La vérification de l'une ou l'autre circonstance oblige l'État à sortir de l'inaction et à instituer un système d'aide judiciaire en matière civile. Néanmoins, les deux hypothèses citées ne sont que des cas d'ouverture et non d'octroi du droit pour l'individu à bénéficier d'une aide judiciaire en matière civile au titre de la Convention. Même en leur présence, il connaît des limites qui reposent sur deux motifs.

D'une part, le droit à l'assistance gratuite d'un avocat d'office ne se trouve expressément consacré que par l'article 6 § 3 c) de la Convention relatif à la matière pénale²⁵⁷. Bien que cela

demande n'avait même pas été examinée, avait été de nature à faire objectivement obstacle à son libre accès à la justice ». Au regard de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la motivation, ou du moins sa formulation, apparaît assez maladroite. En effet, peu importe que la somme exigée soit élevée, l'essentiel est qu'elle procède d'une appréciation des frais éventuels des défendeurs. La décision *Pordéa* emporterait la conviction à tous égards s'il était établi que la caution *judicatum solvi* n'a été imposée au Royaume-Uni qu'en considération de l'élément d'extranéité affectant la situation.

²⁵⁵ CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 *Airey c/ Irlande*, préc., § 24.

²⁵⁶ CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 *Airey c/ Irlande*, préc., § 26 ; CEDH 19 septembre 2000 requête n° 40031/98 *Gnahoré c/ la France*, § 37 (*RTDH* 2001 p. 1063 note M. Puéchavy). Le contrôle entrepris par la Cour concerne également l'hypothèse où le requérant n'est pas demandeur mais défendeur au procès (CEDH 7 mai 2002 requête n° 46311/99 *Mc Vicar c/ Royaume-Uni*, § 50). Le problème soulevé par l'octroi de l'aide judiciaire se déplace alors logiquement de l'effectivité de l'accès au juge à l'équité de la procédure et au respect de l'égalité des armes (CEDH 7 mai 2002 requête n° 46311/99 *Mc Vicar c/ Royaume-Uni*, § 50 ; CEDH 15 février 2005 requête n° 68416/01 *Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, préc., § 61).

²⁵⁷ Le droit en question est alors subordonné à deux conditions cumulatives : l'impécuniosité du requérant (cf. par exemple CEDH 26 septembre 2000 requête n° 33170/96 *Biba c/ Grèce*, § 28) et les intérêts de la justice appréciés eu « *égard à l'ensemble de l'affaire* » (CEDH 28 mars 1990 requête n° 11932/86 *Granger c/ Royaume-Uni*, § 46), c'est-à-dire la gravité de l'infraction, la sévérité de la peine, la complexité de la procédure et éventuellement le fait que le requérant est un étranger ignorant tant la langue que le système juridique du pays dans lequel il est traduit en justice (CEDH 26 septembre 2000 requête n° 33170/96 *Biba c/ Grèce*, § 27 et § 29).

ne conduise pas nécessairement à retenir une interprétation restrictive de l'article 6 § 1, il s'agit d'une donnée dont il faut tenir dûment compte. En particulier, il en résulte, qu'en matière civile, aucun droit à l'assistance judiciaire ne saurait être reconnu en tant que tel. Ce n'est qu'un moyen de parvenir à l'effectivité du droit d'accès²⁵⁸.

D'autre part, s'alignant alors sur la position de la Commission EDH, la Cour a estimé qu' « à l'évidence, un système d'assistance judiciaire ne peut fonctionner sans la mise en place d'un dispositif permettant de sélectionner les affaires susceptibles d'en bénéficier »²⁵⁹. Le second motif ouvre la voie à la prise en compte du poids financier que représente ce moyen d'assurer l'effectivité du droit d'accès²⁶⁰. C'est ainsi fort logiquement que la Cour, comme avant elle, la Commission EDH, a considéré que l'octroi de l'aide judiciaire pouvait ne pas concerner toutes les catégories de litige civil²⁶¹. En outre, tout aussi logiquement, la Cour a admis que

En outre, cette disposition « ne garantit pas le droit de choisir le défenseur qui sera commis par le tribunal, pas plus qu'il ne garantit le droit d'être consulté à propos du choix d'un défenseur commis d'office » (Commission 9 mai 1989 requête n° 12152/86 F. c/ Suisse). Néanmoins, les organes de Strasbourg préservent l'individu de la nomination malheureuse d'un défenseur puisque l'État doit veiller à l'effectivité de l'article 6 § 3 c) (CEDH 13 mai 1980 requête n° 6694/74 Artico c/ Italie, § 33). En conséquence, les autorités doivent, si la « carence de l'avocat d'office apparaît manifeste ou si on les en informe suffisamment de quelque autre manière » (CEDH 21 avril 1998 requête n° 22600/93 Daud c/ Portugal, § 38, ces conditions étant justifiées par l'indépendance du barreau par rapport à l'État dont il découle que la conduite de la défense appartient pour l'essentiel à l'accusé et à son avocat), « le remplacer ou l'amener à s'acquitter de sa tâche » (CEDH 13 mai 1980 requête n° 6694/74 Artico c/ Italie, § 33 et § 36).

²⁵⁸ « À cet égard la Commission rappelle que, à la différence de l'article 6 § 3 c) qui garantit expressément le droit à une aide judiciaire en matière pénale quand cela est nécessaire, la Convention ne garantit pas un tel droit à l'assistance dans les affaires civiles. Les moyens par lesquels un État assure l'effectivité du droit d'accès aux tribunaux relèvent alors de sa marge d'appréciation » (Commission 10 juillet 1986 requête n° 10871/84 W. c/ Royaume-Uni : « In this respect the Commission recalls that, unlike Article 6 § 3 c) which expressly provides for legal aid in criminal cases where necessary, the Convention does not guarantee such a right of assistance in civil cases. The means of which a State ensures effective access to courts is thus its margin of appreciation »).

²⁵⁹ CEDH 19 septembre 2000 requête n° 40031/98 Gnahoré c/ la France, préc., § 41 ; CEDH 10 janvier 2002 requête n° 57032/00 Pereira Texeira de Arago c/ Portugal ; CEDH 26 février 2002 requête n° 49384/99 Essaadi c/ France, § 33.

²⁶⁰ Dès l'affaire *Airey*, la Cour avait déjà souligné les problèmes budgétaires qu'impliquait sa jurisprudence. Toutefois, si la Cour avait alors affirmé ne pas ignorer « que le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances » (CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 Airey c/ Irlande, préc., § 26), l'idée selon laquelle l'aide ne saurait être généralisée résulte du fait que la Convention ne connaissait pas en matière civile de pendant à l'article 6 § 3 c) relatif à la matière pénale.

²⁶¹ Très clairement pour la Commission qui énonce dans une décision *W. contre le Royaume-Uni* qu'il n'est pas déraisonnable d'exclure certaines catégories de procédures du système de l'aide légale (Commission 10 juillet 1986 requête n° 10871/84 W. c/ Royaume-Uni : « The Commission considers, similarly, that, given the limited financial resources of most legal civil aid schemes, it is not unreasonable to exclude certain categories of legal proceedings from this form of assistance » ; cf. également Commission 12 octobre 1994 requête n° 23862/94 Promotora de Obras, Servicios E Inversiones, S.A. c/ Espagne : « Les moyens à employer relèvent du pouvoir discrétionnaire de l'État contractant qui n'est pas obligé de fournir dans toute contestation une aide judiciaire gratuite, appropriée ou nécessaire », et, pour la Cour, d'abord implicitement, lorsqu'elle affirme que « même lorsque l'aide judiciaire peut être accordée pour certains types de litige (...) », ce qui implique que, parfois, pour d'autres types de litige, l'aide judiciaire n'a pas à être accordée (CEDH 10 janvier 2002 requête n° 57032/00 Pereira Texeira de Arago c/ Portugal), puis explicitement lorsqu'elle « souligne d'emblée que la Convention n'oblige pas à accorder l'aide judiciaire dans toutes les contestations en matière civile » en raison de la « nette distinction entre les termes de l'article 6 § 3 c), qui garantit le droit à l'assistance gratuite sous certaines conditions dans les procédures pénales, et ceux de l'article 6 § 1, qui ne renvoient pas du tout à l'aide

l'État subordonne le bénéfice de l'aide à la réunion de certaines conditions, notamment quant aux ressources des individus²⁶². La tolérance dont font preuve les juges de Strasbourg à l'égard des limitations affectant l'allocation de l'aide apparaît parfaitement cohérente avec celles admises d'une manière générale au titre du droit d'accès ; l'État a la liberté de le réglementer, précisément en fonction des besoins des individus et des ressources de la communauté. De surcroît, consacré explicitement en matière pénale, le droit à l'assistance judiciaire dépend des moyens du requérant. Concurrément, l'argument financier peut justifier un système de filtrage qui ne s'appuie pas directement sur la notion d'argent. N'accorder l'aide qu'aux seuls individus dont les prétentions présentent quelques chances raisonnables de succès semble ainsi compatible avec la Convention²⁶³, ce qui renvoie plus ou moins à l'idée selon laquelle les intérêts ou la bonne administration de la justice²⁶⁴ exigent alors l'octroi de l'aide.

53. Par conséquent, bien que ne figurant pas expressément dans la Convention, un accès effectif au tribunal peut impliquer l'octroi d'une aide en matière civile, sujette à certaines

judiciaire » (CEDH 26 février 2002 requête n° 49384/99 *Essaadi c/ France*, § 30 ; cf. également CEDH 19 juin 2001 requête n° 28249/95 *Kreuz c/ Pologne*, préc., § 59 : « *neither an unqualified right to obtain free legal aid from the State in a civil dispute, nor a right to free proceedings in civil matters can be inferred from* » Article 6 § 1). En revanche, si l'aide peut être limitée relativement à la nature du litige, une restriction motivée par la nature de la juridiction saisie est irrémédiablement contraire à la Convention (cf. CEDH 26 septembre 2000 requête n° 33170/96 *Biba c/ Grèce*, § 31 : « *Compte tenu de l'impossibilité pour le requérant d'obtenir l'aide judiciaire pour se pourvoir en cassation, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention (...)* » ; l'affaire est très révélatrice en ce que la Cour condamne expressément la législation grecque en tant que telle dans la mesure où le requérant n'avait même pas sollicité une telle aide ; la décision de la Cour statue très clairement au-delà du cas concret).

²⁶² CEDH 10 janvier 2002 requête n° 57032/00 *Pereira Texeira de Arago c/ Portugal* : « *il est raisonnable de subordonner son octroi à certaines conditions relatives, notamment, à la situation financière du plaignant* » (cf. également Commission 10 juillet 1986 requête n° 10871/84 *W. c/ Royaume-Uni* ; Commission 9 septembre 1998 requête n° 25146/94 *Edistudio SA c/ Suisse*).

²⁶³ Commission 10 juillet 1986 requête n° 10871/84 *W. c/ Royaume-Uni* ; Commission 14 mai 1993 requêtes n° 15252/89, 15628/89, 17384/90 *N. c/ Suisse*, § 91 ; CEDH 10 janvier 2002 requête n° 57032/00 *Pereira Texeira de Arago c/ Portugal*. Notons que la Cour a opéré un revirement de jurisprudence relativement à l'octroi de l'aide judiciaire devant la Cour de cassation. Eu égard à la particularité de la mission de cette dernière, la condition des chances raisonnables de succès se traduit par la vérification que la demande soulève des moyens sérieux de cassation. Après avoir distingué entre les procédures où la représentation est obligatoire (cf. le constat de violation rendu dans l'affaire CEDH 30 juillet 1998 requête n° 25357/94 *Aerts c/ Belgique*, § 60) et celles où elle ne l'est pas (CEDH 19 septembre 2000 requête n° 40031/98 *Gnahoré c/ la France*, préc., §§ 39-42), la Cour estime qu'une telle condition est, en tout état de cause et sous réserve d'un système préservant de l'arbitraire, compatible avec la Convention (CEDH 26 février 2002 requête n° 49384/99 *Essaadi c/ France*, §§ 33-36). En dépit de son objectivité, ce critère présente néanmoins des effets pervers, de sorte que la nouvelle attitude de la Cour, tant dans la forme que dans le fond, a fait l'objet de violentes critiques (cf. l'opinion dissidente commune des juges Françoise Tulkens et Loukis Loucaides sous les affaires *Gnahoré* et *Essaadi* ainsi que les commentaires de M. Puéchavy dans sa note sur l'affaire *Gnahoré* (RTDH 2001 p. 1069) et dans sa contribution aux *Mélanges Pettiti* (M. PUÉCHAVY, « L'aide juridictionnelle et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 621)).

²⁶⁴ Cf. *mutatis mutandis* CEDH 13 juillet 1995 requête n° 18139/91 *Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni*, préc., § 61.

conditions que l'on peut dire objectives dans la mesure où elles sont empiriquement vérifiables. En effet, du point de vue de la Cour, l'insuffisance des moyens résulte de l'impossibilité de faire face aux frais engendrés par un procès et notamment la rémunération d'un avocat. La condition relative au sérieux du recours soulève quant à elle quelques difficultés. Par exemple, entre le pourvoi qui cherche à remettre en cause l'appréciation des faits par les juges du fond et celui qui cherche la censure d'une grossière violation de la loi, il y a place pour une infinité de situations intermédiaires qui nécessitent un jugement dont il est improbable, voire impossible, qu'il ne soit pas empreint de subjectivité. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour fait tendre cette condition vers l'objectivité dès lors que sa conventionnalité dépend de sa capacité à protéger l'individu de l'arbitraire. Suivant son habitude, la Cour évalue la protection à l'aune des garanties procédurales qui jalonnent le système²⁶⁵.

54. Au regard de ces lignes directrices, quelle pourrait être la pertinence d'un système excluant les étrangers de l'attribution de l'aide judiciaire en raison de leur seule nationalité ? Bien sûr, la légitimité d'une telle restriction n'est pas douteuse : ménager les finances publiques. En revanche, si on distingue les nationaux et les non-nationaux placés dans une situation analogue, un constat de violation du droit d'accès combiné à l'article 14 paraît inévitable, car, de jurisprudence constante, « *seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur la nationalité* »²⁶⁶.

À première vue, le droit français de l'aide juridictionnelle évite cet écueil, en introduisant un critère sélectif de nature objective propre à l'internationalité de la situation. En effet, les étrangers sont admis à son bénéfice à condition toutefois de résider habituellement et régulièrement en France, sauf exception. Le critère de sélection n'est plus la nationalité, mais le défaut de lien avec le territoire²⁶⁷. Or, entre un étranger qui réside régulièrement et

²⁶⁵ Par exemple, de telles garanties existent dans la législation française du fait de la composition du bureau de l'aide judiciaire et de la possibilité d'introduire un recours contre une décision de rejet (cf. CEDH 19 septembre 2000 requête n° 40031/98 Gnahoré c/ la France, préc., § 41 ; CEDH 26 février 2002 requête n° 49384/99 Essaadi c/ France, § 36).

²⁶⁶ CEDH 16 septembre 1996 requête n° 17371/90 Gaygusuz c/ Autriche, préc., § 42.

²⁶⁷ Cf. la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 qui ouvre le bénéfice de l'aide juridictionnelle aux étrangers. Cependant, si les ressortissants de la Communauté européenne sont assimilés aux nationaux, les ressortissants d'États tiers ne peuvent, en principe (cf. l'article 3) prétendre à l'octroi de l'aide juridictionnelle qu'à la double condition de résider habituellement et régulièrement en France ou dans tout autre État membre de l'Union européenne à l'exception du Danemark (article 3-1 introduit par la Loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, JO 6 juillet 2005

habituellement en France et un étranger qui réside habituellement et régulièrement à l'étranger l'identité de situation disparaît. En conséquence, l'État a la faculté de prévoir des régimes différents sans encourir le reproche de discriminer. Un raisonnement similaire vaut également pour le français qui bien que résidant habituellement et régulièrement à l'étranger, peut prétendre à l'octroi de l'aide judiciaire. Quoique fondée sur la nationalité, la distinction repose encore sur le défaut d'identité des deux situations, la nationalité révélant alors la condition objective du lien entre le territoire et la personne²⁶⁸.

Toutefois, le système révèle deux cas tangents. D'abord, celui des ressortissants communautaires, lesquels sont assimilés aux français. En ce sens, un étranger ressortissant de la communauté peut bénéficier de l'aide juridictionnelle sans condition de résidence alors qu'un étranger ressortissant d'un pays tiers à la communauté et dont le domicile ou la résidence habituelle se situe dans un pays tiers y est astreint. Ensuite, celui de l'étranger résidant habituellement et régulièrement à l'étranger attrait devant les juridictions françaises ou qui saisit les juridictions françaises. Une distinction ne saurait être qualifiée de discrimination si elle est soutenue par une justification objective et raisonnable²⁶⁹. Celle-ci se vérifie pour le premier cas « *dès lors que les États membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique, ayant instauré de surcroît une citoyenneté propre* »²⁷⁰. Pour le second cas, à supposer que le refus de l'aide juridictionnelle ne soit pas constitutif d'une discrimination, un constat de violation du droit d'accès n'est pas à exclure, à moins que la Cour ne considère qu'une telle restriction relève de la marge d'appréciation de l'État. La Convention de la Haye tendant à faciliter l'accès international à la justice conclue le 25 octobre 1980 accrédite en effet l'idée d'un consensus en la matière puisqu'elle prévoit, en son article 1^{er}, une solution identique²⁷¹.

p. 11136, soit, en l'occurrence, la Directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières en matière civile et commerciale).

²⁶⁸ En revanche, l'argument ne tient plus dans l'hypothèse où l'étranger se trouve systématiquement exclu de l'aide judiciaire, car la nationalité n'est plus un moyen de vérifier une condition objective, le lien avec le territoire, mais une fin en soi.

²⁶⁹ Par exemple, Commission 9 septembre 1998 requête n° 25146/94 Edistudio SA c/ Suisse, décision relative à l'examen de la situation financière du demandeur à l'aide judiciaire différent selon qu'il est une personne physique ou morale : « *la Commission estime qu'une décision qui soumet l'octroi de l'aide judiciaire à des conditions dissemblables pour les personnes physiques et morales et, notamment, exige d'une société anonyme qu'elle fournisse des renseignements quant à son capital social et les personnes économiquement intéressées à la société, opère une distinction qui repose sur des motifs objectifs et raisonnables* ».

²⁷⁰ CEDH 7 août 1996 requête n° 21794/93 C. c/ Belgique, § 38.

²⁷¹ « *Les ressortissants d'un État contractant, ainsi que les personnes ayant leur résidence habituelle dans un État contractant, sont admis au bénéfice de l'assistance judiciaire en matière civile et commerciale dans chaque État contractant dans les mêmes conditions que s'ils étaient eux-mêmes ressortissants de cet État et y résidaient habituellement* ».

55. Hormis ce dernier cas, il apparaît que l'accès aux tribunaux en matière civile peut impliquer, dans certaines circonstances, une action positive de l'État prenant la forme d'une aide financière. Son étendue peut être limitée, mais uniquement en considération de données objectives ou objectivées. L'accès international à la justice ne peut que bénéficier d'un tel encadrement qui concerne aussi l'institution de la caution *judicatum solvi*. Les particularités du droit international privé trouvent leur expression dans un critère objectif, là le lien entre le demandeur à l'assistance judiciaire et l'ordre juridique dans lequel la demande est formulée, ici dans le souci de protéger le défendeur contre l'insolvabilité de l'autre partie résultant du cloisonnement des ordres juridiques. Le contrôle européen, par hypothèse strict, permet néanmoins une prise en compte des spécificités des relations privées internationales. Certes, les observations qui précèdent s'appuient sur la logique suivie par la Cour dans des affaires purement internes. Elle pourrait très bien taire entièrement l'élément international et procéder, dans toute sa rigueur, au contrôle de proportionnalité. Une telle attitude serait bien regrettable, car les relations privées internationales se distinguent des relations purement internes par des éléments qui peuvent revêtir une dimension objective. Au lieu de laminer leurs particularités, la Cour pourrait en prendre acte et s'assurer que les États ne les utilisent pas dans un sens arbitraire.

56. L'ampleur des efforts à fournir risque alors de constituer un lourd tribut à payer au respect des droits fondamentaux jusque dans les relations privées internationales. De surcroît, le risque n'est pas seulement de nature financière, il est également de nature juridique. Dans la mesure, en effet, où le droit d'accès se décline également selon une acception élargie, c'est la philosophie du droit de la compétence internationale qui pourrait s'en trouver affectée. Il convient néanmoins de relativiser le péril pressenti, car, anticipant les effets potentiellement dévastateurs du droit d'accès au juge en matière internationale, les juges strasbourgeois ont façonné son contenu de manière originale.

§ II Le développement limité de la compétence internationale

57. Selon une formule récurrente et bien connue, « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »²⁷². Elle marque l'ensemble de la jurisprudence des organes de Strasbourg et sa réalisation emprunte diverses techniques

²⁷² CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 Airey c/ Irlande, préc., § 24 ; CEDH 15 février 2005 requête n° 68416/01 Steel et Morris c/ Royaume-Uni, § 59.

d'interprétation²⁷³. L'effectivité intéresse tous les droits garantis par la Convention et en particulier le droit d'accès au juge « *vu la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique* »²⁷⁴. C'est ainsi que le droit d'accès possède une portée beaucoup plus large que celle à laquelle on pourrait songer de prime abord. Il ne se réduit pas seulement à la possibilité de saisir les tribunaux de toute contestation relative à un droit de caractère civil. Un accès effectif au juge se vérifie également dans la suite de la procédure, au-delà de la seule saisine. Ainsi que l'a fort bien résumé le juge Rozakis dans son opinion concordante sous l'arrêt *Brumarescu*, le droit d'accès « *couvre toutes sortes de circonstances dans lesquelles un individu se voit dénier, par des actions ou des omissions des pouvoirs publics, la possibilité d'obtenir une décision définitive d'une cour de justice sur une contestation en matière civile (...). Le droit à un tribunal n'est (...) pas un simple droit théorique à ce qu'un juge national examine l'affaire d'un individu, mais il comprend encore l'espoir légitime que les autorités internes seront tenues de respecter un jugement définitif qui sera donc exécuté* »²⁷⁵. Les prolongements du droit d'accès au juge, révélateurs de son effectivité, intéressent la compétence. Affirmés dans un contexte purement interne, ils risquent d'avoir des incidences fâcheuses sur le traitement des relations privées internationales en incitant le juge à se déclarer, de façon inopportune, internationalement compétent. Afin de parer à une telle éventualité, dont la consécration d'un droit à la compétence civile universelle représente l'aboutissement logique, les organes de Strasbourg ont livré une définition ciselée du droit d'accès au juge dans les situations présentant un élément d'extranéité. Peu répandue au titre de la Convention, la méthode n'en est que plus remarquable²⁷⁶. Ainsi, à l'accroissement potentiel de la compétence internationale sous l'effet des extensions matérielles du droit d'accès au juge (A) répond une adaptation de son contenu du fait de l'internationalité (B).

²⁷³ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. 32.

²⁷⁴ CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 *Airey c/ Irlande*, préc., § 24 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, préc., § 67 ; CEDH 12 juillet 2001 requête n° 42527/98 *Prince Hans-Adam II de Lichtenstein c/ Allemagne*, précité.

²⁷⁵ CEDH 28 octobre 1999 requête n° 28342/95 *Brumarescu c/ Roumanie*, précité.

²⁷⁶ Cette méthode de restriction des droits reconnus dans la Convention n'est toutefois pas absente du texte européen lorsque celui-ci définit le droit ou liberté puis, expressément, les limitations admissibles. Les articles 2, 4 § 2, 5, 6 § 3 c) et e), 1 du Protocole n° 1 et 1 du Protocole n° 6 sont empreints d'une telle démarche, sans doute plus protectrice des individus dans la mesure où il s'agit d'une énumération limitative d'interprétation restrictive (cf. G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 549).

A Un accroissement potentiel de la compétence internationale

58. Du point de vue de la CEDH, le contenu du droit d'accès au juge dépasse très largement celui qui prévaut en droit interne. Partant, il est susceptible de produire des conséquences inattendues, singulièrement en droit international privé. Bien que l'examen des garanties procédurales soit sans fondement pour s'assurer du respect du droit d'accès (1), en revanche, les droits matériels qui en dérivent suggèrent un accroissement notable de l'exercice du pouvoir juridictionnel (2).

1 L'exclusion des garanties procédurales dans l'appréciation du droit d'accès au juge

59. Quelle serait l'effectivité et la pertinence de l'accès à un tribunal dont le fonctionnement et l'organisation ne respecteraient pas les droits de la défense ou les garanties élémentaires d'indépendance et d'impartialité ? Sans nul doute, l'obligation qui pèse sur les États Parties d'instituer des tribunaux, puisqu'ils adhèrent au principe de la prééminence du droit, s'accompagne d'une exigence de qualité des organes créés. Au demeurant, avant la consécration du droit d'accès par l'arrêt *Golder* en 1975, cette idée résumait le contenu normatif de l'article 6 § 1 de la Convention. D'un certain point de vue, l'accès à la justice manque d'effectivité et se révèle illusoire par l'effet de l'écoulement du temps. Selon la conception moderne du déni de justice, une telle situation caractérise la défaillance de l'État dans l'accomplissement de son devoir de protection juridictionnelle des individus²⁷⁷. Pour autant, les garanties de bonne justice, équité, publicité et célérité, selon l'expression de la Cour, peuvent-elles être ramenées au seul droit d'accès effectif au tribunal ? Pour l'affirmative, M. Franz Matscher notait dans sa communication au comité français de droit international privé qu'en consacrant le droit d'accès, l'article 6 § 1 « implique la mise à disposition d'un chef de compétence internationale (générale) et de compétence interne (spécial), au moins lorsqu'une poursuite de son droit devant un tribunal étranger est impossible ou n'est pas utile au demandeur »²⁷⁸, l'insuffisance des garanties procédurales

²⁷⁷ L. FAVOREU, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 513 ; G. COHEN-JONATHAN, « Le droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 487 et s..

²⁷⁸ F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 218. Voir également, pour une telle conception élargie du déni de justice, L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004, p. 189, n° 190.

offerte par le tribunal étranger caractérisant l'inutilité²⁷⁹. Une telle conception serait particulièrement néfaste à la coopération internationale et participerait à un cloisonnement accru des ordres juridiques. En effet, intégrées au droit d'accès, donc à l'appréciation de la compétence internationale, cela supposerait qu'un juge ne se déclare pas compétent si l'organisation dans laquelle il s'insère n'est pas compatible avec les garanties procédurales contenues dans l'article 6 § 1 de la Convention²⁸⁰ et qu'à l'inverse il doit affirmer sa compétence si le tribunal étranger internationalement compétent n'offre pas aux individus l'assurance d'un procès conforme aux impératifs des droits de l'homme²⁸¹. Il serait également amené à rejeter l'exception de litispendance et ainsi refuser la priorité généralement accordée au tribunal premier saisi. Concevable sur le fondement du droit commun français, une telle issue perturberait notablement le jeu des règles communautaires relatives à la compétence internationale. En effet, contrairement au droit commun²⁸², l'article 27 du règlement Bruxelles I²⁸³ ou encore l'article 19 du règlement Bruxelles II²⁸⁴ prescrivent à la juridiction saisie en second lieu de se dessaisir impérativement dès l'instant où la compétence du juge premier saisi est établie. Une prise en compte des garanties du procès équitable permettrait de réintroduire une marge de manœuvre et une faculté d'apprécier l'opportunité du dessaisissement qui sont explicitement refusées. Une telle perspective aboutirait à accroître démesurément la compétence des tribunaux des États Parties tant sont développées les garanties de bonne justice²⁸⁵ où l'apparence joue un rôle central²⁸⁶. De sorte que le standard

²⁷⁹ F. MATSCHER, *loc. cit.*, p. 218. L'auteur réserve le cas où le tribunal étranger relève d'un État membre en avançant une présomption de conformité de la procédure suivie à la Convention. Il est néanmoins regrettable que l'auteur ne développe pas davantage cette idée, par exemple relativement à la nature et au fondement de cette présomption.

²⁸⁰ Cette hypothèse implique que ce juge dépende d'un État Partie à la Convention et dès lors, elle apparaît largement théorique. On n'imagine pas, en effet, un juge français décliner sa compétence au motif que la procédure civile française ne respecterait pas suffisamment les droits de la défense ! Par ailleurs, si tel était le cas, il pourrait y remédier dans la mesure où la Convention est d'effet direct et prime les lois internes, même postérieures.

²⁸¹ Que ce tribunal étranger relève de l'organisation d'un État Partie ou d'un État tiers.

²⁸² Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 691, n° 490-9 ; P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 316, n° 446.

²⁸³ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* n° L 12 du 16 janvier 2001 p. 1.

²⁸⁴ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, *JOCE* n° L 338 du 23 décembre 2003 p. 1.

²⁸⁵ À cet égard, et sans souci d'exhaustivité, rappelons quelques principes cardinaux en cette matière :

- tout d'abord le tribunal visé par l'article 6 est une notion autonome. Il doit se comprendre dans un sens matériel. Est un tribunal, l'organe à qui il appartient « *de trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* » (CEDH 22 octobre 1984 requête n° 8790/79 Sramek c/ Autriche, § 36).

européen, s'il constitue un minimum relativement aux États Parties, peut apparaître comme un maximum voire comme un idéal impossible à atteindre²⁸⁷ pour les États tiers. De la même manière, cela serait de nature à exclure la compétence internationale des juridictions italiennes puisque la Cour a relevé dans ce pays une violation systématique et structurelle du droit à être jugé dans un délai raisonnable²⁸⁸. C'est au demeurant à leur égard et pour cette raison que la question d'une neutralisation de l'exception de litispendance prévue par l'article 21 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 avait été posée à titre préjudiciel à la CJCE par une juridiction autrichienne saisie en second²⁸⁹. Par ailleurs, en supposant un jugement *a priori* sur l'organisation de la justice de l'État dont les juridictions sont internationalement compétentes, une telle conception du droit d'accès au juge serait d'une mise en œuvre mal aisée à l'égard des États tiers. Outre la difficulté de porter une appréciation crédible sur un système qui n'a pas eu l'occasion de se réaliser concrètement, alors que le respect des garanties institutionnelles et procédurales contenues dans l'article 6 § 1 se fonde sur une évaluation concrète et globale, les juges des États Parties pourraient être tentés de prémunir leur État d'un recours à Strasbourg et d'affirmer ainsi leur compétence en se fondant sur de simples doutes, voire des poussières de doute. Cependant, ces conséquences extrêmes ne

-
- « *La jurisprudence constante voit deux aspects dans la condition d'impartialité posée à l'article 6 § 1. Il faut d'abord que le tribunal soit subjectivement impartial, c'est à dire qu'aucun de ses membres ne manifestent de parti pris ou de préjugés personnels. L'impartialité subjective se présume jusqu'à preuve du contraire. Ensuite, le tribunal doit être objectivement impartial, c'est-à-dire offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime* » (CEDH 10 juin 1996 requête n° 22399/93 Pullar c/ Royaume-Uni, § 30).
 - « *Pour établir si un organe peut passer pour indépendant, il échet de prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance* » (CEDH 22 juin 1989 requête n° 11179/84 Langborger c/ Suède, § 32).

²⁸⁶ Selon l'adage anglo-saxon, dont la Cour use et, au goût de certains, abuse, « *justice must not only be done, it must also seem to be done* ».

²⁸⁷ Par manque de moyens, de culture démocratique (sans qu'elle soit absente) ...

²⁸⁸ Par exemple dans l'affaire *Mennitto contre Italie*, « *la Cour rappelle avoir constaté à plusieurs reprises l'existence en Italie d'une pratique contraire à la Convention résultant d'une accumulation de manquements à l'exigence du "délai raisonnable". Dans la mesure où la Cour constate un tel manquement, cette accumulation constitue une circonstance aggravante de la violation de l'article 6 § 1. Ayant examiné les faits de la cause à la lumière des arguments des parties et compte tenu de sa jurisprudence en la matière, la Cour estime que la durée de la procédure litigieuse ne répond pas à l'exigence du délai raisonnable et qu'il y a là encore une manifestation de la pratique précitée* » (la procédure incriminée avait duré 4 ans et 5 mois) (CEDH 5 octobre 2000 requête n° 33804/96 Mennitto c/ Italie, § 30). En s'attaquant à leurs effets et non à leur source loi Pinto n° 89 du 24 mars 2001 n'est pas de nature à résorber les difficultés italiennes illustrant ce raisonnement par l'absurde. Néanmoins, le remède qu'elle introduit est une voie de recours que le requérant doit en principe épuiser avant de saisir la Cour de Strasbourg (CEDH 28 avril 2005 requête n° 42021/02 Ricci et autres c/ Italie ; CEDH 8 novembre 2001 requête n° 34969/97 Giacometti c/ Italie ; CEDH 6 septembre 2001 requête n° 69789/01 Brusco c/ Italie).

²⁸⁹ CJCE 9 décembre 2003 aff. C-116/02 Gasser *RCDIP* 2004 p. 444 note H. Muir Watt, *Dalloz* 2004 p. 1046 note C. Bruneau, *Procédures* 2004 n° 3 p. 13 obs. C. Nourissat.

risquent pas d'advenir en raison de la séparation qu'il convient d'opérer entre le droit d'accès, d'une part, et les qualités du juge saisi, d'autre part.

60. Pourtant, la Cour utilise parfois des formules qui contiennent une ambiguïté relativement aux rapports existant entre ces deux notions. Ainsi, dans l'affaire *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre la Belgique*, après avoir rappelé la teneur de l'article 6 § 1 de la Convention et le droit d'accès issu de la jurisprudence *Golder*, la Cour affirme qu' « *il résulte, entre autres, que ce texte ne vaut pas seulement pour une procédure déjà entamée : peut aussi l'invoquer, quiconque, estimant illégale une ingérence dans l'exercice de l'un de ses droits [de caractère civil], se plaint de n'avoir pas eu l'occasion de soumettre pareille contestation à un tribunal répondant aux exigences de l'article 6 § 1* »²⁹⁰. Par conséquent, à la lettre, le droit d'accès supposerait la saisine d'un tribunal d'une certaine qualité, en d'autres termes un tribunal répondant aux exigences de l'article 6 § 1. Deux arrêts supplémentaires permettent d'appuyer une telle interprétation. Le premier insiste sur le lien de cause à effet entre la consécration du droit d'accès et les garanties de bonne justice comme conditions de son effectivité. Après un rappel de l'arrêt *Golder*, la Cour énonce que « *l'article 6 peut ainsi*²⁹¹ *être invoqué par quiconque (...) se plaint de n'avoir pas eu l'occasion de soumettre pareille contestation à un tribunal répondant aux exigences de l'article 6 § 1* »²⁹². Quant au second²⁹³, il précise, à propos d'un supposé manquement à l'article 6 § 1 de la Convention en ce qu'il prévoit le droit d'accès au tribunal, « *qu'aucune violation de la Convention ne pourrait être constatée si la société requérante disposait d'un recours l'assurant de pouvoir faire statuer sur son prétendu droit de caractère civil, par un organe judiciaire indépendant, doté de la plénitude de juridiction et fournissant lui-même les garanties requises par l'article 6 § 1* ». A *contrario*, un constat de violation du droit d'accès devient possible dès lors que l'organe offert à l'individu ne satisfait pas aux garanties procédurales qu'impose le droit au procès équitable.

61. Néanmoins, ces arrêts ne sont pas déterminants et il convient de voir dans les formulations utilisées davantage une clause de style qu'une volonté réelle de synthétiser dans le droit

²⁹⁰ CEDH 23 juin 1981 requête n° 6878/75 *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, § 44 (*GACEDH* n° 17). Cf. également CEDH 23 juin 1982 requêtes n° 7151/75 et 7152/75 *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, § 80 (*GACEDH* n° 57) ; CEDH 28 mai 1985 requête n° 8225/78 *Ashingdane*, § 55 ; CEDH 6 avril 2000 requête n° 27644 *Athanassoglou et autres c/ Suisse*, § 43.

²⁹¹ Cnqs.

²⁹² CEDH 9 décembre 1994 requêtes n° 13092/87 et 13984/88 *Les Saints Monastère grecs c/ Grèce*, § 80.

²⁹³ CEDH 20 novembre 1995 requête n° 19589/92 *British American Tobacco company Ltd c/ Pays-Bas*, § 78.

d'accès effectif l'ensemble des droits et garanties que contient l'article 6 § 1 de la Convention. Ainsi que le relève Mme Bandrac, « *le droit d'action est celui d'obtenir un jugement, pas d'obtenir justice* »²⁹⁴. Certes, poursuit-elle, « *il ne se comprend (...) qu'au regard du statut, en particulier du statut d'indépendance, qui est celui du juge à l'égard de l'État, et son fondement réside assurément dans l'idée que l'État doit permettre à ses sujets d'obtenir justice, au besoin par la force, dont il a le monopole* ». Cependant, elle observe avec justesse que « *l'atteinte d'un tel objectif est à rechercher dans deux directions, qui pour être complémentaires, n'en sont pas moins distinctes : l'obligation pour l'État d'ériger des institutions judiciaires d'une certaine qualité, et le droit pour les sujets de s'en servir librement* ». Celui-ci est le droit d'accès, celle-là les garanties de bonne justice. Ils ne sauraient être assimilés, mais l'État de droit et la prééminence du droit ne se conçoivent pas si l'un et l'autre ne sont pas réalisés. Une affaire *Matos e Silva, Lda., et autres contre le Portugal* a d'ailleurs donné l'occasion à la Cour d'abonder dans ce sens. La société requérante invoquait une violation de son droit d'accès au tribunal au motif que la durée excessive de la procédure lui conférerait un caractère illusoire. Toutefois, la Cour a refusé de sanctionner ce manquement à l'exigence de célérité sous l'angle d'un défaut d'effectivité du droit d'accès : « *d'après la Cour, on ne saurait parler d'entrave à l'accès à un tribunal lorsqu'un justiciable, représenté par un avocat, présente devant lui ses arguments et exerce contre les décisions rendues les recours qu'il estime utiles. Comme le gouvernement le relève à juste titre, la société Matos e Silva a fait usage des recours disponibles en droit portugais. La circonstance que les procédures traînent ne concerne pas l'accès à un tribunal. Les difficultés rencontrées sont donc de déroulement et non d'accès* »²⁹⁵. Le caractère de généralité qui s'attache à la dernière phrase permet de systématiser la pensée de la Cour. Le déroulement de la procédure s'apprécie uniquement à l'aune des concepts d'équité, de publicité et de célérité. L'accès au tribunal concerne des difficultés d'un autre ordre et il ne semble pas qu'un même problème puisse à la fois intéresser l'accès au juge et le déroulement de l'instance. Donc, les questions de compétence internationale, si elles mettent de toute évidence en cause l'accès au juge, sont indépendantes des garanties d'organisation et de fonctionnement requises d'un tribunal selon les vœux de la Cour de Strasbourg. Dans l'espèce précitée, eu égard à la longueur de la procédure, ce raisonnement l'a tout naturellement conduite à ne retenir qu'une violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable.

²⁹⁴ M. BANDRAC, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 9.

²⁹⁵ CEDH 16 septembre 1996 requête n° 15777/89 *Matos e Silva, Lda., et autres c/ Portugal*, § 64.

Et, ainsi que le suggère une décision de la Commission EDH rendue le 6 mars 1989²⁹⁶, la solution vaut certainement pour les relations privées internationales, que l'État dont les juridictions sont internationalement compétentes soit partie ou tiers à la CEDH. Le requérant, de nationalité belge, s'était heurté à un déclinatoire de compétence des juridictions belges pour trancher le différend qui l'opposait à son employeur zaïrois à propos de la rupture de son contrat de travail. Celui-ci contenait, en effet, une clause attributive de juridiction au bénéfice des tribunaux zaïrois. Considérant que l'article 6 § 1 de la Convention consacre « *le libre accès, dans l'égalité des armes lors du débat contradictoire, à un tribunal indépendant et impartial* », le requérant prétendait que le refus des juridictions belges de se reconnaître compétentes en constituait une violation parce qu'il aboutissait « *à le renvoyer devant la justice d'un État tiers qui ne remplit pas les conditions propres à assurer un procès équitable et qui n'est pas une justice indépendante et impartiale* ». Alors que le grief porte très clairement sur le lien entre le droit d'accès au juge et les garanties de bonne justice, la compétence internationale devant s'apprécier également au regard des secondes, la Commission EDH fonde son argumentation sur la clause d'élection du for. Elle « *estime que l'article 6 § 1 ni aucun autre article de la Convention n'interdit expressément que de telles clauses soient prévues. En effet, la Commission ne saurait présumer que les États contractants, en acceptant les obligations qui découlent de l'article 6 § 1, aient entendu s'engager à empêcher les personnes placées sous leur juridiction de souscrire à des clauses d'élection de for* ». Néanmoins, l'argument avancé au soutien du rejet de la requête contient implicitement une réponse à la question précisément soulevée par le requérant. Il paraît inconcevable que la Commission EDH ait abdiqué son contrôle en conférant une toute puissance à la volonté individuelle. Même si une clause attributive de juridiction peut s'analyser en une renonciation, celle-ci ne saurait concerner que le droit au procès équitable²⁹⁷ et non le droit d'accès au juge. Le rejet de la requête, en l'espèce, suppose donc implicitement, mais nécessairement que le droit d'accès au juge n'a pas été atteint dans sa substance même. À cet égard, si les considérations d'indépendance et d'impartialité des juridictions zaïroises, unique point mis en avant par le requérant, avaient été pertinentes dans l'appréciation du respect du droit d'accès, les membres de la Commission EDH les auraient explicitement intégrés dans leur raisonnement. En définitive, seule la démonstration d'un

²⁹⁶ Commission 6 mars 1989 requête n° 12603/86 Vincent Gauthier c/ Belgique.

²⁹⁷ En tant qu'il consacre l'exigence d'un lien suffisant entre le juge et le litige (cf. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II, n° 130 et s.).

refus des juridictions zairoises d'exercer leur compétence aurait été de nature à renverser la conclusion de la Commission EDH. Or, bien que cela ne figure pas dans son argumentation, elle relate dans la partie « en fait » de sa décision que le requérant a pu, sans difficulté particulière, saisir les tribunaux zairois. En d'autres termes, les garanties institutionnelles répondent à des préoccupations différentes de celles du droit d'accès et elles ne servent pas à évaluer son effectivité.

62. Selon une motivation différente, la CJCE refuse également toute incidence des garanties procédurales sur l'appréciation de la compétence notamment lorsque le problème se pose à l'occasion d'un conflit de procédures²⁹⁸. Bien que la saisine hâtive des juridictions d'un État connaissant des difficultés structurelles pour assurer le respect du droit à être jugé dans un délai raisonnable puisse encourager les comportements dilatoires²⁹⁹, une telle solution procède de la logique de la Convention et aujourd'hui du règlement Bruxelles I. Tant sa lettre que son économie et sa finalité militent en ce sens. Outre que, littéralement, le texte ne ménage aucune dérogation à la mise en œuvre de l'article 27³⁰⁰, l'objectif du système de compétence obligatoire inspiré par la confiance mutuelle entre les États membres consiste à « *garantir la sécurité juridique en permettant aux justiciables de prévoir avec suffisamment de certitude le tribunal compétent* »³⁰¹. L'exigence de prévisibilité³⁰² et le caractère strict du régime de la compétence qui l'accompagne l'emportent ainsi sur toute autre considération³⁰³.

63. Les garanties procédurales de l'article 6 § 1 de la Convention sont par conséquent des ramifications autonomes du droit au procès équitable, indépendantes du droit d'accès. La déduction s'impose alors d'elle-même : celles-ci ne sont pas susceptibles d'influencer la

²⁹⁸ CJCE 9 décembre 2003 aff. C-116/02 Gasser, préc., points 70-73.

²⁹⁹ Un plaideur peut en effet être tenté de saisir rapidement les juridictions d'un État membre connues pour la lenteur des procédures qui se déroulent devant elles. Le risque est alors que son adversaire s'impatiente et se sente « *contraint d'accepter une transaction "amiable" moins favorable que ce qu'il aurait pu obtenir, mais tellement tard, du juge normalement compétent* » (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 697, n° 490-20). Voir également, H. MUIR WATT, « Remarques liminaires sur l'espace européen en matière civile et commerciales », in A.-M. Leroyer, E. Jeuland (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, p. 3 et s..

³⁰⁰ Article 21 de la Convention du 27 septembre 1968.

³⁰¹ CJCE 9 décembre 2003 aff. C-116/02 Gasser, préc., point 72.

³⁰² Cf., à cet égard, le très éclairant § 15 du préambule du règlement Bruxelles I aux termes duquel « *le fonctionnement harmonieux de la justice commande de réduire au maximum la possibilité de procédures concurrentes et d'éviter que des décisions inconciliables ne soient rendues dans deux États membres. Il importe de prévoir un mécanisme clair et efficace (cnqs) pour résoudre les cas de litispendance* ».

³⁰³ Ainsi encore, le juge premier saisi ne saurait puiser dans son droit national des éléments de nature à protéger sa compétence sans porter atteinte à l'effet utile du système de compétence obligatoire. Le recours aux injonctions *anti-suit* se trouve dès lors prohibé (CJCE 27 avril 2004 aff. C-159/02 Turner *RCDIP* 2004 p. 654 note H. Muir Watt, *Dalloz* 2004 p. 1919 note R. Carrier, *Procédures* 2004 n° 7 obs. C. Nourissat).

compétence internationale³⁰⁴. De ce point de vue, la Convention n'apparaît pas comme un obstacle à la satisfaction des objectifs poursuivis par le droit international privé. Cependant, cela résulte uniquement du manque de pertinence des garanties de bonne justice à l'égard de la compétence internationale. En revanche, des évolutions pourraient naître d'une confrontation de la compétence internationale à certains développements substantiels de l'article 6 § 1 dans la mesure où leur réalisation conditionne son effectivité.

2 L'intégration des garanties matérielles dans l'appréciation du droit d'accès au juge

64. Prévenir le caractère théorique et illusoire du droit d'accès supposait un enrichissement matériel de l'article 6. Ainsi, les instances strasbourgeoises y ont inclus le droit d'obtenir une décision sur le fond de la contestation et le droit à l'exécution des décisions obligatoires et définitives. Si, en apparence, la compétence des tribunaux demeure en dehors des prévisions de la Convention, en réalité, les développements du droit d'accès s'y répercutent indirectement et tendent à son accroissement. Le droit de la compétence internationale présente en effet deux caractéristiques majeures. D'une part, la compétence des juridictions d'un État ne saurait être établie à l'égard de tous les litiges quelle que puisse être leur localisation. D'autre part, fruit de l'unilatéralisme de ce droit, les cas de compétence exclusive représentent plutôt l'exception, les cas de compétence concurrente, la règle. Parce qu'elle exige une décision sur le fond de la demande (a) et l'exécution de la décision alors rendue (b), la recherche d'effectivité du droit d'accès aux tribunaux vient troubler ces deux idées générales.

a Le droit à une décision sur le fond

65. Au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit d'accès au tribunal implique celui, pour toute personne, d'obtenir une décision sur le fond de sa prétention³⁰⁵. En somme, le droit d'accès issu de l'article 6 englobe deux notions distinctes et classiques de

³⁰⁴ Il échet de relever qu'en France la compétence spéciale fondée sur le déni de justice n'a jamais intéressé l'hypothèse d'un défaut de garanties de bonne justice à l'étranger parce que, en pratique comme en droit, la saisine d'un tribunal relevant d'un autre juridique n'est pas impossible (*contra* L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004, p. 206 et s., n° 226).

³⁰⁵ N. FRICERO, note sous CEDH 19 mars 1997 requête n° 18357/91 *Hornsby c/ Grèce*, *Dalloz* 1998 p. 75 ; L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 142 et s., n° 125 et s..

procédure civile, le droit d'accès et l'action en justice, le droit d'agir³⁰⁶. *A priori*, l'influence de cette extension du droit d'accès sur la compétence paraît douteuse dans la mesure où tout le mécanisme de l'action suppose la compétence. Pourtant, les analyses originales menées par les juges de Strasbourg sur les notions de procédure font place à certaines interférences entre action et compétence, inconcevables en droit interne. Ainsi, au classicisme de l'extension du droit d'agir (α), répond la singularité de son régime (β).

α La consécration du droit d'agir dans la jurisprudence européenne

66. La protection de l'action par l'article 6 de la CEDH constitue un développement récent. À l'origine, alors que le droit d'accès se trouvait officiellement consacré, la Cour avait fait preuve de réserves en laissant la question du droit d'agir en suspens³⁰⁷. L'émergence du droit d'agir, en tant que ramification du droit d'accès au tribunal, résulte d'abord de manière implicite mais nécessaire d'une série de décisions rendue par la Cour envisageant un degré d'accès limité à un tribunal. Par exemple, dans l'affaire *Ashingdane contre le Royaume-Uni*, la Cour constate que « *le requérant a eu accès à la High Court puis à la cour d'appel, mais seulement pour entendre déclarer ses actions irrecevables par le jeu de la loi* »³⁰⁸. La Cour en déduit alors que « *dans cette mesure, il a pu ainsi emprunter les voies de recours qu'offrait le système interne* »³⁰⁹. Si le droit d'accès au tribunal se bornait à la vérification d'une saisine des tribunaux en matière civile, le contrôle de la Cour aurait pu se limiter à ces observations. Le requérant, de manière effective, avait eu l'occasion de mettre en marche la machine judiciaire. Or, du point de vue de la Cour, « *en soi, cela ne satisfait pas nécessairement aux impératifs de l'article 6 § 1 : encore faut-il constater que le degré d'accès procuré par la législation nationale suffisait pour assurer à l'individu le "droit à un tribunal", eu égard au principe de la "prééminence du droit" dans une société démocratique* »³¹⁰. Dès lors, le droit d'accès ne se limite pas à la saisine des tribunaux, laquelle n'est d'ailleurs pas susceptible de degré. Dans son acception classique, le droit d'accès obéit à une logique binaire : ou le requérant a pu s'adresser aux tribunaux et le droit d'accès est respecté, les entraves

³⁰⁶ Cf. l'article 30 NCPC : « *L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* ».

³⁰⁷ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, préc., § 36 : « *La Cour n'a pas à rechercher en l'espèce si et dans quelle mesure l'article 6 § 1 exige en outre une décision sur le fond même de la contestation* ».

³⁰⁸ CEDH 28 mai 1985 requête n° 8225/78 *Ashingdane*, préc., § 56.

³⁰⁹ *Ibid.*, § 56.

³¹⁰ *Ibid.*, § 57 ; cf. également CEDH 4 décembre 1995 requête n° 23805/94 *Bellet c/ France*, § 31 (*RTDC* 1996 p. 509 note J.-P. Marguénaud, *JCP* 1996.II.22648 note M. Harichaux) ; CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, préc., § 58.

éventuellement rencontrées par la suite portant soit sur son droit d'action, soit sur la régularité de la procédure ; ou bien le requérant n'a pas pu s'adresser aux tribunaux, auquel cas le droit d'accès n'a pas été respecté³¹¹. Par conséquent, si, contrairement au droit d'accès au sens strict, le droit d'accès au sens de l'article 6 est susceptible de degré, il possède nécessairement une signification plus large. L'affaire *de Geouffre de la Pradelle*³¹² et plus encore l'affaire *Bellet*³¹³ laissent à penser que l'action en justice constitue cet élargissement. La Cour a considéré que le degré restreint d'accès aux tribunaux résultait des fins de non recevoir opposées aux demandes au cours des procédures dans l'ordre juridique interne. Or, le propre d'une fin de non recevoir est précisément de remettre en cause le droit d'action³¹⁴. Si la fin de non recevoir nie le droit d'action tout en restreignant le droit d'accès au tribunal au sens de l'article 6 CEDH, alors ce dernier comprend inévitablement le droit d'agir. Elle laisse intact le droit d'accès entendu strictement, mais elle porte atteinte au droit d'accès dans son acception large, laquelle s'identifie nécessairement au droit d'agir. Cette analyse trouve d'ailleurs une confirmation explicite dans une affaire où la Cour met en relation le droit d'action et le droit d'accès aux tribunaux. À la suite du refus des juridictions allemandes de statuer sur une demande en restitution, la Cour « estime que le requérant a de ce fait été privé de son droit d'obtenir une décision sur le fond de sa demande³¹⁵ »³¹⁶. La négation du droit d'action est

³¹¹ Hypothèse des arrêts *Golder* (CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, préc.) et *Airey* (CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 *Airey c/ Irlande*, préc.) où, dans l'un et l'autre cas, l'obstacle rencontré par les requérants se situait en amont de la saisine du tribunal (absence d'autorisation du ministre pour consulter un avocat, préalable indispensable pour un détenu avant d'introduire une demande en dommages et intérêts contre un gardien, dans le premier cas, et refus de plusieurs sollicitors de représenter la requérante devant la High Court, dans le second).

³¹² CEDH 16 décembre 1992 requête n° 12964/87 de *Geouffre de la Pradelle c/ France*.

³¹³ CEDH 4 décembre 1995 requête n° 23805/94 *Bellet c/ France*, précité.

³¹⁴ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4^{ème} édition refondue, 2004, p. 342, n° 613 ; H. MOTULSKY, *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 96 ; R. PERROT, *Cours de droit judiciaire privé. Fascicule I. Notions fondamentales, compétence, procédure*, 1977, p. 99.

³¹⁵ Cnqs (à rapprocher de la définition de l'action donnée par l'article 30 du NCPC).

³¹⁶ CEDH 12 juillet 2001 requête n° 42527/98 *Prince Hans-Adam II de Lichtenstein c/ Allemagne*, préc., § 52. Cf. également CEDH 10 juillet 1998 requête n° 20390/92 et 21322/93 *Tinelly and sons Ltd et autres et Mac Elduff et autres c/ Royaume-Uni* : « Le droit garanti à un requérant par l'article 6 § 1 de la Convention de soumettre un litige à un tribunal pour obtenir une décision sur des questions de fait et de droit (cnqs) ne saurait être évincé par une décision de l'exécutif » (§ 77) ; ou encore le très révélateur CEDH 1^{er} mars 2002 requête n° 48778/99 *Kutic c/ Croatie* : « La Cour rappelle que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs. À cet égard, la Cour rappelle que l'article 6 § 1 de la Convention garantit le droit d'accès à un tribunal pour la résolution de différends à caractère civil. La Cour estime que ce droit d'accès à un tribunal comprend non seulement le droit d'engager une action, mais aussi le droit à une "solution" juridictionnelle du litige. Il serait illusoire que l'ordre juridique interne d'un État contractant permette qu'un individu engage devant un tribunal une action au civil sans veiller à ce que la cause fasse l'objet d'une décision définitive à l'issue de la procédure judiciaire. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure (équité, publicité et célérité) accordées aux parties et qu'il n'assure pas à celles-ci le droit d'obtenir une solution à leurs litiges d'ordre civil » (§ 25) ; voir encore, CEDH 10 juillet 2003 requête n° 58112/00 *Multiplex c/ Croatie*, § 45. Voir enfin, CEDH 4 mai 2000 requête n° 45305/99 *Powell c/ Royaume-Uni*, par laquelle la Cour résume les deux significations du droit d'accès

envisagée par la Cour comme une restriction du droit d'accès³¹⁷. Si on doutait que l'action fût un droit subjectif³¹⁸, la Cour l'a érigée au rang de liberté fondamentale³¹⁹. Ainsi l'exigeait l'effectivité du droit d'accès au tribunal issu de l'article 6 § 1 de la Convention³²⁰.

67. De ce point de vue, les significations du droit d'accès au sens européen et du droit d'action au sens interne se recourent. Or, en droit interne, le problème de la compétence, territoriale ou d'attribution, interne ou internationale, est nettement distingué de celui du droit d'accès au sens strict et de celui du droit d'action. Le premier est antérieur à la compétence, alors que le second la suppose préalablement établie³²¹. Seule une juridiction compétente peut en effet rendre une décision sur le fond d'une prétention. Par ailleurs, lorsque se pose une question de compétence, il s'agit simplement de contester la régularité de la procédure suivie et non de s'attaquer au droit d'action³²². À la différence d'une fin de non recevoir, l'exception de compétence a pour unique conséquence de différer l'issue du litige³²³, donc de différer et non d'anéantir la réalisation du droit à une décision sur le fond de la prétention. Ainsi, bien que l'exception de compétence et la fin de non recevoir aboutissent à éviter une décision sur

(saisine des tribunaux qui exclut tout empêchement *in limine* et obligation pour le juge de juger) lorsqu'elle évoque le « droit (...) d'obtenir une décision sur la recevabilité et le bien-fondé d'une allégation défendable ».

³¹⁷ Ainsi, dans la mesure où le moyen procédural propre à soulever une immunité de juridiction est une fin de non recevoir (Civ. 1^{ère} 15 avril 1986 Picasso de Oyague *RCDIP* 1986 p. 723 obs. G. Couchez : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le moyen tiré de l'immunité de juridiction constituait une fin de non recevoir, invocable en tout état de cause, (...), la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (voir également, CA Paris 7 octobre 2003 BAD c/ M. A. Degboe *RCDIP* 2004 p. 409 note M. Audit) ; cette solution n'était pas sans précédents (cf. CA Paris 30 juin 1967 Querouil c/ Breton *RCDIP* 1968 p. 478 note P. Bourel)), elle peut être analysée comme la négation du droit d'action (cf. P. HÉBRAUD, note sous CA Paris 30 janvier 1963 Hallberg c/ Pombo Argaez, *RCDIP* 1963 p. 801 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 640, n° 481), donc du droit d'accès au sens large. Nonobstant cette précision relative aux modalités pratiques de la mise en œuvre de l'immunité de juridiction, sa nature reste très controversée (cf. *infra* n° 73).

³¹⁸ H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 97 ; *Id.*, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 85. ; *Id.*, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 1991, p. 34 et s. ; G. WIEDERKEHR, « La notion d'action en justice », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Presses universitaires de Toulouse, 1981, p. 949.

³¹⁹ Cf. Mme Bandrac (« L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 1) qui voit dès l'arrêt *Golder* l'affirmation du droit d'agir (p. 11 et s.). Quant à Mme M.-A. Frison-Roche, elle déduit le « droit au jugement » d'une analyse exégétique de l'article 6 § 1 en accordant une portée décisive au verbe « décider » (« Dénier de justice et interprétation de la loi par le juge », *Jurisclasseur article 4*, novembre 1996, p. 4, n° 11). Voir également, R. VANDERMEEREN, « Permanence et actualité du droit au juge », *AJDA* 2005 p. 1103.

³²⁰ M. BANDRAC, *loc. cit.*, p. 12. Voir également, CEDH 1^{er} mars 2002 requête n° 48778/99 Kutic c/ Croatie, § 25.

³²¹ À cet égard, rappelons que l'exception d'incompétence, comme en principe toutes les exceptions de procédure, doivent être soulevées *in limine litis*, avant même toute fin de non recevoir, sous peine d'irrecevabilité de ce moyen de défense (Civ. 2^{ème} 8 juillet 2004 Brassart c/ SCP Dargent et Morange, préc.). Cette organisation montre bien que l'action suppose d'abord la compétence, celle-ci étant antérieure à celle-là.

³²² Le moyen procédural adéquat est alors la fin de non recevoir.

³²³ L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, p. 342, n° 613 ; R. PERROT, *Cours de droit judiciaire privé. Fascicule I. Notions fondamentales, compétence, procédure*, 1977, p. 95.

le fond, il convient de ne pas négliger le fait que cet obstacle ne vaut qu'à l'égard de la juridiction devant laquelle l'exception sera soulevée et accueillie³²⁴. Dès lors que le demandeur se sera mieux pourvu, il obtiendra une décision sur le fond. Cependant, cette analyse du droit interne n'est pas celle que propose la Cour européenne des droits de l'homme. De façon assez singulière, ses arrêts font apparaître des interactions entre compétence et action.

β Les interactions entre le droit d'agir et la compétence

68. L'examen de la jurisprudence européenne révèle un décloisonnement des domaines de l'action et de la compétence internationale. Selon la Cour de Strasbourg, les entraves à la réalisation du droit à une décision sur le fond de la prétention peuvent atteindre de manière temporaire ou définitive le droit d'accès. Une telle analyse invite à reconsidérer la mesure dans laquelle s'exerce le pouvoir juridictionnel, en tant qu'elle se présente comme une étape intermédiaire entre l'accès et l'action, et, par voie de conséquence à reconsidérer l'objectif de coordination.

69. Selon une première perspective, la compétence internationale, ou plutôt la décision d'incompétence internationale, retentit directement sur le droit d'accès en retardant l'obtention de la décision sur le fond de la prétention. Deux cas sont alors envisageables : soit il existe une juridiction étrangère potentiellement compétente, soit il n'en existe pas.

70. Cette dernière hypothèse traduit alors un véritable déni de justice puisque aucune solution judiciaire ne s'offre aux plaideurs. À n'en pas douter, une telle situation, propre aux relations privées internationales et corrélativement inconcevable lorsque l'ensemble des éléments du litige se concentre dans un seul et même ordre juridique, constitue une violation du droit d'accès dans son acception élargie. Si l'individu a accès aux institutions judiciaires d'un État, celles-ci n'assureront pas son droit d'action, faute de compétence. De plus, à l'étranger, la même cause entraînera le même effet. En ce sens, la CEDH incite l'État Partie à étendre la compétence de ses tribunaux à l'égard de tels litiges qui, en principe, échappent à la

³²⁴ En revanche, la fin de non recevoir, par la négation du droit d'action, entraîne, à l'instar d'une défense au fond, « le rejet définitif et irrémédiable de la prétention adverse » (L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, p. 342, n° 613).

connaissance de ses juridictions³²⁵. Néanmoins, cette liaison du droit d'accès et du droit d'action ne constitue pas une révolution. La prohibition du déni de justice est, en effet, une règle classique du droit international général³²⁶, et figure tout aussi classiquement, en tant que chef autonome de compétence parmi les règles exceptionnelles de compétence internationale³²⁷. Outre la démonstration qu'aucune juridiction étrangère ne se reconnaîtrait compétente pour connaître du litige³²⁸, celui-ci doit présenter un lien suffisant avec le territoire national afin d'asseoir la compétence exceptionnelle fondée sur le déni de justice³²⁹. Cette dernière exigence se justifie par le fait que l'abstention des tribunaux français constituera un désordre uniquement si le litige se rattache à la France. De plus, elle se révèle indispensable, « *si l'on veut éviter de voir les tribunaux nationaux devenir l'objet d'un forum shopping international* »³³⁰. Toutefois, subordonner de la sorte la compétence fondée sur le risque de déni de justice constitue une restriction dont les justifications ne convainquent guère³³¹. Aussi n'est-il pas exclu que le droit d'accès, au sens large, aboutisse à libéraliser cette compétence dérogatoire, accroissant inopportunément la compétence des États Parties. Un arrêt rendu le 1^{er} février 2005³³² est de nature à alimenter une telle crainte. En l'espèce, un litige s'était élevé entre une société pétrolière iranienne, la NIOC, et l'État d'Israël, et, conformément à une clause d'arbitrage, il appartenait alors à chacune des parties de désigner un arbitre. Elle prévoyait en outre qu'en cas de désaccord des deux arbitres sur le règlement

³²⁵ D'ailleurs, Miaja de la Muela voyait au minimum dans l'article 6 de la CEDH « *un renforcement de l'illicéité internationale du déni de justice* » (« Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI* 1972 volume I p. 47).

³²⁶ N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI* 1961 volume III p. 170 ; A. MIAJA DE LA MUELA, *loc. cit.*, p. 29 et s. ; C. DE VISSCHER, « Le déni de justice en droit international », *RCADI* 1935 tome 52 p. 363.

³²⁷ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé, Tome II*, LGDJ, 7^{ème} édition, 1983 p. 463 n° 674-1 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Compétence internationale », *Rép. pr. civ. Dalloz*, 1998, p. 15, n° 62 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 205, n° 288. Cf. également Req. 29 juillet 1912 *Clunet* 1914 p. 207.

³²⁸ Pour plus de précisions sur cette condition, cf., par exemple, B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} édition, 2000, p. 315, n° 348.

³²⁹ Cette seconde condition apparaît par exemple dans Req. 29 juillet 1912 (*Clunet* 1914 p. 207) où la Cour de cassation admet que le domicile du défendeur en France justifie la compétence des tribunaux français « *s'il n'est pas établi qu'un autre tribunal que le tribunal français pouvait connaître du litige* ». Cf. également Req. 30 décembre 1930 *RCDIP* 1930 p. 111 : « *si, en principe, les tribunaux français sont incompétents pour statuer entre étrangers sur les litiges relatifs à des questions d'état, (...), ils deviennent compétents lorsque le défendeur étranger, domicilié de fait en France, n'a plus de domicile dans un pays étranger où une juridiction aurait compétence pour connaître de l'action dirigée contre lui* » ; CA Paris 29 mars 2001 *Clunet* 2002 p. 498 note D. Cohen.

³³⁰ B. AUDIT, *op. cit.*, p. 315, n° 348.

³³¹ Dans la mesure où l'impossibilité de saisir une juridiction étrangère ne saurait résulter d'une raison de fond (B. AUDIT, *op. cit.*, p. 315, n° 348), le risque de *forum shopping* apparaît très exagéré. En revanche, le risque de l'étouffement de l'appareil judiciaire est plus présent, car des raisons tant de fait que de droit permettent d'établir l'absence de compétence à l'étranger.

³³² Civ. 1^{ère} 1^{er} février 2005 État d'Israël *JCP* 2005 Actualités n° 89, *JCP* 2005.IV.1523, *Dalloz* 2005 p. 520, *JCP* 2005.I.134.4 obs. J. Béguin, *JCP* 2005.II.10101 G. Kessler.

du litige ou sur le choix d'un troisième arbitre, il serait demandé au Président de la Chambre de commerce international de Paris de le nommer. La NIOC a saisi le Président du Tribunal de grande instance de Paris afin qu'il contraigne Israël à respecter la convention d'arbitrage et que, en cas de résistance, il procède lui-même à la désignation du second arbitre. La Cour de cassation, en rejetant le pourvoi formé par Israël, confirme la compétence des juridictions françaises fondée sur le déni de justice selon une motivation à deux égards remarquable. D'une part, elle relie expressément ce chef de compétence à l'article 6 § 1 de la CEDH. Elle affirme ainsi que « *l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du Président du Tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France* »³³³. Or, d'autre part, la Haute juridiction se contente d'un lien très lâche entre la France et le litige. Elle estime en effet que, « *même s'il était tenu* », il résultait du seul choix par les parties du Président de la CCI de Paris pour une désignation éventuelle d'un troisième arbitre³³⁴. Le souci de garantir l'effectivité d'un droit fondamental n'est sans doute pas étranger à l'affaiblissement³³⁵ du rattachement³³⁶.

71. La situation n'est pas plus assurée au cas où une juridiction étrangère se révélerait compétente à l'étranger. Rationnellement, rien n'incite la juridiction incompétente à se saisir du litige puisqu'en toute hypothèse l'individu réalisera son droit d'action devant le tribunal relevant d'un autre ordre juridique. En d'autres termes, l'exception de compétence n'engendre qu'un obstacle temporaire. Or, dans son arrêt *Golder*, la Cour a eu l'occasion de préciser qu'une « *entrave à l'exercice efficace d'un droit peut porter atteinte à ce droit même si elle*

³³³ Comp. Soc. 20 janvier 2005 BAD c/ Degboe *Dalloz* 2005 p. 593, *Dalloz* 2005 p. 1540 note F. Viangalli.

³³⁴ Comp. Soc. 20 janvier 2005 BAD c/ Degboe, préc. : « *que, d'autre part, elle [la cour d'appel] a fait ressortir que le lien avec la France était la nationalité française de l'intéressé ; que c'est donc sans excéder son pouvoir que la cour d'appel a décidé que la juridiction française était compétente pour connaître du litige* ».

³³⁵ M. Béguin (obs. sous Civ. 1^{ère} 1^{er} février 2005 État d'Israël *JCP* 2005.I.134.4) et M. Kessler (*JCP* 2005.II.10101) estiment cependant qu'il était possible de considérer le seul siège de la CCI comme un lien suffisant avec l'ordre juridique français dans la mesure où ce rattachement est lié à la procédure arbitrale et procède directement de la clause compromissoire.

³³⁶ Le déni de justice étant par ailleurs certain puisque la NIOC se trouvait face à une impossibilité « *générale et durable* » de saisir les tribunaux israéliens ou iraniens pour nommer un arbitre à la place de l'État d'Israël dès lors que celui-ci avait expressément déclaré ne pas reconnaître leur compétence respective pour y procéder.

revêt un caractère temporaire »³³⁷. Certes, les circonstances de l'affaire étaient un peu particulières dans la mesure où le requérant, en sa qualité de détenu, devait obtenir une autorisation ministérielle avant de pouvoir consulter un avocat. Le gouvernement défendeur avait alors répliqué que « *le requérant aurait pu s'adresser à sa guise aux tribunaux une fois libéré* »³³⁸. Toutefois, ainsi que le relève la Cour, à la date où le requérant manifestait son souhait de saisir les tribunaux d'une action au civil, cette échéance apparaissait lointaine³³⁹. Nonobstant ces particularités, il ressort de cette jurisprudence, qu'un obstacle, fût-il temporaire, n'en reste pas moins un obstacle. Et, à ce titre, il ne participe pas de la définition du droit d'accès, mais de sa restriction. Relevons que ces considérations ne sont pas totalement étrangères au droit international privé français si l'on songe par exemple à l'urgence qui permet de fonder la compétence internationale des juridictions françaises normalement incompétentes³⁴⁰. En principe, les décisions alors prises auront un caractère provisoire afin de respecter la compétence étrangère. De la même manière, si la loi étrangère applicable à la cause est temporairement inconnue, l'urgence autorise le juge français à lui substituer la loi française en raison de sa vocation générale subsidiaire, la décision ne valant que le temps nécessaire à la connaissance de la loi normalement compétente³⁴¹.

72. Ainsi, retenir une conception rigoureuse des domaines de l'action et de la compétence n'exclut pas certaines relations entre les deux notions qui, pour une large part, résultent des particularités des relations privées internationales. L'originalité consiste surtout dans l'analyse de la compétence comme un obstacle à l'action, alors qu'elle ne fait que retarder sa réalisation. La jurisprudence fait apparaître d'autres interactions beaucoup plus surprenantes.

73. Selon une seconde perspective, en effet, la décision d'incompétence perd sa nature d'obstacle temporaire pour être envisagée uniquement sous l'angle d'une restriction pure et simple au droit d'accès entendu au sens large. D'une manière générale, cette analyse se vérifie lorsque l'État dont les juridictions sont internationalement compétentes refuse de considérer que la saisine d'une juridiction étrangère incompétente entraîne l'interruption de la

³³⁷ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, § 26.

³³⁸ *Ibid.*, § 26.

³³⁹ Par ailleurs cette décision concerne le droit d'accès au sens strict, mais dans la mesure où la Cour raisonne d'une manière générale sur le droit d'accès, il est peu probable que cette analyse ne vaille que pour un seul de ses aspects.

³⁴⁰ B. AUDIT, *op. cit.*, p. 314, n° 347 ; H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, p. 15, n° 61 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 145, n° 198.

³⁴¹ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 145, n° 198.

prescription³⁴². Elle découle également des arrêts rendus par la Cour en matière d'immunité de juridiction des États étrangers et des organisations internationales dans la mesure où, de son point de vue, « *il faut considérer l'immunité de juridiction non pas comme un tempérament à un droit matériel, mais comme un obstacle procédural à la compétence*³⁴³, *pour les juridictions nationales, de statuer sur ce droit* »³⁴⁴. À la vérité, cette proposition révèle une ambiguïté et peut revêtir, à ce titre, deux significations.

En premier lieu, il est possible d'y voir la traduction de la conception actuelle de l'immunité de juridiction, à savoir qu'elle constitue un problème préalable à la compétence dont l'effet est de révoquer en doute non pas la mesure, mais bien l'existence du pouvoir juridictionnel³⁴⁵. L'immunité de juridiction apparaît alors comme un obstacle à tout examen de la compétence. Il devient sans objet, car, si la compétence se définit comme « *la mesure dans laquelle un tribunal peut exercer son pouvoir de juridiction* »³⁴⁶, l'immunité anéantit ce pouvoir et il est alors inconcevable de juger la mesure de ce qui n'existe pas. Néanmoins, poussé jusque dans ses conséquences les plus extrêmes, ce raisonnement devrait conduire à constater qu'une telle situation échappe à la juridiction des États Parties à la CEDH au sens de l'article 1 de la Convention. Or, telle n'est pas la position de la Cour lorsqu'une requête met en cause l'immunité de juridiction sur le fondement du droit d'accès à un tribunal. La Cour examine l'applicabilité et l'application de la clause normative dont la violation est alléguée sans même se poser la question de l'applicabilité de la Convention dans son ensemble. Ainsi, soit la Cour considère l'immunité de juridiction comme un défaut de pouvoir juridictionnel, mais sans en tirer toutes les conséquences, soit elle retient un autre parti. Cette dernière option est envisageable au regard de la formulation utilisée par la Cour.

³⁴² Le droit français est ainsi de nature à conserver au droit d'action son caractère temporairement différé puisque, projetant dans les relations privées internationales l'article 2246 du Code civil, la Cour de cassation estime que l'assignation délivrée devant un tribunal territorialement incompétent constitue, même s'il s'agit d'une juridiction étrangère, un acte de poursuite interruptif de la prescription (cf. Civ. 1^{ère} 21 janvier 1975 *Bull. Civ.* n° 22). Afin de produire un tel effet, il importe cependant que la saisine de la juridiction incompétente soit exclusive de toute mauvaise foi (Civ. 2^{ème} 16 décembre 2004 *Société Moyse Procédures* 2005 n° 2 p. 15 obs. H. Croze, *JCP* 2005.II.10073 note E. Sander).

³⁴³ Cnqs.

³⁴⁴ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 *Fogarty c/ Royaume-Uni*, préc., § 26 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, préc., § 48 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 *Mac Elhinney c/ Irlande*, préc., § 25. Les arrêts antérieurs relatifs à l'immunité de juridiction ne comprenaient aucun parti pris quant à sa nature (par exemple, les arrêts CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, préc., § 58 et CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 *Beer et Regan c/ Allemagne*, préc., § 48 se contentent d'évoquer un « *accès limité à une question préliminaire* »).

³⁴⁵ H. MOTULSKY, *Écrits et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978, p. 306. Cf. Civ. 1^{ère} 14 novembre 1995 *Hintermann RCDIP* 1996 p. 337 note H. Muir Watt : « *Et attendu que les tribunaux français étant dépourvus, en l'espèce, de pouvoir juridictionnel, le grief fondé sur la compétence internationale en raison du rattachement du litige avec la France est inopérant* ».

³⁴⁶ H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 306 ; L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, p. 83, n° 135.

En second lieu, elle peut en effet s'interpréter comme signifiant que l'immunité de juridiction équivaut pour le juge à nier sa compétence. Il s'agirait alors d'un obstacle procédural qui agit au sein même du problème de la compétence et non préalablement. La solution peut paraître contestable si l'on se réfère à la majorité de la doctrine française³⁴⁷, tant internationaliste que processualiste. Certes, plusieurs éléments accréditent l'idée selon laquelle l'immunité de juridiction est étrangère à la compétence. L'inapplicabilité de la procédure de contredit et le fait que le recours ouvert contre une décision qui a statué au mépris d'une telle immunité soit un pourvoi pour excès de pouvoir en sont autant d'illustrations. Cependant, en dépit de leur postulat de départ sur la nature de l'immunité de juridiction, les auteurs, à de rares exceptions³⁴⁸, approuvent également la Cour de cassation lorsqu'elle précise que le moyen tiré de l'immunité de juridiction constitue une fin de non recevoir, ce qui suggère davantage l'inhibition du droit d'agir qu'un défaut de pouvoir juridictionnel. La justification avancée réside dans l'importance de l'intérêt à sauvegarder, c'est-à-dire le respect de la souveraineté étrangère. Or, seule la fin de non recevoir présente suffisamment d'efficacité pour y parvenir. Alors que l'exception de procédure doit être invoquée *in limine litis* et ne peut être relevée d'office par le juge même si elle se fonde sur un texte d'ordre public, la fin de non recevoir est invocable en tout état de cause³⁴⁹ et le juge est tenu de la soulever d'office notamment si elle est d'ordre public³⁵⁰. Ainsi, le bénéficiaire de l'immunité de juridiction a toute latitude pour en user de manière dilatoire ou pour échapper à une décision qui risque de lui être défavorable, sans s'exposer à la condamnation à dommages et intérêts prévue dans de telles circonstances par l'article 123 du Nouveau Code de procédure civile et, en toute hypothèse, il pourra se prévaloir de son immunité d'exécution³⁵¹. Peut-on réellement reprocher à la Cour

³⁴⁷ P. BOUREL, note sous CA Paris 30 juin 1967 *Querouil c/ Breton*, *RCDIP* 1968 p. 478 ; G. COUCHEZ, note sous Civ. 1^{ère} 15 avril 1986 *Picasso de Oyague*, *RCDIP* 1986 p. 723 ; L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, p. 84, n° 135 ; H. Motulsky, *op. cit.*, p. 306.

³⁴⁸ Motulsky a violemment critiqué ce moyen procédural parce que l'immunité de juridiction tend, à l'instar de l'exception de compétence, à contester la régularité de la procédure et non le droit d'action. De sorte que le moyen adéquat pour soulever l'immunité de juridiction, en tant que défaut de pouvoir juridictionnel, serait une exception de procédure (option tout à fait réalisable dans la mesure où il semblerait que la liste des exceptions de procédure dans le Nouveau Code de procédure civile ne soit plus limitative ; sur ce point cf. G. COUCHEZ, note préc., p. 723, spéc. p. 729).

³⁴⁹ La jurisprudence se refusant à considérer comme une renonciation à l'immunité de juridiction le fait pour son bénéficiaire d'avoir conclu au fond.

³⁵⁰ Article 125 NCPC.

³⁵¹ Dès lors que le bien qui fait l'objet de la saisie n'a pas été « affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice » (Civ. 1^{ère} 14 mars 1984 *Eurodif* *RCDIP* 1984 p. 644 note J.-M. Bischoff, *Clunet* 1984 p. 598 note B. Oppetit, *Rev. arb.* 1985 p. 69 note G. Couchez, *GAJFDIP* n° 65-66). Sous réserve également que les juridictions françaises n'empruntent pas la voie ouverte par la Cour d'appel de Bruxelles qui, par un arrêt remarqué (CA Bruxelles 4 mars 2003 *ACP Journal des tribunaux* 2003 p. 684 note E. David), a paralysé le jeu de l'immunité d'exécution en se fondant sur le droit à l'exécution des décisions internes et définitives issu de l'article 6 § 1 de la CEDH.

européenne des droits de l'homme de s'être départie de l'analyse classique de l'immunité de juridiction, au nom d'un autre pragmatisme qui consiste à adapter ses qualifications à la sauvegarde d'un intérêt, les droits fondamentaux des êtres humains, tout aussi digne de protection que le respect de la souveraineté étatique ? Par ailleurs, les thèses développées par une autre partie de la doctrine appuient le rapprochement de l'immunité de juridiction et de la compétence internationale³⁵². Or, à la différence d'un problème classique de compétence internationale, l'immunité de juridiction n'offre bien souvent à celui à qui elle est opposée aucune perspective d'obtenir une décision sur le fond. De temporaire, l'obstacle deviendra définitif, nulle option ne s'offrant à l'individu pour la réalisation de son action. Plus encore, dans cette hypothèse particulière, les juridictions doivent se résoudre à laisser se consommer un déni de justice, celui-ci ne pouvant logiquement fonder une compétence sans priver d'objet l'immunité de juridiction³⁵³. Même si le préjudice qui en résulte pour l'individu lui permet d'engager la responsabilité de l'État français sur le fondement d'une rupture d'égalité devant les charges publiques³⁵⁴, l'atteinte au droit d'accès au juge n'en subsiste pas moins, cette voie ne saurait être considérée comme un moyen apte à redresser la restriction constatée³⁵⁵. Par extension, cette orientation implique qu'une décision d'incompétence peut constituer une limitation au droit que les individus reçoivent de l'article 6 § 1 de la Convention d'obtenir une décision sur le bien-fondé de leur prétention. Le déclinatoire de compétence s'analyse en une ingérence dont la conventionnalité devra être démontrée.

74. En conséquence, dès lors que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet de voir dans une déclaration d'incompétence un élément non pas indifférent mais attentatoire au droit d'agir en tant que composante du droit d'accès au tribunal, la Convention apparaît là encore comme un instrument offrant aux individus la faculté de forcer la compétence internationale des juridictions des États membres au détriment de ces postulats fondamentaux du droit de la compétence internationale que sont les options de compétence et

³⁵² J.-P. NIBOYET, « Immunité de juridiction et incompétence d'attribution », *RCDIP* 1950 p. 139 ; FREYRIA, « Les limites de l'immunité de juridiction et d'exécution des États étrangers », *RCDIP* 1951 p. 207. ; L. BOYER, « À propos du domaine de l'article 169 du Code de procédure civile (litiges internationaux et litiges promis à l'arbitrage) », *JCP* 1965.I.1962, spéc. n° 26-32 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 640, n° 481.

³⁵³ Parce que l'immunité de juridiction procède d'une conception publiciste des conflits de juridictions alors que seule une conception privatiste permet de concevoir une compétence fondée sur le déni de justice (L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004, p.112 et s., n° 118 et s.).

³⁵⁴ L. CORBION, *op. cit.*, p. 124, n° 136 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 226, n° 321.

³⁵⁵ Voir, *mutatis mutandis*, CEDH 31 mars 2005 requête n° 62740/00 *Matheus c/ France*, § 58 (la Cour estime que l'indemnité perçue par le requérant pour faute lourde de l'État du fait de son refus de prêter concours à l'exécution de la décision litigieuse ne saurait combler la carence des autorités nationales).

l'impossibilité d'admettre une compétence illimitée. Les risques de bouleversement s'accroissent davantage si l'on considère l'ultime prolongement matériel du droit d'accès effectif : l'exécution des décisions de justice.

b Le droit à l'exécution de la décision sur le fond

75. Une fois la décision de justice rendue, son exécution apparaît comme l'ultime phase de la réalisation du droit revendiqué par un individu. L'effectivité du droit ne se conçoit pas sans sa concrétisation matérielle, sans une exécution spontanée ou, le cas échéant, forcée de la chose jugée. En partant de ce constat, véritable leitmotiv de la jurisprudence européenne³⁵⁶, renforcé par le concept de la prééminence du droit, lequel « *irradie l'ensemble des dispositions de la Convention* »³⁵⁷, la Cour de Strasbourg a consacré, par voie d'interprétation téléologique, le droit à l'exécution des décisions de justice. Rattaché au « droit à un tribunal », il apparaît comme l'exact pendant, en aval, du droit d'accès à un tribunal, qui, lui, se situe en amont de la procédure judiciaire³⁵⁸. En dépit de son autonomie annoncée, ce prolongement de l'article 6 § 1 de la Convention présente des liens très étroits avec le droit d'accès à un tribunal en particulier lorsqu'il s'agit d'en garantir l'effectivité. Il possède ainsi une nature hybride et concerne à la fois l'exécution au sens d'une réalisation du contenu de la décision et l'effectivité du droit d'accès. C'est à ce dernier titre que se vérifie une double incidence contradictoire du droit à l'exécution sur la compétence internationale, tantôt dans le sens de

³⁵⁶ La Convention a « *pour but de protéger non pas des droits théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs* » (cf. CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 Airey c/ Irlande, préc., § 24).

³⁵⁷ J.-P. MARGUÉNAUD, note sous CEDH 19 mars 1997 requête n° 18357/91 Hornsby c/ Grèce, *RTDC* 1997 p. 1009.

³⁵⁸ CEDH 19 mars 1997 requête n° 18357/91 Hornsby c/ Grèce *Dalloz* 1998 p. 75 note N. Fricero, *Clunet* 1998 p. 185 obs. H. Ascencio, *RTDC* 1997 p. 1009 note J.-P. Marguénaud, *JCP* 1997.II.22949 note O. Dugrip et F. Sudre, *GACEDH* n° 28. La formulation employée par la Cour est à cet égard fort révélatrice : « *La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle l'article 6 § 1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil ; il consacre de la sorte le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir les tribunaux en matière civile, constitue un aspect. Toutefois, ce droit serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure (équité, publicité, célérité) accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en œuvre des décisions judiciaires ; si cet article devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit que les États se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention. L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6* » (§ 40). Des affaires relatives à la durée des procédures d'exécution préfiguraient déjà une telle orientation (cf. par exemple CEDH 28 septembre 1995 requête n° 19133/91 Scollo c/ Italie). La Cour n'a employé l'expression « droit à l'exécution d'un jugement ou arrêt » que très récemment et ne l'utilise pas systématiquement (cf. CEDH 6 juin 2000 requête n° 42338/98 Dachar c/ France ; CEDH 11 janvier 2001 requête n° 21463/93 Lunari c/ Italie, § 42). Ce prolongement substantiel de l'article 6 n'en est pas moins avéré (cf. par exemple, pour une application récente, CEDH 18 juin 2002 requête n° 45574/99 Stella et la Fédération nationale des familles de France c/ France).

son affermissement en tant que méthode de coordination, tantôt dans le sens d'une remise en cause des objectifs de coordination qu'elle poursuit.

76. Unanime, la doctrine estime que l'arrêt *Hornsby* a conféré une autonomie totale à l'exécution des jugements ou arrêts³⁵⁹. Il convient pourtant de souligner combien, à maints égards, elle se situe dans la dépendance du droit d'accès au tribunal, pour apparaître, en définitive, comme l'achèvement de l'effectivité de ce dernier. Tout d'abord, la formulation même de l'arrêt *Hornsby* n'est pas dépourvue d'ambiguïté. Après avoir rappelé que l'article 6 § 1 de la Convention consacre « *le droit à un tribunal, dont le droit d'accès, (...), constitue un aspect* », elle ajoute que « *ce droit serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie* »³⁶⁰. Cette tournure fait planer un doute sur le droit dont la Cour relève le caractère illusoire : fait-elle référence au « droit à un tribunal » ou au « droit d'accès » ? Grammaticalement, il s'agit d'évoquer le droit d'accès³⁶¹. Néanmoins, la suite de l'arrêt semble éclaircir la situation lorsque la Cour précise sans ambages qu'elle entend consacrer, au titre de la Convention, un droit qui déborde le domaine du droit d'accès. En énonçant que « *si l'article 6 § 1 devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit* », elle signifie que l'exécution des décisions de justice ne saurait s'identifier ni à l'un, ni à l'autre, pour être envisagée en elle-même. Dans un souci de cohérence, la phrase précédemment citée renverrait donc au « droit à un tribunal », celui-ci constituant alors l'assise de l'exécution des décisions de justice. Pourtant, dans la jurisprudence postérieure, la mention du droit au tribunal, dans cette fonction, cède, avec une étonnante régularité, sa place au droit d'accès lequel apparaît alors comme la véritable source ou au minimum comme une source complémentaire du droit à l'exécution³⁶². En outre, au-

³⁵⁹ Cf. notamment les observations de Mme Fricero (*Dalloz* 1998 p. 76) et M. Ascencio (*Clunet* 1998 p. 185) formulées à propos de cet arrêt. Voir également, C. HUGON, « L'exécution des décisions de justice », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 600 et s., n° 797 et s..

³⁶⁰ CEDH 19 mars 1997 requête n° 18357/91 *Hornsby c/ Grèce*, préc., § 40.

³⁶¹ Dans son opinion séparée à laquelle le juge Bratza a déclaré se rallier, sous l'arrêt *Al-Adsani contre le Royaume-Uni*, le juge Pellonpää retenait une interprétation similaire. Il déduisait du passage cité de l'arrêt *Hornsby* « *qu'il est de jurisprudence constante que le simple accès à un tribunal sans possibilité de voir exécuter les jugements ne suffit pas au regard de l'article 6* ».

³⁶² « *Le droit à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire interne définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie* » (cf. par exemple CEDH 14 mars 2002 requête n° 47734/99 *Adamogiannis c/ Grèce*, § 20 ; CEDH 6 juin 2002 requête n° 51473/99 *Katsaros c/ Grèce*, § 33 ; CEDH 18 juin 2002 requête n° 45574/99 *Stella et la Fédération nationale des familles de France c/ France*). Pour autant, la Cour ne semble pas décider à abandonner la formule héritée de

delà des formulations flottantes et incertaines sur lesquelles aucune déduction fiable ne saurait s'appuyer, l'étroite relation qui unit le droit à l'exécution et le droit d'accès n'est pas moins avérée par ailleurs. MM. Dugrip et Sudre avaient déjà souligné qu'en succédant à l'affirmation du droit d'accès par l'arrêt *Golder* et à l'affermissement de son effectivité par les arrêts de *Geouffre de la Pradelle* et *Bellet*, « l'arrêt *Hornsby* forme le troisième mouvement d'une jurisprudence qui construit progressivement un véritable droit à une justice effective »³⁶³. Droit d'accès et droit à l'exécution participent ainsi d'une même logique, et, reprenant à son compte ce raisonnement, la Cour a indiqué que « le droit d'accès à la justice que garantit l'article 6 § 1 de la Convention (...) a pour corollaire le droit à l'exécution des décisions judiciaires définitives »³⁶⁴. En d'autres termes, l'exécution de la décision de justice se déduit immédiatement du droit d'accès ou à tout le moins en résulte inévitablement. L'idée selon laquelle l'effectivité du droit d'accès au tribunal s'apprécie en dernière analyse à l'aune de l'exécution de la décision obligatoire et définitive reçoit un large écho au sein de la Cour européenne des droits de l'homme. Ses membres l'expriment dans les arrêts qu'ils prononcent, comme dans l'affaire *Stella et la Fédération nationale des familles de France contre France* où la Cour déduit de l'exécution intégrale d'une décision rendue par le Conseil d'État français par les autorités internes l'absence d'atteinte à « l'accès effectif à un tribunal »³⁶⁵. Ils la diffusent également dans leurs opinions séparées, telle celle du juge Pellonpää rejoint par le juge Bratza sous l'arrêt *Al-Adsani contre le Royaume-Uni* dans

l'arrêt *Hornsby* (cf. par exemple CEDH 10 janvier 2002 requête n° 49888/99 De Azevedo Sousa Perreira c/ Portugal ; CEDH 28 mai 2002 requête n° 58932/00 Pogasiy c/ Ukraine).

³⁶³ Note sous CEDH 19 mars 1997 requête n° 18357/91 *Hornsby* c/ Grèce, *JCP* 1997.II.22949, p. 509.

³⁶⁴ CEDH 6 juin 2000 requête n° 42338/98 *Dachar* c/ France.

³⁶⁵ Dans le même sens, voir CEDH 14 mars 2003 requête n° 47734/99 *Adamogiannis* c/ Grèce, § 20 : la Cour « rappelle que le droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie » (voir aussi CEDH 12 décembre 2002 requête n° 59021/00 *Kalogeropoulou* et autres c/ Grèce et Allemagne ; CEDH 31 mars 2005 requête n° 62740/00 *Matheus* c/ France, § 56 : « La Cour rappelle que le droit à l'exécution d'une décision de justice est un des aspects du droit d'accès au tribunal »). Cf. également le curieux arrêt CEDH 28 juillet 1999 requête n° 22774/93 *Immobiliare Safi* c/ Italie (*JCP* 2000.I.203 obs. F. Sudre, *Dalloz* 2000 som p. 186 obs. N. Fricero), dans lequel la Cour utilise la formule de l'arrêt *Hornsby* qui rattache le droit à l'exécution au droit à un tribunal (§ 63) pour déduire du retard dans l'exécution d'une ordonnance d'expulsion une violation du droit d'accès (§ 74) ! À l'inverse, la Cour a estimé opportun de paralyser l'effet du « droit à l'exécution » d'une partie lorsque celui-ci aboutit à supprimer l'accès au tribunal de l'autre partie ; preuve supplémentaire du fait que l'exécution se situe dans la dépendance du droit d'accès (cf. CEDH 14 novembre 2000 requêtes n° 31819/96 et 33293/96 *Annoni Di Gussola* et autres c/ France ; CEDH 25 septembre 2003 requête n° 45840/99 *Bayle* c/ France. Voir également, CEDH 25 septembre 2003 requête n° 50343/99 *Pages* c/ France qui constate au contraire l'absence de violation du droit d'accès du requérant à la Cour de cassation pour ne pas avoir exécuté l'arrêt rendu par la Cour d'appel ; dans son opinion dissidente, Mme le juge Françoise Tulkens remarque néanmoins que « sur le plan de la proportionnalité, il est délicat de subordonner le droit d'agir en justice au droit à l'exécution ». Voir encore C. HUGON, *loc. cit.*, p. 606 et s., n° 802 et s.).

laquelle il écrit qu'on ne saurait reconnaître l'effectivité du droit d'accès sans possibilité d'exécution de la décision rendue.

77. La relation ainsi établie entre l'accès au juge et l'exécution de sa décision, la seconde assurant l'effectivité du premier, conduit à douter de la pertinence de chefs de compétence internationale qui débouchent sur des décisions dont les effets sont appelés à se déployer dans un autre ordre juridique et dont, par conséquent, l'exécution dans le for saisi n'est pas susceptible d'intervenir. À cet égard, il convient sans doute d'opérer une distinction entre les compétences qui intègrent une appréciation du sort de la décision qui sera rendue et les autres. De sorte que cette corrélation est de nature à conforter certaines méthodes de coordination³⁶⁶ des ordres juridiques qui reposent sur une correspondance entre la compétence juridictionnelle et l'exécution de la décision dans le for ou ailleurs. À l'inverse, elle risque de remettre en cause les méthodes qui organisent la coordination des ordres juridiques en s'inspirant d'autres considérations, telles la commodité des plaideurs et la bonne administration de la justice, et qui opèrent une nette séparation entre la compétence, d'une part, et l'exécution, d'autre part. Une telle opposition peut apparaître regrettable, car la seconde option présente des avantages non négligeables et réalise souvent de manière plus adéquate une saine gestion des relations privées internationales.

78. Au regard de la jurisprudence européenne, l'exécution des décisions de justice garantie par l'article 6 § 1 induit une action positive de l'État³⁶⁷. Néanmoins, cela n'a pas eu les conséquences générales et dévastatrices redoutées par la doctrine³⁶⁸. C'est ainsi que ce prolongement du procès équitable vaut uniquement pour les décisions définitives et obligatoires³⁶⁹ et implique seulement pour l'État la mise en place d'un système accessible à

³⁶⁶ Pour un exposé des différentes méthodes de coordination des ordres juridiques, cf. P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 1999 tome 276 p. 9.

³⁶⁷ Dans leurs annotations sur l'arrêt *Hornsby*, MM. Dugrip et Sudre affirmaient que « la conséquence principale d'une telle conception est que les exigences du procès équitable se déplacent, une fois le jugement au fond rendu, du juge vers l'Administration : la réalisation effective du "droit à un tribunal" commande que l'État adopte des "mesures positives" d'exécution du jugement. En l'espèce, c'est bien sur le terrain des obligations positives que la Cour se place (même si elle ne s'y réfère pas expressément) pour sanctionner l'inertie fautive de l'Administration (...) » (*JCP* 1997.II.22949 p. 510).

³⁶⁸ Cf. par exemple, les commentaires de M. Marguénaud (*RTDC* 1997 p. 1010-1012) et de Mme Fricero (*Dalloz* 1998 p. 77-78) sur l'arrêt *Hornsby* pour un aperçu des graves conséquences qu'aurait pu engendrer le « droit à l'exécution des décisions de justice ».

³⁶⁹ Cette précision relative au domaine du « droit à l'exécution » résulte de CEDH 18 avril 2002 requête n° 49144/99 *Ouzounis c/ Grèce* *Dalloz* 2002 p. 2572 obs. N. Fricero : « La Cour ne saurait admettre que l'article 6 protège non seulement les décisions judiciaires internes définitives et obligatoires, mais aussi celles de décisions qui peuvent être soumises au contrôle des plus hautes instances et, éventuellement, infirmées » (§ 21). Ainsi, l'effet suspensif de l'appel n'entre pas en contradiction pas le « droit à l'exécution », lequel ne

tous de nature à assurer, au besoin, l'exécution forcée des jugements ou arrêts concernés au titre de l'article 6 § 1 de la Convention³⁷⁰.

79. Selon un premier degré de compréhension, cet impératif oblige les États à ouvrir leur ordre juridique au sens où l'entendait Santi Romano. Par conséquent, l'indépendance et la circularité des ordres juridiques signifient que l'État peut, mais non pas doit, tenir pour indifférent le phénomène juridique étranger. Or, l'influence de la CEDH offre une nouvelle perspective en élevant en violation des droits fondamentaux ce qui restait une faculté. Par conséquent, un renversement des propositions s'opère : sans remettre en cause le postulat fondamental du cloisonnement des ordres juridiques, qui découle directement du principe tout aussi fondamental de l'égalité entre États, ceux-ci doivent purement et simplement accorder une place, qu'il reste à définir, au phénomène juridique étranger. La mise en place d'une procédure d'*exequatur*, applicable aux décisions définitives au regard de l'ordre juridique dans lequel elles ont été produites, satisfait à cet égard au « droit à l'exécution ». Par ailleurs, cette signification primaire fait apparaître, cela ne saurait surprendre, l'atteinte portée au droit d'accès effectif par l'immunité d'exécution dont bénéficient les titulaires d'une immunité de juridiction³⁷¹. Atteinte qui soulève d'autant plus de difficultés que la première peut être opposée en tout état de cause, même si son bénéficiaire a renoncé à la seconde.

80. Selon un second degré de compréhension, cet impératif met en jeu les règles de compétence internationale. Vu sous l'angle d'un accès effectif au tribunal, il implique une

postule pas, par conséquent, la généralisation de l'exécution immédiate (comp. N. FRICERO, *Dalloz* 1998 p. 77).

³⁷⁰ Ainsi, il doit exister un système permettant de vaincre les réticences tant de l'administration (pour le contenu de la garantie dans cette hypothèse cf. par exemple CEDH 28 juillet 1999 requête n° 22774/93 Immobiliare Safi c/ Italie, préc., spéc. §§ 66, 69 et 74 ; ou encore CEDH 30 novembre 2000 requête n° 15919/89 Edoardo Palumbo c/ Italie, §§ 36 et s.) que des personnes privées à se conformer aux décisions de justice qui leur sont opposables. En ce qui concerne ces derniers, l'État n'a donc pas à se substituer à la partie défaillante comme on aurait pu le craindre (comp. J.-P. MARGUÉNAUD, *RTDC* 1997 p. 1012). À cet égard, cf. CEDH 6 juin 2000 requête n° 42338/98 Dachar c/ France : « *Le droit d'accès à la justice (...) a pour corollaire le droit à l'exécution des décisions judiciaires définitives. On ne saurait certes en déduire qu'en matière civile, les États contractants doivent être tenus pour responsables du défaut de paiement d'une créance exécutoire dû à l'insolvabilité d'un débiteur "privé". Il en résulte par contre l'obligation pour les États Parties de mettre à la disposition des individus un système leur permettant d'obtenir de leurs débiteurs récalcitrants le paiement des sommes allouées par les juridictions. Si un tel système n'est pas accessible à certains en raison de leur impécuniosité, une question est susceptible de se poser sur le terrain de l'article 6* » ; raisonnement qui a conduit la Cour à déclarer la requête irrecevable dans la mesure où, dans l'ordre juridique français, l'aide juridique peut être sollicitée pour recourir à l'exécution forcée. Voir encore CEDH 27 mai 2003 requête n° 50342/99 Sanglier c/ France, § 39 ; CEDH 3 février 2005 requête n° 2577/02 Fociac c/ Roumanie : « *le droit d'accès à un tribunal ne peut obliger un État à faire exécuter chaque jugement de caractère civil quel qu'il soit et quelles que soient les circonstances* » (§ 38).

³⁷¹ Ce que la Cour évite par le biais d'une internationalisation des restrictions légitimes à la Convention (cf. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II, n° 89 et s.).

liaison entre la compétence et l'exécution de la décision qui sera rendue. Cette conception induit une saine gestion des relations privées internationales. En effet, subordonner la compétence à la vérification que la décision sera reconnue ou potentiellement reconnue à l'étranger contribuerait à réduire de manière significative, voire à éradiquer, les irritantes situations juridiques boiteuses dont l'efficacité se trouve géographiquement limitée. L'idée occupe une place centrale dans le commentaire de Francescakis sous l'arrêt *Scheffel*³⁷², véritable plaidoyer en faveur d'une spécificité fortement accusée de la compétence internationale par rapport à la compétence interne, par lequel il dénonce la rigidité instaurée par cette décision dans la détermination de la compétence générale des tribunaux français. De son point de vue « (...) il ne fait pas de doute (...) que la compétence internationale des tribunaux français se détermine exclusivement d'après les règles françaises et ce, en principe, quel que soit le sort que les pays étrangers réserveront au jugement rendu en France, donc même si ce jugement est appelé à ne pas être reconnu à l'étranger parce que rendu par une juridiction incompétente »³⁷³. (...) il est certain que l'assimilation pure et simple de la compétence internationale à la compétence interne ne sert pas les intérêts bien compris de la coopération internationale. La relative souplesse que présentent (...) les règles internes (...) conduira parfois, et conduira souvent si l'on prend définitivement le parti de l'assimilation pure et simple des deux compétences, à dispenser, à des gens qui n'ont pas d'attaches avec la France, un divorce qui ne sera pas reconnu dans leur pays. Nous voulons bien que cette dernière préoccupation soit absente du règlement positif actuel. Mais de là à aller au devant de la non-reconnaissance du jugement français à l'étranger, c'est, sous couleur de libéralisme individualiste, franchir un pas délibéré dans la voie du refus de coopération internationale »³⁷⁴. Dans le même sens, Miaja de la Muela estimait, au nom du principe d'effectivité, qu'une impossibilité avérée d'exécuter une décision devait conduire le juge requis à décliner sa compétence internationale³⁷⁵. Quoique séduisant dans l'absolu, ce système se heurte au respect de la souveraineté étatique en vertu de laquelle la compétence des juridictions ne saurait être déterminée par un souverain autre que celui qui les a instituées. Néanmoins, en adhérant à la Convention européenne des droits l'homme, les États ont librement consenti à une limitation de leur souveraineté. Or, dans la mesure où le système découle directement de ce texte, la pertinence de l'argument tiré du respect de la souveraineté

³⁷² Civ. 1^{ère} 30 octobre 1962 *Scheffel* *RCDIP* 1963 p. 387 note P. Francescakis, *Dalloz* 1963 note G. Holleaux.

³⁷³ P. FRANCESCAKIS, note sous Civ. 1^{ère} 30 octobre 1962 *Scheffel*, *RCDIP* 1963 p. 390.

³⁷⁴ *Ibid.*, *RCDIP* 1963 p. 392.

³⁷⁵ A. MIAJA DE LA MUELA, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI* 1972 volume I p. 85.

étatique décroît singulièrement. En outre, l'État, qui dispose de toute latitude ou presque en cette matière, peut fort bien prescrire à ses juridictions de déterminer leur compétence par référence au système juridique d'un ou plusieurs ordres juridiques tiers. Ce faisant, leur compétence continuerait toujours à être fixée par leur souverain puisque c'est de lui qu'émane le commandement de prendre en compte des règles étrangères relatives à la reconnaissance des décisions provenant d'autres ordres juridiques. Le droit international privé positif n'ignore pas de telles considérations qui trouvent leur plus parfaite expression dans la méthode de la référence à l'ordre juridique étranger compétent³⁷⁶. Celle-ci n'est d'ailleurs pas un cas unique. Selon des modalités différentes, il est possible de voir une application de cette idée à propos de l'établissement de la compétence des juridictions en matière réelle immobilière lorsque le bien objet du litige se situe sur le territoire de l'État duquel elles dépendent³⁷⁷. C'est ainsi que, en rupture avec le principe d'unité qui prévaut dans l'ordre interne, la compétence en matière de succession internationale est morcelée ; les juridictions françaises ne sont pas compétentes, à l'égard des successions ouvertes en France, pour se prononcer sur le sort des immeubles situés à l'étranger^{378 379}. Si la CEDH apparaît alors comme un facteur propice à la coopération

³⁷⁶ Pour un exposé de cette méthode de coordination des ordres juridiques, cf. P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI* 1986 tome 197 p. 229 ; *Id.*, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 1999 tome 276 p. 9, spéc. p. 119 et s. (exposé de la méthode), et p. 260 et s. (rapports entre la méthode et la compétence internationale).

³⁷⁷ Par exemple, M. AUDIT estime qu'une telle compétence se justifie, comme dans l'ordre interne, par la proximité du tribunal ce qui facilite les mesures d'instruction, mais également pour des motifs propres à l'internationalité du litige et notamment « *le fait que la décision s'exécutera nécessairement dans l'État où est situé l'immeuble* » (B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} édition, 2000, p. 305, n° 338). Inversement, les juridictions ne sont pas compétentes pour statuer sur un immeuble *sis* à l'étranger même si le litige oppose deux français. Cf. également Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 604, n° 446 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4^{ème} édition refondue, 2004, p. 134, n° 224.

³⁷⁸ B. AUDIT, *op. cit.*, p. 306, n° 339 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé, Tome II*, LGDJ, 7^{ème} édition, 1983, p. 460, n° 674 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 605, n° 447. La Cour de cassation a même exclu, dans cette hypothèse, une éventuelle compétence fondée sur le risque de déni de justice : « *Mais attendu que les successions immobilières sont soumises à la loi de la situation des biens et que les juridictions françaises sont incompétentes pour statuer sur le partage des immeubles sis à l'étranger ; que constatant sa propre incompétence, la cour d'appel n'avait donc pas à rechercher si la saisine du juge étranger était possible, lors même qu'aurait été allégué un déni de justice de la part de juridictions étrangères du lieu de situation des immeubles* » (Civ. 1^{ère} 7 janvier 1982 Le Van Chau *RCDIP* 1983 p. 87 note B. Ancel). Une telle position apparaît parfaitement défendable au regard du droit effectif d'accès au tribunal, car si un problème se pose sur ce terrain ce sera bien l'incompétence des juridictions de la situation de l'immeuble, lieu où la décision au fond aura de toute façon vocation à être exécutée. Encore faudrait-il dans cette hypothèse que l'État dont relèvent ces juridictions soit soumis à la juridiction de la Cour de Strasbourg. Dans le cas contraire, il en résultera certes une méconnaissance du droit d'accès, mais qui n'est susceptible d'aucun remède du point de vue de la CEDH ; il en découle une restriction à la CEDH inhérente au fonctionnement du droit international privé, qu'il faut se résoudre, avec regret, à accepter.

³⁷⁹ Au regard du « droit à l'exécution », on peut alors douter de la pertinence de la nouvelle orientation de la Cour de cassation vers l'unité de la compétence juridictionnelle en matière de succession internationale en affirmant que « *le montant de la réserve héréditaire est déterminé par la loi successorale qui, s'agissant de successions immobilières, est celle du lieu de situation des immeubles, sous réserve du renvoi éventuel opéré par la loi étrangère de situation de l'immeuble à une autre loi et, spécialement, à celle du for* » (Civ. 1^{ère} 21 mars

internationale en limitant la compétence internationale des différents États, elle risque cependant d'encourager certains chefs de compétence parfois qualifiés d'exorbitants, particulièrement néfastes pour l'entreprise de coordination des ordres juridiques en ce qu'ils se fondent sur la possibilité d'exécution de la décision rendue dans le for. Il s'agit, par exemple, du *forum arresti* qui permet à la juridiction de se déclarer compétente pour se prononcer non seulement sur la saisie, mais également sur les droits litigieux en raison de la seule présence sur le territoire d'un bien ou d'un débiteur du défendeur³⁸⁰ alors pourtant qu'aucune autre règle ne lui attribue compétence ; du *forum patrimonii* qui justifie une compétence dès lors que la personne poursuivie possède un bien quelconque dans le for ou encore de la compétence *quasi in rem*, identique à la précédente à ceci près qu'elle suppose que la valeur du bien en question soit en relation avec le montant de la créance litigieuse³⁸¹. Certes, de telles compétences, pour peu qu'elles débouchent sur une décision susceptible d'une exécution intégrale dans le for, offrent un accès au juge et une protection judiciaire d'une parfaite effectivité. La contestation est vidée, définitivement close, et en ce sens, bien que ces compétences s'imposent peut-être au mépris du juge qui paraissait le mieux placé pour statuer au fond, elles semblent irréprochables. Néanmoins, il n'est pas certain qu'elles trouvent grâce aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle impose certes l'exigence d'un juge effectivement compétent, mais encore faut-il que celui-ci soit équitablement compétent³⁸², caractère qu'un chef de compétence exorbitant ne revêt pas toujours. En outre, si la décision n'est pas susceptible d'une exécution intégrale dans le for, soit que la valeur du bien soit inférieure au montant de la créance, soit que la compétence ait

2000 Ballestrero *Dalloz* 2000 J p. 539 note F. Boulanger, *RCDIP* 2000 p. 399 note B. Ancel). Si une telle orientation présente l'insigne avantage d'uniformiser le traitement de la succession internationale, satisfaisant en ce sens à l'intérêt des parties et à la bonne administration de la justice, il est regrettable que la juridiction française ait accepté sa compétence sur le simple renvoi opéré par l'ordre juridique italien à la loi nationale du défunt. Si la décision française ne rencontrera aucune difficulté du point de vue de la compétence législative, rien ne garantit l'acceptation de la compétence juridictionnelle. Cette vérification aurait mérité d'être effectuée dans l'intérêt des parties et de la coopération internationale (cf., dans le même ordre d'idée, le commentaire de M. Ancel sous l'arrêt *Le Van Chau* (*RCDIP* 1983 p. 87, spéc. p. 96-97)).

³⁸⁰ B. AUDIT, *op. cit.*, p. 311, n° 343 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Compétence internationale », *Rép. pr. civ. Dalloz*, 1998, p. 14, n° 56 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 607, n° 449-1. Consacrée en France par la jurisprudence *Nassibian* (Civ. 1^{ère} 6 novembre 1979 *Nassibian RCDIP* 1980 p. 588 note G. Couchez, *JDI* 1980 p. 95 rapport Ponsard, *GAJFDIP* n° 59-60) et approuvée par la doctrine, elle a été abandonnée par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 17 janvier 1995 (Civ. 1^{ère} 17 janvier 1995 *JCP* 1996.II.22340 note H. Muir Watt, *RCDIP* 1996 p. 133 note Y. Lequette ; confirmé par Civ. 1^{ère} 11 février 1997 *Strojexport Bull. civ.* I. n° 47, *GAJFDIP* n° 59-60). Notons, qu'en France, depuis la loi du 9 juillet 1991, cette compétence ne présente plus d'intérêt pratique puisque le créancier doit être muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible afin de poursuivre l'exécution forcée des biens de son débiteur (voir néanmoins G. COUCHEZ, « Les incidences de la réforme des voies d'exécution sur le droit international privé », *TCFDIP année 1996-1997*, Pédone, 1999, p. 123).

³⁸¹ Selon une autre variante, c'est alors la compétence du juge qui se trouve limitée à la valeur du bien situé dans le for.

³⁸² Cf. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II, n° 130 et s..

été limitée à cette valeur³⁸³, cette compétence peut difficilement être regardée comme satisfaisant aux impératifs découlant de la CEDH³⁸⁴. D'autant plus qu'une telle décision a peu de chance de franchir les frontières de l'État dans lequel elle a été rendue et donc d'être reconnue dans un autre État.

81. Cependant, la Commission EDH semble s'être refusé à envisager le problème de la compétence internationale en liaison avec les chances de reconnaissance de la décision à l'étranger en dehors des droits substantiels garantis par l'article 6 § 1³⁸⁵. L'immixtion des droits de l'homme, donc de considérations matérielles dans le règlement de la compétence internationale, ne déjoue pas systématiquement les objectifs du droit international privé. Au contraire, elle les renforce et les améliore. Globalement, néanmoins, du fait de son affirmation dans un contexte purement interne, le droit d'accès au juge, dans ses implications substantielles (droit à une décision sur le fond, droit à l'exécution de la décision), n'est pas sans risque pour un traitement des relations privées internationales qui inclut leur irréductible spécificité. La possibilité ouverte par la Convention de remettre en cause certains chefs de compétence traditionnels et d'en imposer d'autres d'une opportunité douteuse nourrit une inquiétude légitime. Le nœud du problème réside dans le fait que, jusqu'à présent, la définition et les implications du droit d'accès au tribunal découlent d'un ensemble jurisprudentiel à l'origine duquel se trouvent des affaires dépourvues d'éléments d'extranéité. Or, les relations privées internationales présentent des particularités qu'il s'agit de ne pas ignorer, dans l'intérêt même des individus. Leur intérêt au sens du droit international privé ne coïncide alors pas avec leur intérêt au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Pourtant les objectifs poursuivis par l'un et l'autre peuvent bénéficier d'un renforcement mutuel dont l'enjeu essentiel est de conférer aux intérêts pris en charge par le

³⁸³ Ce qui suppose donc une nouvelle instance pour que la contestation soit définitivement tranchée. C'est en ce sens qu'il convient de parler d'exécution partielle, car techniquement, la décision rendue sera intégralement exécutée, certes, mais sur la base d'une compétence insuffisante de nature à rendre illusoire le droit d'accès au juge.

³⁸⁴ La Cour a en effet précisé que, pour être conforme à l'article 6 de la Convention, l'exécution d'une décision de justice « doit être complète, parfaite et non partielle » (CEDH 31 mars 2005 requête n° 62740/00 *Matheus c/ France*, § 58).

³⁸⁵ Commission 9 janvier 1995 requête n° 20765/92 *Batali c/ Suisse* : en l'espèce, les juridictions suisses s'étaient reconnues compétentes pour prononcer le divorce, en vertu du droit suisse, entre deux époux togolais mariés à l'Ambassade du Togo en Allemagne et domiciliés en Suisse. L'ex-époux se plaignait d'une violation des articles 8 et 12 de la Convention, car, divorcé au regard de l'ordre juridique suisse, son mariage et ses liens avec ses enfants demeuraient au regard de l'ordre juridique togolais. Dans la mesure où la décision suisse n'avait aucune chance d'être reconnue dans ce dernier, il mettait en doute la pertinence d'une affirmation de compétence aboutissant à une discontinuité dans sa vie familiale. Pour sa part, la Commission a estimé qu'à supposer que ces griefs soulèvent un problème au regard de l'article 8 ou de l'article 12, elle n'apercevait aucun manque de respect pour ces droits dans le présent cas.

droit international privé une protection internationale au titre des droits de l'homme. Deux voies complémentaires s'ouvrent alors : adapter la définition et les implications du droit d'accès à la matière internationale ou bien introduire les exigences de cette dernière dans les limitations admises au droit d'accès. La première consiste à circonscrire les effets potentiellement dévastateurs du droit d'accès au juge et s'illustre dans le rejet catégorique de sa conséquence ultime : l'exigence d'une compétence civile universelle.

B Le rejet de l'exigence d'une compétence civile universelle

82. Dans l'ordre interne, une personne titulaire du droit d'agir trouvera forcément un juge pour sa réalisation. Une disposition nationale attribue le litige à une juridiction d'un certain ordre, d'un certain degré et d'une certaine nature. Et parmi l'ensemble des juridictions du même ordre, du même degré et de la même nature, il s'en trouvera une compétente, celle dans le ressort de laquelle le litige se localise. Les règles qui ont trait à la compétence ont une fonction répartitrice, la compétence exercée par une juridiction ayant pour corollaire l'exclusion de la compétence des autres juridictions. Aussi, une déclaration d'incompétence ne se conçoit-elle que relative. Si un individu s'adresse à une juridiction territorialement incompétente ou à laquelle le litige n'est pas attribué, il est simplement incité à mieux se pourvoir. Dans cette perspective, la situation dans laquelle aucune juridiction n'est territorialement ou matériellement compétente est en soi contraire au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1³⁸⁶.

Dans l'ordre international, la transposition de ce schéma appelle quelques adaptations parce que, sauf convention internationale édictant des règles de compétence directe, la compétence judiciaire est dépourvue d'une fonction répartitrice. Chaque État détermine la compétence de ses propres juridictions sans que les opinions qu'il peut émettre à propos de la compétence des juridictions relevant d'un autre souverain dépassent les limites de son ordre juridique.

³⁸⁶ CEDH 28 octobre 1999 requête n° 28342/95 *Brumarescu c/ Roumanie*, préc. : « *La Cour relève que l'arrêt du 1^{er} mars 1995 a été motivé par l'incompétence absolue des juridictions de trancher des litiges civils comme l'action en revendication dans le cas d'espèce. Elle estime qu'une telle exclusion est en soi contraire au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention* » (§ 65). Cette décision est relative à la compétence d'attribution, mais il n'est pas douteux que le raisonnement sur lequel elle s'appuie vaut également pour la compétence territoriale. En effet, le motif déterminant est lié au constat de l'incompétence absolue des juridictions roumaines pour trancher une contestation sur des droits et obligations de caractère civil. Or, cette incompétence absolue peut aussi bien prendre sa source dans le défaut d'attribution du litige que dans l'absence de détermination de la localisation de celui-ci.

En dépit de ces différences, une idée essentielle demeure : les individus ne sauraient être privés de l'accès au prétoire. Si le phénomène de la frontière engendre une incompétence absolue au regard d'un ou plusieurs ordres juridiques, les États veillent, en général, à ce qu'elle conserve un caractère relatif dans l'ordre international. En d'autres termes, l'incompétence d'un tribunal est relative dès lors que les individus ont la possibilité de répondre à l'invitation que leur adresse ce tribunal de saisir le juge d'un autre ordre juridique. Dans le cas contraire, le tribunal normalement incompétent se résignera à trancher lui-même le litige³⁸⁷. Par conséquent, une analyse correcte de la nature d'une déclaration d'incompétence intervenant dans une relation privée internationale suppose une prise en compte du pluralisme des ordres juridiques et de l'entreprise de leur coordination. Il serait fort regrettable que la Cour strasbourgeoise ne considère la situation affectée d'un élément d'extranéité à elle soumise que sous le seul angle de l'ordre juridique de l'État défendeur, car, de la sorte, elle pourrait estimer absolu le déni de compétence, donc violant en soi la Convention, alors qu'il ne s'agit en réalité que d'une incompétence relative, la compétence des juridictions d'un ou plusieurs ordres juridiques tiers étant raisonnablement envisageable. Ce serait assurément la ruine du droit international privé et de tous les efforts de coordination des ordres juridiques. Les États Parties à la Convention auraient alors l'obligation d'offrir systématiquement l'accès à leurs tribunaux, l'effectivité du droit d'accès imposant une compétence universelle. L'ordre international n'y gagnerait certainement pas en cohérence. Il en résulterait en effet une généralisation du *forum shopping* et une prime à la mauvaise foi, le plaideur le plus diligent saisissant la juridiction de l'ordre juridique qui lui sera la plus favorable³⁸⁸. La Convention européenne des droits de l'homme ne saurait couvrir de telles pratiques. Il est ainsi difficile de suivre l'opinion exprimée par certains juges strasbourgeois selon laquelle la Cour devrait se borner à examiner la responsabilité de l'État dont les

³⁸⁷ Le droit français de la compétence judiciaire internationale offre une illustration de ce schéma général par cette règle spécifiquement internationale de compétence que constitue le risque de déni de justice. L'ordre juridique français ne peut se résoudre à laisser un conflit sans solution. Ce chef particulier de compétence tend ainsi à s'assurer, jusqu'à un certain point, qu'une déclaration d'incompétence internationale ne s'écarte pas de la logique du droit international privé, ou plutôt de son idéal, une coordination correcte des ordres juridiques.

³⁸⁸ En effet, le choix d'une juridiction en matière de rapports internationaux de droit privé n'est pas neutre eu égard au fond du litige. Chaque juge appliquant ses propres règles de conflit, il est alors possible d'influencer directement l'issue du procès en optant pour celui qui appliquera des règles de droit international privé désignant la norme substantielle la plus favorable à sa cause. Comp. A. NUYTS, « *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 745 ; de son point de vue, il convient de reconnaître la licéité du procédé sous réserve uniquement de la fraude à la compétence et de l'abus de droit.

juridictions se sont déclarées incompétentes au regard de son seul ordre juridique³⁸⁹. Trois raisons s'y opposent.

Premièrement, rien ne laisse présager, textuellement, que la Cour doit statuer avec de pareilles œillères. Nulle stipulation relative aux tribunaux internes ne spécifie leur localisation. Par exemple, l'article 6 § 1, en consacrant le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal, exige simplement que ce tribunal présente certaines garanties pour les justiciables, non qu'il dépende de l'État défendeur. De façon identique, l'article 5 § 1 a) précise qu'un individu peut être privé de sa liberté « *s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent* ». Là encore, l'essentiel est que le tribunal soit compétent, or il peut s'agir aussi bien d'une juridiction de l'État défendeur que celle d'un autre État³⁹⁰. D'ailleurs, la Cour a profité du silence de la Convention pour considérer que la condamnation à une peine d'emprisonnement exécutée en France, mais prononcée par une juridiction andorrane, alors même qu'à l'époque la principauté d'Andorre n'était pas partie à la CEDH, émanait du « *tribunal compétent dont parle l'article 5 § 1 a)* »³⁹¹. Ainsi, elle ne manifeste aucune hostilité de principe à intégrer le pluralisme des ordres juridiques dans la mise en œuvre de son contrôle.

³⁸⁹ Le juge Rozakis a ainsi considéré inadmissible la possibilité pour le requérant, de nationalité irlandaise, de saisir les juridictions du Royaume-Uni après la déclaration d'incompétence des tribunaux irlandais du fait de l'immunité de juridiction opposé par cet État parce qu'il « *n'avait aucune obligation d'allégeance et de loyauté à l'égard de cette juridiction étrangère* ». Le juge Loucaides, dans la même affaire, estime que « *face à une plainte pour violation de la Convention, la Cour doit examiner la cause uniquement par rapport à l'ordre juridique de l'État défendeur* » (opinions dissidentes sous CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande, préc.). De même, dans son opinion dissidente sous l'affaire *Waite et Kennedy* (Commission 2 décembre 1997 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne), M. Ress observe qu'« *on ne peut pas considérer que l'essence de la garantie du droit d'accès au tribunal, en particulier en matière de droit du travail, est de renvoyer l'individu à la possibilité d'une procédure légale à l'étranger ou à la possibilité d'une demande en dommages et intérêts alors qu'il demande un jugement sur le contrat de travail ou sur la relation contractuelle. Si on devait le considérer comme l'essence du droit d'accès au tribunal, cela équivaudrait à un droit d'accès à un tribunal dans un autre État contractant et sur une nouvelle demande juridique. Selon moi, cela constitue une mauvaise interprétation de l'article 6 § 1* » (« *It cannot be the essence of the guarantee of access to court, in particular in labour matters, to refer the individual of the possibility of legal procedure abroad or to the possibility of a claim to damages when he is seeking a judgment on the employment contract or contractual relation. If this would have to be adopted as the essence of the right to access to court that would amount to a "right to access to a court in another contracting State and on another legal claim". In my view this misconstrues article 6 § 1* »).

³⁹⁰ Certes, cette hypothèse concerne davantage la coopération pénale internationale, mais ce texte montre que les exigences de la Convention concernent avant tout des données de fond. Le texte demeure silencieux sur la localisation de la juridiction ou plus précisément sur l'ordre juridique dans lequel elle s'insère.

³⁹¹ CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne RTDH 1994 p. 87 note G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, RUDH 1993 p. 6 obs. F. Sudre : « *À l'instar de la Commission, la Cour considère en l'espèce le Tribunal des Corts, duquel émane la condamnation de MM. Drozd et Janousek, comme le "tribunal compétent" dont parle l'article 5 § 1 a)* ». Voir, *mutatis mutandis* Commission 14 décembre 1963 requête n° 1322/62 X c/ Allemagne.

Deuxièmement, cette opinion se révélerait fatale pour le système de l'arbitrage, car si les individus, en y recourant, renoncent à la saisine de la juridiction étatique, ils ont toutefois accès à un tribunal³⁹², du moins au sens européen du terme³⁹³. Or, les instances strasbourgeoises en ont reconnu la légitimité. De surcroît, ainsi que la Commission EDH l'a précisé, « *on ne saurait présumer que les États contractants, en acceptant les obligations qui découlent de l'article 6 § 1, aient entendu s'engager à empêcher les personnes placées sous leur juridiction de confier à des arbitres le règlement de certaines affaires* »³⁹⁴.

Troisièmement, une telle appréciation néglige le fait, qu'en principe, une déclaration d'incompétence n'affecte le droit d'accès que de manière temporaire. Le juge français, remarque M. Rigaux, « *n'est pas le juge de l'univers, il est sans doute un peu plus que le seul juge naturel des français, mais les causes que la loi lui défend d'entendre trouveront sans doute à l'étranger d'autres juridictions disposées à écouter les plaideurs* »³⁹⁵. Dès lors que l'individu se sera mieux pourvu, logiquement, son droit d'accès sera respecté. Il importe de contextualiser le déclinatoire de compétence et de l'apprécier en fonction du pluralisme des ordres juridiques. On peut néanmoins objecter que ce schéma n'a rien d'automatique. Précisément, le contrôle de la Cour permettra de vérifier la manière dont il a fonctionné dans un cas concret et éventuellement d'y apporter les remèdes qui s'imposent. Or, cette donnée n'est pas étrangère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'incompétence d'une juridiction interne subséquente à l'immunité de juridiction opposée par une organisation internationale n'est pas en soi contraire à la Convention dans la mesure où l'individu dispose d'autres voies raisonnables de recours, dont l'exercice relève éventuellement d'un autre ordre juridique que celui de l'État défendeur. Cette approche trouve un écho lointain en matière d'immunité de juridiction des États, du moins lorsque celui qui s'en prévaut est lié par la Convention. Par-là, la Cour confirme l'ouverture de son contrôle au pluralisme des ordres juridiques par le biais de deux techniques particulières, l'une consistant à adapter le cadre des restrictions admissibles, l'autre à instaurer des limitations inhérentes à la CEDH³⁹⁶. C'est par le recours à une troisième méthode que la Cour saisit le cas général de la compétence judiciaire internationale. L'idée selon laquelle l'incompétence juridictionnelle

³⁹² P. LAMBERT, « L'arbitrage et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et Justice (dir. P. Lambert), 2001, p. 17.

³⁹³ Cf. *mutatis mutandis* CEDH 8 juillet 1986 requêtes n° 9006/80, 9262/81, 9263/91, 9265/81, 9266/81, 9313/91, 9405/81 Lithgow et autres c/ Royaume-Uni, § 201.

³⁹⁴ Commission 5 mars 1962 requête n° 1197/61 X c/ RFA.

³⁹⁵ F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1999, p. 165.

³⁹⁶ Cf. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II, § II, n° 125 et s..

d'un État laisse intact le droit d'accès au regard de l'ordre international passe par une délimitation du contenu de ce droit. Et, si l'effet d'un tel procédé est de réduire l'emprise de la Cour sur de telles situations, il ne la supprime pas.

83. Deux affaires, sensiblement différentes, relative à la compétence internationale ont donné l'occasion aux organes de la Convention de circonscrire les implications du droit d'accès au tribunal. Dans la première³⁹⁷, le requérant avait saisi les juridictions britanniques afin d'obtenir une modification de la garde de sa fille. Sans invoquer une stipulation conventionnelle particulière, il soutenait que les juridictions du Royaume-Uni avaient indûment affirmé leur compétence pour connaître de la demande parce que, lui-même et sa fille étant de nationalité grecque, ils auraient relevé exclusivement des juridictions grecques. Dans la seconde³⁹⁸, le requérant, de nationalité turque et allemande, intentait une action contre une banque irakienne devant les juridictions allemandes. En raison d'un revirement de jurisprudence, elles ont finalement déclaré qu'elles n'avaient pas de compétence internationale pour trancher le litige. Le requérant voyait dans ce déni un manquement à son droit d'accès au tribunal. Les instances strasbourgeoises ont à chaque fois considéré que le droit que les individus tirent de l'article 6 § 1 de la Convention « *n'implique pas un droit illimité de choisir le tribunal compétent* »³⁹⁹. La solution n'est guère surprenante, d'autant que la seconde affaire montre l'absurdité qu'il y aurait eu à inciter les juridictions allemandes à se déclarer compétentes par le biais d'un constat de violation du droit d'accès dans la mesure où celles-ci avaient établi que le requérant avait recouru à des moyens frauduleux pour établir leur compétence⁴⁰⁰. La nouvelle Cour a ainsi repris à son compte une jurisprudence de la Commission EDH, mais en la fondant quelque peu différemment. Alors que la Commission EDH avait statué sous l'angle du droit général au procès équitable, la Cour a envisagé la question au regard du droit d'accès⁴⁰¹. La différence s'explique par le fait que la question posée à la Commission EDH était plus large que celle soumise à la Cour. La Commission

³⁹⁷ Commission 13 mai 1976 requête n° 6200/73 B. A. c/ Royaume-Uni.

³⁹⁸ CEDH 6 juillet 2000 requête n° 27937/95 Murat Bayrak c/ Allemagne.

³⁹⁹ Commission 13 mai 1976 requête n° 6200/73 B. A. c/ Royaume-Uni ; CEDH 6 juillet 2000 requête n° 27937/95 Murat Bayrak c/ Allemagne.

⁴⁰⁰ Par ailleurs, si le droit d'accès possédait un tel prolongement, il aurait fallu le cantonner aux seuls rapports privés internationaux, car dans l'ordre interne, on saurait admettre qu'une personne saisisse par fantaisie n'importe quelle juridiction territorialement incompétente.

⁴⁰¹ Commission 13 mai 1976 requête n° 6200/73 B. A. c/ Royaume-Uni : « *The Commission has examined the complaint from the point of view of article 6 and concludes that the right given by that article to a fair hearing by an impartial tribunal, confers no right on a person to select the particular tribunal by which his case will be heard* » (« *La Commission a examiné la requête sous l'angle de l'article 6 et a conclu que le droit donné par cet article à une audience équitable devant un tribunal impartial, ne confère pas le droit à une personne de choisir le tribunal particulier par lequel sa cause sera entendue* »).

EDH pouvait en effet difficilement considérer le problème sous l'angle du droit d'accès puisque précisément le requérant avait eu accès aux tribunaux anglais. Au-delà, il s'agissait de déterminer la légitimité conventionnelle des critères sur lesquels ceux-ci s'étaient appuyés pour asseoir leur compétence, ce qui est une autre question relevant du droit général au procès équitable⁴⁰², et sauf à en préciser le sens, distincte de l'accès aux tribunaux.

84. En se fondant sur le droit d'accès au tribunal, la Cour aurait dû contrôler le déni de compétence en examinant sa légalité, sa légitimité et sa nécessité dans une société démocratique. Dans sa décision *Bayrak*, la Cour semble d'ailleurs adopter ce point de vue, car après la mention du droit d'accès, implicitement garanti par l'article 6 § 1, elle rappelle que ce « *droit n'est cependant pas absolu* » par référence aux paragraphes 36 à 38 de l'arrêt *Golder*. Le paragraphe 36 contient la formule de principe par laquelle la Cour a consacré son existence dans la Convention. Quant aux paragraphes 37 et 38, ils traitent des limitations implicites qui l'assortissent nécessairement et dont l'arrêt *Ashingdane* précisera le régime. C'est donc en considération des ingérences auxquelles les États procèdent le cas échéant que la Cour mentionne en l'espèce la relativité du droit d'accès. Implicitement, cela signifierait qu'une absence de compétence internationale constitue une ingérence dans le droit d'accès des individus, qualification parfaitement défendable. En effet, nonobstant la possibilité, pour la personne à qui un juge oppose une telle décision, d'accéder aux juridictions relevant d'un autre ordre juridique, il est acquis qu'« *un obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique* » et que « *l'entrave à l'exercice efficace d'un droit peut porter atteinte à ce droit même si elle revêt un caractère temporaire* »⁴⁰³. C'est pourtant une voie toute différente que la Cour a suivie en notant simplement « *que ce droit n'implique pas un droit illimité de choisir le tribunal compétent* ». La Cour n'a donc pas statué par rapport aux restrictions admissibles au droit d'accès, mais par rapport à ses implications⁴⁰⁴. Le choix de la juridiction est extérieur au droit d'accès, si bien qu'une telle assertion remet en cause la nature même du déni de compétence internationale au regard de la Convention. L'exercice du pouvoir étatique dans ce domaine ne relevant pas du droit d'accès, ses résultats ne sauraient recevoir la qualification d'ingérence. Le droit d'accès ne renferme donc pas l'exigence d'une compétence civile universelle. Pour autant, ce raisonnement n'entraîne pas l'exclusion de tout

⁴⁰² Sur cette importante question, cf. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II, n° 130 et s..

⁴⁰³ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, préc., § 26.

⁴⁰⁴ Cette décision ne constitue pas un revirement par rapport aux jurisprudences *Waite et Kennedy* et *Beer et Regan* puisque d'une part ces dernières ont reçu une confirmation ultérieure et que d'autre part elles trouvent un écho dans l'arrêt *Mac Elhinney* postérieur à l'affaire *Bayrak*.

contrôle de la part de la juridiction strasbourgeoise. Ce serait négliger le fait que si le droit d'accès n'implique pas un droit illimité de choisir le tribunal compétent, *a contrario* il comporte un droit limité de choisir le tribunal compétent, ce qui permet d'incorporer la compétence internationale dans le champ de la Convention⁴⁰⁵.

85. Le contrôle de la Cour repose ici sur une dialectique singulière en ce qu'il met en tension non pas un droit de l'individu au pouvoir d'ingérence de l'État, mais la volonté de l'individu à la liberté de réglementation de celle-ci par les autorités nationales. Cette opposition se trouve dominée par l'idée selon laquelle « *les règles du droit international privé limitant le libre jeu de l'autonomie de la volonté ne sont pas incompatibles avec l'article 6 § 1 de la Convention* »⁴⁰⁶. L'État dispose donc d'une très grande liberté dans l'élaboration de ses règles de compétence judiciaire internationale, la Cour hésitant même à voir dans une déclaration d'incompétence une ingérence dans le droit d'accès au tribunal. Elle semble leur accorder une très grande confiance, en présument que l'individu trouvera un juge pour statuer sur sa cause. Seulement, la coordination des ordres juridiques se révèle parfois défectueuse, et accepter une déclaration d'incompétence au seul motif que l'individu n'a pas le choix de son juge peut aboutir à un véritable déni de justice. C'est la raison pour laquelle un examen de la compatibilité de la décision d'incompétence avec la Convention s'impose. La décision *Bayrak* offre à cet égard deux perspectives.

86. En premier lieu, la Cour reconnaît implicitement que l'article 6 garantit à l'individu un droit limité au choix du tribunal compétent. Il en découle, tout d'abord, l'obligation pour les États d'accorder un certain effet à la volonté des individus. Si les autorités nationales ont légitimement la faculté de déterminer l'étendue des clauses d'élection du for et du recours à l'arbitrage, tant dans leur domaine que dans leurs effets, il paraît ainsi douteux qu'elles puissent en nier le principe même. L'admission des clauses compromissaires est par conséquent compatible avec la Convention⁴⁰⁷. La Cour ne saurait constater une violation de

⁴⁰⁵ Condition *sine qua none* à l'exercice par la Cour de son office.

⁴⁰⁶ CEDH 6 juillet 2000 requête n° 27937/95 Murat Bayrak c/ Allemagne.

⁴⁰⁷ De même, l'arbitrage forcé, lorsque l'État oblige les individus à recourir à l'arbitrage à l'exclusion des juridictions étatiques, n'est pas incompatible avec le droit d'accès au tribunal. Cf. par exemple CEDH 12 décembre 1983 requêtes n° 8588/79, 8589/79 Bramelid et Malström c/ Suède. Cependant, quant au contrôle à exercer sur la procédure arbitrale, il convient de distinguer arbitrage forcé et arbitrage volontaire : « *en principe, il ne se pose guère de problème sur le terrain de l'article 6 lorsqu'il s'agit d'un arbitrage volontaire. En revanche, s'il s'agit, (...), d'un arbitrage forcé, en ce sens que l'arbitrage est imposé par la loi, les parties n'ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d'un comité d'arbitres. Celui-ci doit alors offrir les garanties prévues par l'article 6 § 1* » (*Ibid.*, § 30).

l'article 6 § 1 si l'individu a eu accès à ce système de règlement des différends à défaut d'avoir pu saisir une juridiction étatique. En effet, « *la conclusion d'un compromis d'arbitrage s'analyse juridiquement en une renonciation partielle à l'exercice des droits que définit l'article 6 § 1 ; (...) rien, dans le texte de cet article ni d'aucun autre article de la Convention, n'interdit expressément pareille renonciation* »⁴⁰⁸. L'État échappe à toute responsabilité en opposant au requérant sa liberté de renoncer.

Cependant, au-delà de ces deux éléments, prorogation volontaire de compétence et recours à l'arbitrage, aussi bien le domaine du droit limité de choisir le tribunal compétent que les modalités du contrôle exercé par la Cour demeurent assez flous.

En ce qui concerne la nature du contrôle, dans la mesure où le déni de compétence heurte un corollaire implicite du droit d'accès au tribunal, il paraîtrait logique que la Cour applique les orientations qu'elle a définies dans l'arrêt *Ashingdane* au titre des limitations implicites⁴⁰⁹. Une telle démarche, impliquerait une triple vérification, légalité, légitimité et nécessité, assortie des aménagements qu'appelle la matière.

La question du domaine de ce droit soulève davantage de difficultés. De prime abord, seules trois manifestations de volonté influencent la compétence internationale : les clauses d'élection du for, les compromis d'arbitrage et l'exercice d'une option de compétence. La possibilité d'y recourir peut s'appuyer sur ce droit limité de choisir la juridiction compétente. Toutefois, les États pourraient y apporter d'importantes restrictions sans pour autant heurter la Convention ainsi que le laisse entendre la formule étriquée utilisée par la Cour. Cela permettrait de justifier au regard de la Convention les restrictions apportées à l'autonomie de la volonté en certaines matières. Ainsi, la Cour de cassation a considéré que l'article 6 § 1 de la Convention ne s'opposait pas à l'universalité de la faillite internationale. Et, dans la mesure où elle postule l'interdiction des poursuites individuelles et la soumission des créanciers au plan de redressement, le juge français de la faillite, légitimement compétent, a la faculté d'enjoindre, sous astreinte, à l'un des créanciers de s'abstenir d'initier, à l'étranger, la saisie

⁴⁰⁸ Commission 5 mars 1962 requête n° 1197/61 X c/ RFA. Cf. également, CEDH 27 février 1980 requête n° 6903/75 Deweer c/ Belgique, § 49 : « (...) *les clauses contractuelles d'arbitrage (...) [,] présentant pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables, (...) ne se heurte[nt] pas en principe à la Convention* » ; Commission 4 mars 1987 requête n° 10881/84 K. R. c/ Suisse : « *En signant un compromis d'arbitrage, le requérant a renoncé à la possibilité de soumettre le litige à un tribunal ordinaire. Par ailleurs, le droit d'accès à un tribunal étatique (...) n'implique pas, en matière civile, l'obligation de saisir un tribunal étatique pour régler un différend de nature patrimoniale opposant des particuliers* ».

⁴⁰⁹ En effet, hormis le recours à la théorie des limitations inhérentes, la compatibilité avec la Convention de toutes les ingérences étatiques, dans l'un quelconque des droits garantis, suppose qu'elles ne dépassent pas les limites des restrictions admises explicitement ou implicitement par la Convention elle-même.

d'un bien appartenant au débiteur⁴¹⁰. Dans un tel contexte, l'injonction *anti-suit*⁴¹¹, radicalement exclue de l'espace judiciaire européen⁴¹², n'apparaît pas nécessairement incompatible avec le droit d'accès au juge⁴¹³. Enfin ce droit pourrait jouer un rôle non négligeable dans l'hypothèse où l'accès à la juridiction normalement compétente se révèle impossible ou si aucune autre juridiction n'a compétence pour statuer sur l'affaire. En d'autres termes, le droit limité de choisir le tribunal compétent porte en lui des ressources permettant de remédier aux défauts de la coordination des ordres juridiques lorsque l'incompétence idéalement relative devient absolue. Le contrôle potentiellement considérable auquel la Cour peut se livrer lorsque le défaut de compétence entre dans les limites du droit de choisir la juridiction compétente cède sa place à un contrôle restreint lorsque l'incompétence sort du domaine de ce droit.

87. En second lieu, bien qu'un déni de compétence ne heurte pas le droit de choisir le tribunal, la Cour procède à quelques vérifications.

Très classiquement, tout d'abord, la Cour s'assure que la décision d'incompétence opposée à l'individu n'est pas entachée d'arbitraire. Ici, la protection de l'individu se traduit par le respect de garanties procédurales par l'État. Ainsi, dans l'affaire *Bayrak*, la Cour note que « *les tribunaux allemands ont conclu, après un examen approfondi, à l'absence de leur compétence. Ils ont amplement motivé leurs décisions* ». La motivation de la décision de justice apparaît déterminante puisqu'elle permet de vérifier que la procédure ayant conduit à la déclaration d'incompétence revêt un caractère équitable exclusif du grief d'arbitraire⁴¹⁴. Par exemple, un individu ne saurait se plaindre de la décision d'une juridiction nationale refusant d'autoriser l'exécution d'une sentence arbitrale au motif que l'intention des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage n'avait pas été suffisamment démontrée. De l'opinion des

⁴¹⁰ Civ. 1^{ère} 19 novembre 2002 Banque Worms *Dalloz* 2003 p. 797 note G. Khairallah, *RCDIP* 2003 p. 631 note H. Muir Watt, *Clunet* 2003 p. 132 note P. Roussel Galle.

⁴¹¹ H. MUIR WATT, « Le for naturel du litige : l'injonction *anti-suit* en droit international privé français (réflexions au sujet de l'arrêt Brachot de la Cour de cassation) », in *Apprendre à douter. Questions de droit. Questions sur le droit. Études offertes à Claude Lombois*, Pulim, 2005, p. 897 ; W. KENNETT, « Les injonctions *anti-suit* », in M.-T. Caupain et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 133 ; H. VAN HOUTTE, « À propos des injonctions *anti-suit* et d'autres torpilles pour couler des actions étrangères », in M.-T. Caupain et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 147.

⁴¹² CJCE 27 avril 2004 aff. C-159/02 Turner, précité.

⁴¹³ Comp. Civ. 1^{ère} 19 novembre 2002 Banque Worms, préc., et Civ. 1^{ère} 30 juin 2004 Stolzenberg *JCP* 2004.II.10198 avis J. Sainte-Rose, *Dalloz* 2004 p. 2743 note N. Bouche, *RCDIP* 2004 p. 815 note H. Muir Watt, *RTDC* 2004 p. 549 obs. P. Théry, *Clunet* 2005 p. 112 note G. Cuniberti, *Procédures* 2005 n° 1 p. 15 note C. Nourissat.

⁴¹⁴ CEDH 6 juillet 2000 requête n° 27937/95 Murat Bayrak c/ Allemagne : « *Les motifs fournis dans les décisions judiciaires critiquées par le requérant permettent d'exclure que les juges aient tiré des conclusions de caractère arbitraire de nature à porter atteinte à l'équité de la procédure* ».

instances strasbourgeoises, « *en ne décidant pas si le requérant pourrait avoir eu sa cause décidé par l'arbitrage, [elle] n'a commis aucune ingérence dans un droit quelconque que le requérant tire de l'article 6 § 1 de la Convention* »⁴¹⁵. Ne pas admettre le recours à l'arbitrage dans cette hypothèse constitue une limitation de l'autonomie de la volonté dont l'appréciation et la mise en œuvre appartient aux seules autorités nationales. L'État dispose ainsi d'une grande latitude pour déterminer la compétence de ses juridictions. Parfois, cette liberté se mue en obligation de ne pas donner d'effet à la volonté de l'individu. Une interprétation *a contrario* d'une décision de la Commission EDH montre, par exemple, que l'État ne saurait admettre de manière trop générale le recours à l'arbitrage. Ainsi, dans la mesure où il a une assise conventionnelle, ce système est exclu, bien qu'il corresponde à un droit des individus de régler leurs relations comme bon leur semble et qu'il poursuive, dans une plus large perspective, le but légitime d'encourager le règlement para-judiciaire des différends et par-là même de désengorger les juridictions étatiques, lorsqu'il apparaît inapproprié ou déraisonnable. Cette occurrence se vérifie lorsque l'issue du litige touche à un intérêt public⁴¹⁶. De même, l'État se trouve dans l'obligation de ne donner aucune suite à la volonté des individus lorsque la signature de la convention d'arbitrage est entachée de contrainte⁴¹⁷, « *ainsi le veut un instrument international fondé sur les idées de prééminence du droit et de liberté* »⁴¹⁸. Enfin, la Commission EDH a posé une question dans une décision de 1962 qui n'a toujours pas trouvé de solution⁴¹⁹. Outre l'absence de contrainte, « *l'on pourrait se demander, le cas échéant, si la validité initiale du consentement dont une clause compromissoire tire sa valeur juridique, ne se trouve pas affectée après coup lorsque l'arbitre, dans l'accomplissement des fonctions qu'elle lui confère, se comporte de manière incompatible avec l'esprit de la Convention, et notamment de son article 6* ». Une réponse positive signifierait que l'État devrait, puisque « *les parties sont présumées n'avoir recouru à*

⁴¹⁵ Commission 6 octobre 1986 requête n° 11238/84 H. C. B. c/ Pays-Bas : « *The Commission is of the opinion that the Court, by not deciding whether the applicant could have had his case decided by arbitration, did not interfere with any right of the applicant under article 6 § 1 of the Convention* ».

⁴¹⁶ Commission 13 juillet 1990 requête n° 11960/86 Jon Axelsson et autres c/ Suède : « *The Commission notes that insofar as arbitration is based on agreements between the parties to the dispute, it is natural consequence to their right to regulate their mutual relations as they see fit. From a more general perspective, arbitration procedures can also be said to pursue the legitimate aim of encouraging non-judicial settlements and of relieving the courts of an excessive burden of cases. The Commission finds no indication that the dispute between the applicants and the MTEA involved any issues of public interest which would have made an arbitration inappropriate or unreasonable* ».

⁴¹⁷ Commission 5 mars 1962 requête n° 1197/61 X c/ RFA ; CEDH 27 février 1980 requête n° 6903/75 Deweer c/ Belgique, § 49 ; Commission 4 mars 1987 requête n° 10881/84 K. R. c/ Suisse.

⁴¹⁸ CEDH 27 février 1980 requête n° 6903/75 Deweer c/ Belgique, § 49.

⁴¹⁹ Commission 5 mars 1962 requête n° 1197/61 X c/ RFA. Cette décision concerne l'arbitrage, mais l'interrogation de la Commission est susceptible de développements en matière de compétence internationale des juridictions étatiques.

la procédure d'arbitrage que pour autant qu'elle se déroule selon les règles d'un procès équitable »⁴²⁰, ou permettre, *a posteriori*, aux individus de saisir les juridictions étatiques, ou faire en sorte que la procédure arbitrale soit compatible avec l'article 6 de la Convention. En toute hypothèse, l'État doit garantir à l'individu le respect de son droit au procès équitable selon des moyens qui restent à sa discrétion. Transposée au domaine de la compétence judiciaire internationale cette solution suppose que l'État encourra une responsabilité si l'une de ses juridictions se déclare incompétente alors que la juridiction normalement compétente ne respecte pas l'article 6 § 1. Pour autant, cela n'implique nullement que cet État doive autoriser l'accès à ses tribunaux. D'une part, il peut paraître excessif de conjecturer qu'un juge se comportera de façon incompatible avec les exigences du droit au procès équitable⁴²¹. D'autre part, intégrer ces dernières dans les conditions de la régularité internationale de la décision étrangère suffit à assurer à l'individu le respect de son droit au procès équitable.

88. Finalement, en limitant le contenu du droit d'accès au tribunal, la Cour accorde une ample marge de manœuvre à l'État pour déterminer la compétence de ses juridictions et manifeste ainsi une grande confiance dans leur capacité à œuvrer dans le sens de la coordination des ordres juridiques. Cependant, elle ne renonce pas à tout contrôle. Certes, sa jurisprudence sous-entend que les personnes impliquées dans une relation privée internationale trouveront toujours un juge pour statuer sur leur cause, mais la Cour ne cède pas pour autant à l'idéalisme. Elle exerce un contrôle minimum qui permet néanmoins d'envisager une responsabilité étatique s'il n'est jamais tenu compte de la volonté des individus dans le choix de la juridiction compétente, ou si, à l'inverse, les autorités nationales accordent des effets trop importants à la volonté individuelle. De surcroît, même lorsque les États agissent dans le domaine de leur liberté, la décision d'incompétence ne doit pas révéler d'arbitraire. Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme n'apparaît pas néfaste pour une saine gestion des relations privées internationales prémunie des perturbations que l'affirmation d'une compétence civile universelle déduite du droit d'accès au juge aurait engendrées. Par les adaptations que la Cour a apportées à son contrôle en considération des spécificités de la matière, la CEDH contribue à asseoir certaines solutions traditionnelles et même à réaliser les objectifs que le droit de la compétence judiciaire internationale se propose. Soucieux

⁴²⁰ P. LAMBERT, « L'arbitrage et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et Justice (dir. P. Lambert), 2001, p. 13.

⁴²¹ D'une manière générale sur la distinction qu'il convient d'opérer entre les garanties procédurales et l'accès au juge, cf. *supra* n° 59 et s..

d'embrasser la diversité des hypothèses suscitées par les relations privées internationales, les juges strasbourgeois ont également plié le système des restrictions légitimes aux particularités du droit international privé. L'affermissement et le renforcement de la cohérence de l'ordre international en est, une fois encore, la conséquence.

Section II L'internationalisation des restrictions au droit d'accès au juge

89. Le système de la Convention européenne des droits de l'homme échappe en grande partie à la logique binaire. Les constats de violation de la Convention ne procèdent pas d'un rapport de conformité, mais de compatibilité de la pratique ou de la norme étatique incriminée avec le texte européen. C'est ainsi une logique floue⁴²² qui anime les juges de Strasbourg, une logique de gradation fondée sur des seuils de tolérance dont le fonctionnement permet tout à la fois de promouvoir un patrimoine commun de valeur et d'idéal, d'une part, et de respecter, dans la mesure du seuil de tolérance, les particularismes de chaque ordre juridique soumis à la Convention, d'autre part. Quoiqu'elle réalise une ingérence dans l'un des droits garantis par la Convention, une mesure ou une pratique étatique n'aboutit donc pas automatiquement à sa violation. L'ingérence peut être justifiée si elle se rapproche suffisamment des exigences de la Cour eu égard à la disposition en cause, c'est-à-dire si cette ingérence est prévue par la loi, poursuit un but légitime et apparaît nécessaire dans une société démocratique. Au titre de ce dernier élément, la Cour vérifie la proportionnalité de la mesure ou pratique étatique incriminée à l'objectif qu'elle se propose en tenant compte, notamment, de la marge d'appréciation, notion relative et contingente, dont jouit l'État. C'est en cela que le contrôle opéré à Strasbourg ne vise pas à l'uniformisation, mais à l'harmonisation. Il laisse donc aux États membres une marge d'appréciation, un espace de liberté et d'autonomie dans lequel s'expriment leurs particularités et spécificités. En d'autres termes, par ce raisonnement, « *la Convention a cherché à atteindre, en ce domaine jugé crucial pour l'intégration européenne, l'unité dans une certaine diversité* »⁴²³. Deux questions se posent alors, l'une concernant le domaine des limitations admissibles, à savoir si elles affectent le droit d'accès, l'autre concernant leur pertinence par rapport aux relations privées internationales.

⁴²² M. DELMAS-MARTY, « Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz* 1988 chron. p. 221 ; M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit, réflexion sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000 p. 753.

⁴²³ P. T. VEGLERIS, « Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Droits de l'homme* 1968 p. 219.

90. Instrument de souplesse, les restrictions légitimes n'ont pas une vocation générale si l'on se réfère à la lettre de la Convention. Outre que certaines dispositions ne sauraient souffrir ni atténuation, ni dérogation⁴²⁴, les articles 17⁴²⁵ et 18⁴²⁶ de la Convention posent le principe de l'interprétation stricte des restrictions aux droits garantis. Néanmoins, la Cour considère qu'au-delà de celles explicitement admises par la Convention⁴²⁷, il existe des limites implicites. Ainsi, par son arrêt *Golder*, la Cour prend soin de préciser que le droit d'accès ne revêt pas un caractère absolu⁴²⁸, car « *il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus. En élaborant pareille réglementation, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation* »⁴²⁹. Ce droit n'implique donc ni une compétence illimitée des tribunaux, ni une absence de contrôle sur l'exercice des recours⁴³⁰. En dépit de cette affirmation, la Cour n'a circonscrit définitivement les limitations implicites qu'en 1985⁴³¹. Ces dernières « *ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »⁴³². Bien que la condition de légalité ne figure pas dans l'énoncé proposé par la Cour dans son arrêt *Ashingdane* et dans sa jurisprudence

⁴²⁴ Cf. l'article 15 § 2 de la Convention qui prohibe les dérogations, en cas d'état d'urgence, au droit à la vie (article 2, cf. également le protocole n° 6 relatif à l'abolition de la peine de mort), « *sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre* », à la prohibition de la torture (article 3), de l'esclavage et de la servitude (article 4 § 1), au principe *nulla poena sine lege* (article 7). Le protocole n° 7 inclut dans cette liste le principe *non bis in idem* (article 4).

⁴²⁵ « *Interdiction de l'abus de droit : Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou individu, un droit quelconque de se livrer (...) à des limitations plus amples de ces droits et les libertés que celles prévues à ladite Convention* ».

⁴²⁶ « *Limitation de l'usage des restrictions aux droits : Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues* ».

⁴²⁷ Cf. notamment le paragraphe 2 des articles 8 à 11.

⁴²⁸ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, préc., § 38 : « *S'agissant d'un droit que la Convention reconnaît sans le définir au sens étroit du mot, il y a place, en dehors des limites qui circonscrivent le contenu même de tout droit, pour des limitations implicitement admises* ». Démonstration dont la pertinence laisse sceptique les juges Zekia et Fitzmaurice (cf. leurs opinions dissidentes sur l'arrêt *Golder*).

⁴²⁹ CEDH 28 mai 1985 requête n° 8225/78 *Ashingdane*, § 57. Du point de vue de M. Soyer et Mme de Salvia, la formule « *ressources de la communauté est illustrée par l'aide judiciaire, qui se heurte, bien évidemment à des plafonds budgétaires* ». Quant « *aux besoins des individus, cela vise, par exemple, les restrictions encadrant l'accès à la justice des mineurs et des aliénés, qu'il faut protéger* » (« Article 6 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 259).

⁴³⁰ Cf. l'opinion séparée du juge Sir Gerald Fitzmaurice sur l'arrêt *Golder*, § 28, note 17.

⁴³¹ Auparavant, elle prétextait qu'il ne lui appartenait pas « *d'échaffauder une théorie générale des limitations admissibles* » (CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, § 39).

⁴³² CEDH 28 mai 1985 requête n° 8225/78 *Ashingdane*, § 57.

postérieure, il ne fait aucun doute que sa vérification s'impose pour rendre admissible une restriction au droit d'accès. L'aversion qu'éprouvent les organes de Strasbourg à l'égard de l'arbitraire conduit naturellement à un tel contrôle. D'une manière générale, une mesure légitime dépourvue de base dans l'ordre interne n'aboutit pas moins à un constat de violation de la Convention⁴³³. La Cour s'assure ainsi logiquement au titre du droit d'accès de l'existence d'une base dans l'ordre interne⁴³⁴ et de sa qualité⁴³⁵. Le procédé se situe donc dans le droit fil des restrictions légitimes explicitement envisagées par la lettre même de la Convention et vaut, *a priori*, pour toutes les déclinaisons du droit d'accès⁴³⁶. Par conséquent, il est susceptible de faire l'objet de restrictions sans pour autant qu'il en découle un constat de violation de la Convention. Toutefois, en soi, il n'est pas certain que cette limite soit en adéquation avec les particularités du droit international privé.

91. En effet, un examen attentif de ce mécanisme fait apparaître que son objet consiste à ménager un juste équilibre entre les intérêts de l'État et les droits des individus. Le contenu

⁴³³ Cf. CEDH 22 juin 1989 requête n° 11373/85 Eriksson c/ Suède relatif à l'article 8 de la CEDH : au § 65, la Cour s'aperçoit que l'une des mesures incriminées ne repose sur aucune loi et conclut au non respect de la condition de légalité et partant de l'article 8 de la Convention ; ce qui ne l'empêche pas au § 67 d'affirmer, à propos de ces mêmes mesures, qu' « *en revanche, la Cour ne doute pas qu'elles ont été imposées pour protéger la santé et les droits* » de l'enfant ; reste que cette légitimité n'affecte en rien son caractère arbitraire et donc sa contrariété à la Convention.

⁴³⁴ Cf. par exemple CEDH 16 novembre 2000 requête n° 39442/98 SA « Sotiris et Nikos Koutras Attee » c/ Grèce, § 19 ou encore CEDH 21 mai 2002 requête n° 32872/96 Peltier c/ France, où la Cour constate au § 37 que « *ce motif de rejet, non prévu par les textes, constitue, selon le gouvernement défendeur lui-même, une erreur de droit de la part de l'officier du ministère public, alors que la saisine du tribunal compétent était de droit dans le cas du requérant* » ; élément suffisant du point de vue de la Cour qui « *ne peut donc que constater que le droit d'accès du requérant à un tribunal a été atteint dans sa substance même, sans but légitime et de façon disproportionnée* », ces deux dernières observations étant surabondantes (en effet, il n'y a eu, formellement, ni contrôle de la légitimité, ni examen de la proportionnalité).

⁴³⁵ Cf. par exemple l'arrêt de *Geouffre de la Pradelle* qui aboutit à un constat de violation de la Convention au motif que le système ne présentait pas « *une cohérence et une clarté suffisante* » (CEDH 16 décembre 1992 requête n° 12964/87 de Geouffre de la Pradelle c/ France, § 35) ou encore l'arrêt *Bellet* qui reprend, en substance, le même point de vue (CEDH 4 décembre 1995 requête n° 23805/94 Bellet c/ France, préc., § 37). En d'autres termes, une ingérence dans le droit d'accès est admissible si et seulement si le texte qui la fonde apparaît suffisamment clair et précis pour permettre aux individus d'adopter une attitude en conséquence.

⁴³⁶ Qu'il s'agisse du droit d'accès au sens strict (CEDH 28 mai 1985 requête n° 8225/78 Ashingdane) ou du droit à une décision sur le fond, c'est-à-dire le droit d'accès au sens large (que ce soit pour la réglementation du droit d'agir, en visant les conditions de recevabilité d'un recours, CEDH 30 octobre 1998 requête n° 38212/97 F. E. c/ France, § 44 ; CEDH 28 octobre 1998 requête n° 28090/95 Perez de Rada Cavanilles c/ Espagne, § 44 ; Commission 21 mai 1997 requête n° 26426/95 SBF Spa c/ Italie, § 17 ; ou pour la réglementation de la compétence, CEDH 6 juillet 2000 requête n° 27937/95 Murat Bayrak c/ Allemagne ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 Al-Adsani c/ Royaume-Uni, préc., § 53). En revanche, le régime de l'exécution des décisions de justice, en tant qu'elle vérifie l'effectivité du droit d'accès, est moins assuré. L'arrêt *Hornsby* ne ménage en effet aucune restriction admissible (cf. J.-P. MARGUÉNAUD, *RTDC* 1997 p. 1010, O. DUGRIP et F. SUDRE, *JCP* 1997.II.22949, p. 511). Cependant, même si, à la différence de l'arrêt *Golder*, la Cour n'a pas pris le soin de préciser que cette obligation d'exécution n'était pas absolue, on ne peut guère adopter un parti définitif sur ce point. Rappelons à cet égard que les limitations implicites au droit d'accès n'ont été définies que dix ans après l'arrêt *Golder*. En outre, le caractère absolu de ce prolongement de l'article 6 § 1 trouve un tempérament dans le fait qu'il ne vise que les décisions internes obligatoires et surtout définitives (CEDH 18 avril 2002 requête n° 49144/99 Ouzounis c/ Grèce, préc.).

des buts tenus pour légitimes, la proportionnalité ou la marge nationale d'appréciation, tous déterminants dans le contrôle des restrictions aux droits garantis, mettent seulement en avant l'idée d'une protection de l'ordre public ou de l'intérêt étatique⁴³⁷. La Cour laisse parfois apparaître cette idée dans ses arrêts. Par exemple, dans l'affaire *Sunday Times contre le Royaume-Uni* du 26 avril 1979, elle avait à déterminer si la condition de légalité était satisfaite lorsque l'ingérence en cause prenait sa source, non dans un texte écrit, mais dans la common law. De son point de vue, « *on irait manifestement à l'encontre de l'intention des auteurs de la Convention si l'on disait qu'une restriction imposée en vertu de la common law n'est pas "prévue par la loi" au motif qu'elle ne ressort d'aucun texte législatif : on priverait un État de common law de la protection de l'article 10 § 2*⁴³⁸ »⁴³⁹. La conception qui prévaut du mécanisme des ingérences justifiées le fait apparaître comme un instrument de défense, de protection de l'État et de l'intérêt général face à l'intérêt individuel et égoïste, avec cette nuance qu'il ne s'agit pas d'une protection absolue au nom de laquelle un droit garanti pourrait être supprimé. En aucun cas il ne peut légitimer une atteinte à la substance d'un droit⁴⁴⁰ ; seul son exercice se trouve sujet à cantonnement⁴⁴¹. Or, en raison du dépassement qu'il réalise de la dialectique entre l'État et l'individu, le droit international privé présente des particularités irréductibles. Son développement harmonieux et la recherche d'une coordination satisfaisante des ordres juridiques nécessitent la prise en compte des intérêts de l'ordre international. L'intérêt de l'État, quoique encore présent, ne constitue pas l'aspect majeur du droit international privé. Si une norme étatique poursuit la coordination des ordres juridiques et s'analyse comme une ingérence dans l'un des droits garantis par la Convention, et plus particulièrement dans le droit d'accès au tribunal, il ne s'agit pas pour l'État de se protéger, du moins pas exclusivement. L'intérêt des particuliers, mais aussi et surtout l'intérêt de l'ordre international commandent, le cas échéant, une telle restriction. Il en résulte une incompatibilité de principe entre les clauses de sauvegarde autorisant certaines restrictions,

⁴³⁷ Cf. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Collection Droit Fondamental, 7^{ème} édition refondue, 2005, p. 216 et s., n° 153 et s. ; E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marges d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 23. Voir également P. T. VEGLERIS, *loc. cit.*, p. 219, lorsqu'il affirme que la Convention reconnaît à l'État la possibilité de restreindre les droits garantis « *à des fins d'intérêt de la communauté nationale* » (p. 220) ou encore que les restrictions légitimes permettent de prendre en compte « *les manifestations du pouvoir des États (...) qui reflètent la constatation d'une nécessité ou d'un intérêt social permanent* » (p. 223).

⁴³⁸ Cnqs.

⁴³⁹ CEDH 26 avril 1979 requête n° 6538/74 *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 47 (*JCEDH* n° 164).

⁴⁴⁰ L'hypothèse serait alors celle d'une dérogation à un droit, sévèrement réglementée par une clause générale à l'article 15 de la Convention, et non plus seulement d'une restriction, prévue explicitement ou implicitement pour chacun des droits inscrits dans la Convention.

⁴⁴¹ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 208, n° 149.

dont l'objet est la protection de l'État, et les règles du droit international privé, dont l'objet est avant tout la protection, la promotion et le développement de l'ordre international. Pour paraphraser la Cour, ne pas tenir compte de cet élément reviendrait à frapper à la base toute l'entreprise de coordination des ordres juridiques, et donc, le droit international privé dans son essence⁴⁴². Précisément, c'est en conscience de ce rapport tripartite que la Cour européenne des droits de l'homme s'est opportunément engagée dans une voie permettant d'intégrer ces données originales, montrant par-là les ressources insoupçonnées que recèle la Convention et le pragmatisme dont sait faire preuve la Cour face à des situations inédites, pour lesquelles, manifestement, les rédacteurs de la Convention n'avaient rien prévu. Signe d'une grande maturité du système et de sa vocation à la longévité, la Cour a ainsi abordé de front le problème de l'internationalité du litige non seulement en adaptant les limites classiques aux droits garantis (§ I), mais également en forgeant des limitations spécifiques aux droits garantis (§ II).

§ I L'ajustement des limitations classiques à l'internationalité du litige

92. Classiquement la justification d'une ingérence étatique dans les droits garantis par la Convention procède de la réunion de trois conditions cumulatives : légalité, légitimité, nécessité. Il suffit que l'un quelconque de ces éléments fasse défaut pour que l'ingérence constitue une violation de la Convention⁴⁴³. Toutefois, leur adaptation à l'internationalité du litige ne se pose pas dans les mêmes termes, ni dans la même mesure. À l'examen, seules la légitimité (B) et la nécessité (C) appellent un réel ajustement. En effet, la condition de légalité apparaît d'ores et déjà apte à recevoir les spécificités du droit international privé (A).

A L'adéquation de la légalité

93. La légalité constitue une notion autonome, ce qui implique qu'au-delà des qualifications juridiques nationales il appartient en dernier lieu à la Cour de déterminer l'acceptation du terme

⁴⁴² CEDH 26 avril 1979 requête n° 6538/74 *Sunday Times c/ Royaume-Uni* : « (...) *on priverait un État de common law, Partie à la Convention, de la protection de l'article 10-2 et l'on frapperait à la base son système juridique* » (§ 47).

⁴⁴³ Il s'agit d'une tendance lourde selon laquelle la Cour s'abstient de vérifier les conditions de légitimité et de nécessité puisque l'absence de légalité suffit à entraîner un constat de violation de la Convention (voir, par exemple, CEDH 31 mai 2005 requête n° 64330/03 *Antunes Rocha c/ Portugal*, § 79 ; CEDH 11 janvier 2005 requête n° 33695/96 *Musmeci c/ Italie*, § 58 ; CEDH 11 janvier 2005 requête n° 50774/99 *Sciacca c/ Italie*, § 30). Il existe néanmoins quelques flottements dans la jurisprudence, la Cour préférant ne pas trancher une question puisque, en toute hypothèse, l'examen de la condition suivante aboutit à un constat de violation.

« loi » et plus généralement les exigences qui en découlent. C'est donc tout naturellement, conformément à la logique de l'autonomie des termes de la Convention, que « *la Cour a toujours entendu le terme "loi" dans son acception "matérielle" et non "formelle"* »⁴⁴⁴. Ainsi que le précise la Cour, « *les mots "prévues par la loi", (...), veulent d'abord que la mesure incriminée ait une base légale en droit interne, mais ils ont aussi trait à la qualité de la loi* »⁴⁴⁵. Dès lors, l'examen de l'existence d'une base dans l'ordre interne et de sa qualité ne suppose pas l'existence d'une loi au sens formel du terme, c'est-à-dire, sommairement, l'acte voté par le Parlement dans la forme législative⁴⁴⁶.

94. Par conséquent, en ce qui concerne la première exigence, à savoir l'existence d'une base dans l'ordre interne, la Cour y inclut à la fois des textes de rang infra-législatif et le « *droit non-écrit* »⁴⁴⁷. Si un renvoi à la jurisprudence peut se prévaloir de solides justifications, exposées dans l'arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979, à l'égard des pays de common law, on aurait pu douter de sa pertinence s'agissant des pays dits continentaux. D'ailleurs, à l'occasion de l'affaire *Kruslin*, le délégué de la Commission EDH avait fait observer que, dans ces derniers, l'ingérence devait nécessairement trouver sa source dans un texte écrit, la jurisprudence étant certes une source de droit importante, mais secondaire⁴⁴⁸. Toutefois, la Cour relèvera alors avec justesse que l'on « *aurait tort de forcer la distinction entre pays de common law et pays "continentaux" (...). La loi écrite (statute law) revêt aussi, bien entendu, de l'importance dans les premiers. Vice versa, la jurisprudence joue traditionnellement un rôle considérable dans les seconds, à telle enseigne que des branches entières du droit positif*

⁴⁴⁴ CEDH 24 avril 1990 requête n° 11801/85 *Kruslin c/ France*, § 29 (*Dalloz* 1990 p. 357 note J. Pradel, *RUDH* 1990 p. 185 note G. Cohen-Jonathan, *GACEDH* n° 5). L'idée d'autonomie et d'unité du terme « loi » apparaît également dans les arrêts *Silver* (CEDH 25 mars 1983 requêtes n° 6205/73, 5947/72, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 et 7136/75 *Silver et autres c/ Royaume-Uni*, § 85) et *Malone* (CEDH 2 août 1984 requête n° 8691/79 *Malone c/ Royaume-Uni* : « *Dans son arrêt Silver et a. du 25 mars 1983, la Cour a jugé qu'au moins pour les entraves à la correspondance des détenus, les mots "prévues par la loi / in accordance with law", figurant au paragraphe 2 de l'article 8, doivent s'interpréter à la lumière des principes généraux qui, d'après l'arrêt Sunday Times du 26 avril 1979, valent pour les termes comparables, "prévues par la loi / prescribed by law", dont se sert le paragraphe 2 de l'article 10* » (§ 66), car dans la mesure où les textes se chevauchent alors, « *à ne pas les interpréter de manière identique, on risquerait d'aboutir à de conclusions dissemblables pour une même ingérence* » (arrêt *Silver*, § 85)). Bien que ces arrêts visent une hypothèse particulière, la correspondance, il est peu douteux que le terme « loi », partout où la condition de légalité intervient, ait un contenu unique (cf. E. KASTANAS, *op. cit.*, p. 27).

⁴⁴⁵ CEDH 24 avril 1990 requête n° 11801/85 *Kruslin c/ France*, préc., § 27.

⁴⁴⁶ Pour une analyse de cette « légalité européenne » et notamment les limites indirectes à la conception formelle, cf. E. KASTANAS, *op. cit.*, p. 27 et s..

⁴⁴⁷ CEDH 26 avril 1979 requête n° 6538/74 *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, préc. : « *La Cour constate que les mots "prévues par la loi" englobe à la fois le droit écrit et le droit non-écrit* » (§ 47) ; CEDH 2 août 1984 requête n° 8691/79 *Malone c/ Royaume-Uni*, § 66 ; CEDH 24 avril 1990 requête n° 11801/85 *Kruslin c/ France*, préc., § 29.

⁴⁴⁸ CEDH 24 avril 1990 requête n° 11801/85 *Kruslin c/ France*, préc., § 28.

résultent, dans une large mesure, des cours et tribunaux. (...). À la négliger, elle ne minerait guère moins le système juridique des États "continentaux" que son arrêt Sunday Times du 26 avril 1979 "n'eût frappé à la base" celui du Royaume-Uni s'il avait écarté la common law de la notion de loi »⁴⁴⁹. Dès lors, la conclusion découle d'elle-même, « *dans un domaine couvert par le droit écrit, la "loi" est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété* »⁴⁵⁰. Or, nonobstant l'important mouvement de codification affectant le droit international privé, tant dans l'ordre interne⁴⁵¹ que dans l'ordre international⁴⁵², il demeure dans une très large mesure l'œuvre de la jurisprudence⁴⁵³. Malgré tout, cette analyse de la jurisprudence dans les pays continentaux apparaît insuffisante en ce qu'elle semble la cantonner dans son rôle traditionnel d'interprétation de la loi. Le principe non-écrit doit alors au minimum avoir l'apparence d'être rattaché à une disposition écrite⁴⁵⁴. En conséquence, lorsque la jurisprudence vise l'article 3 du Code civil pour en déduire une partie fort substantielle de la réglementation des conflits de lois, elle satisfait à la condition de l'existence d'une base en droit interne. Pourtant l'artifice ne trompe personne et dissimule mal un véritable pouvoir créateur en opposition avec l'article 5 du Code civil qui proscrie les arrêts de règlement. Plus embarrassante est l'hypothèse dans laquelle les juges avancent à visage découvert et statuent en se fondant, par exemple, sur « *les principes qui régissent la compétence juridictionnelle internationale* »⁴⁵⁵. Ainsi que l'a démontré M. Patrick Morvan dans sa thèse de doctorat⁴⁵⁶, le principe juridique est un principe normatif purement prétorien dont le rattachement à un texte constitue seulement une clause de style⁴⁵⁷ et dont l'effet est principalement d'agir contre la loi et non de la compléter. La jurisprudence européenne

⁴⁴⁹ *Ibid.*, § 29. De surcroît, en prohibant le déni de justice, la jurisprudence aurait quelques difficultés à respecter l'article 4 du Code civil.

⁴⁵⁰ CEDH 24 avril 1990 requête n° 11801/85 *Kruslin c/ France*, préc., § 29 ; CEDH 16 avril 2002 requête n° 37971/97 *Société Colas Est et a. c/ France*, préc., § 43.

⁴⁵¹ Cf. par exemple, pour la France, le domaine du divorce, de la filiation et plus récemment celui de l'adoption.

⁴⁵² Il suffit d'évoquer à cet égard la production communautaire ainsi que les conventions préparées par la Conférence de droit international privé de la Haye.

⁴⁵³ Ainsi que le font observer MM. Ancel et Lequette, « *la multiplication des traités internationaux et les témérités renouvelées du législateur français n'ont pas suffi à remettre en cause la place que la jurisprudence française avait su s'adjuger dans la formation de notre système de droit international privé* » (*Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. VII). L'avenir pourrait néanmoins modifier cette configuration parce que « *cette source vive que ni la conférence de La Haye, ni le législateur français n'avaient réussi à tarir, la (dé)construction européenne pourrait bien l'assécher* » (*Ibid.*, p. VII).

⁴⁵⁴ E. KASTANAS, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁵⁵ Civ. 1^{ère} 6 février 1985 *Simitch RCDIP* 1985 p. 369, *Clunet* 1985 p. 460 note A. Huet, *Dalloz* 1985 p. 469 note J. Massip, *Dalloz* 1985 IR p. 497 note B. Audit, *GAJFDIP* n° 70. Cf. également, relativement à la compétence internationale directe, Civ. 1^{ère} 13 janvier 1981 *De BERNIERI RCDIP* 1981 p. 331 note H. Gaudemet-Tallon, *Clunet* 1981 p. 360 note A. Huet, qui évoque « *le principe qui étend à l'ordre international les règles internes de compétence* ».

⁴⁵⁶ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Édition Panthéon-Assas, 1999.

⁴⁵⁷ L'essence du principe étant son extra-textualité.

semble l'ignorer lorsqu'elle admet que l'ingérence était prévue par la loi seulement après avoir constaté que, si elle procédait de la jurisprudence, celle-ci ne heurtait pas le libellé du texte auquel elle se rattachait plus ou moins. Cependant, de façon très inspirée, la Cour a préféré laisser aux États membres une certaine latitude dans ce domaine, et accepte, au titre de l'existence d'une base en droit interne, le principe juridique⁴⁵⁸. Cette conception opportune de la légalité permet ainsi de prendre en compte les ingérences du fait des règles du droit international privé de source jurisprudentielle, même dans les pays continentaux. Si cela assure au droit international privé, basé sur les principes, une existence légitimant une ingérence éventuelle, encore faut-il que les normes ainsi produites possèdent une certaine qualité.

95. Or, de ce point de vue, il est encore permis de nourrir quelques craintes. De jurisprudence constante, une ingérence doit être prévue par une loi matérielle de qualité⁴⁵⁹, c'est-à-dire : accessible, « *le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné* »⁴⁶⁰ ; précise, « *pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé* » ; compatible avec la prééminence du droit⁴⁶¹, soit, en substance, sa conformité au droit interne. Ainsi, l'accessibilité de la jurisprudence est garantie si elle fait l'objet d'une publication⁴⁶², et sa prévisibilité si elle est « *constante, claire et précise* »⁴⁶³. D'emblée, le principe juridique

⁴⁵⁸ CEDH 30 mai 2000 requête n° 24638/94 Carbonara et Ventura c/ Italie : « *La Cour n'estime pas utile de juger in abstracto si le rôle qu'un principe jurisprudentiel, tel que celui de l'expropriation indirecte, occupe dans un système de droit continental est assimilable à celui occupé par des dispositions législatives* » (§ 64). Cf. également CEDH 30 mai 2000 requête n° 31524/96 Belvédère Alberghiera SRL c/ Italie, § 57.

⁴⁵⁹ Donnée appréciée avec une certaine souplesse puisque la « *Cour souligne que la portée des notions de prévisibilité et d'accessibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte en cause, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires* » (CEDH 28 mars 1990 requête n° 10890/84 Groppera radio A. G. et autres c/ Suisse, § 68) et que la conformité au droit interne est présumée sauf erreur de droit manifeste, application arbitraire ou reconnaissance par l'État défendeur de la violation du droit interne, par la disposition source de l'ingérence (cf. E. KASTANAS, *op. cit.*, p. 45 et s.).

⁴⁶⁰ CEDH 26 avril 1979 requête n° 6538/74 Sunday Times c/ Royaume-Uni, préc., § 49 ; CEDH 25 mars 1983 requêtes n° 6205/73, 5947/72, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 et 7136/75 Silver et autres c/ Royaume-Uni, § 87 ; CEDH 2 août 1984 requête n° 8691/79 Malone c/ Royaume-Uni, § 66.

⁴⁶¹ CEDH 24 avril 1990 requête n° 11801/85 Kruslin c/ France, préc., § 27.

⁴⁶² CEDH 24 mai 1988 requête n° 10737/84 Muller et autres c/ Suisse, § 38 (GACEDH n° 50) ; CEDH 30 mars 1989 requête n° 10461/83 Chappel c/ Royaume-Uni § 56 ; CEDH 25 mars 1993 requête n° 14307/88 Kokkinakis c/ Grèce, § 40 (GACEDH n° 47).

⁴⁶³ CEDH 17 juillet 2001 requête n° 39288/93 Association Ekin c/ France, § 46. Cf. également CEDH 24 mai 1988 requête n° 10737/84 Muller et autres c/ Suisse, préc., qui vise une jurisprudence « *suivie par les juridictions inférieures* » (§ 38), ou encore CEDH 30 mars 1989 requête n° 10461/83 Chappel c/ Royaume-Uni, qui évoque une jurisprudence « *abondante* » qui « *a répété et affiné les principes suivis en la matière* » (§ 56).

s'expose à la critique d'imprévisibilité parce que, dans son essence, il est le produit d'une longue sédimentation. À l'instar du principe de l'enrichissement sans cause, l'élaboration des règles applicables aux immunités de juridiction (notion et régime) n'a pas été arrêtée dans une seule décision. Bien que l'observation présente plus d'inconvénients pour le principe en ce qu'il détermine un ensemble de règles, elle concerne toute la jurisprudence, qui, même interprétative, est soumise à des aléas et des variations. Elle exige donc un certain laps de temps avant d'être solidement fixée. Comme les revirements⁴⁶⁴, les jurisprudences novatrices possèdent un effet rétroactif et apparaissent donc, sauf exception⁴⁶⁵, imprévisibles⁴⁶⁶. En revanche, plus spécifiquement, la compatibilité du principe avec la prééminence du droit suscite davantage d'inquiétude quant à son avenir. En effet, à l'occasion de l'arrêt *Carbonara et Ventura*⁴⁶⁷, la Cour a jugé non prévue par la loi l'institution prétorienne de l'expropriation indirecte en raison d'une combinaison de facteurs dont il est difficile de dire s'ils sont cumulatifs, simplement alternatifs ou s'ils traduisent une méthode du faisceau d'indices, car pris isolément, chacun des éléments avancés semble suffisant à constater le non-respect de la légalité⁴⁶⁸. En l'occurrence, la Cour s'est déterminée en relevant que la jurisprudence avait donné lieu à des applications contradictoires⁴⁶⁹, que l'institution en cause avait pour vocation de légitimer l'occupation illégale d'un terrain⁴⁷⁰ et que la seule protection offerte était un droit à indemnisation affecté d'un délai de prescription de cinq ans⁴⁷¹ ce qui la rendait en pratique

⁴⁶⁴ N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, rapport remis le 30 novembre 2004 à Monsieur le premier président Guy Canivet, Litec 2005 ; P. MORVAN, « Les revirements de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le rubicon », *Dalloz* 2005 p. 233 ; P. DEUMIER et R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles ? Interrogations à partir d'un rapport », *RTDC* 2005 p. 83 ; V. HEUZÉ, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP* 2005.I.130 ; C. RADÉ, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *Dalloz* 2005 p. 988.

⁴⁶⁵ Hypothèse des revirements de jurisprudence annoncés par la Cour suprême à l'occasion d'une série d'arrêts de rejet ou comportant une motivation surabondante.

⁴⁶⁶ La Cour, néanmoins, fait preuve d'une trop grande rigueur à l'égard des revirements de jurisprudence inhérents à la fonction de juger et auxquels elle se livre parfois ouvertement (affaire *Pellegrin et Kudla*). Ainsi, elle considère qu'« on ne saurait voir dans les revirements de jurisprudence, qui par nature opposent des solutions contentieuses rendues avant et après, une méconnaissance de » l'interdiction de discriminer (CEDH 16 avril 2002 requête n° 36677/97 S. A. Dangeville c/ France, § 65). Cependant, elle ne s'est jamais prononcée, en ce domaine, sur le thème de la prévisibilité de la loi.

⁴⁶⁷ CEDH 30 mai 2000 requête n° 24638/94 *Carbonara et Ventura* c/ Italie.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, §§ 69-71.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, § 65 : « la Cour observe que la jurisprudence en matière d'expropriation indirecte a connu une évolution qui a conduit à des applications contradictoires, ce qui pourrait aboutir à un résultat imprévisible ou arbitraire et priver les intéressés d'une protection efficace de leurs droits, et, par conséquent, serait incompatible avec le principe de légalité ».

⁴⁷⁰ *Ibid.*, § 66 : « la Cour émet des réserves sur la compatibilité avec le principe de légalité d'un mécanisme qui, de manière générale, permet à l'administration de tirer bénéfice d'une situation illégale et par l'effet duquel le particulier se trouve devant le fait accompli ».

⁴⁷¹ *Ibid.*, § 67 : « la Cour relève enfin que la réparation pour la privation de propriété n'est pas automatiquement versée par l'administration, mais doit être réclamée par l'intéressé et cela dans un délai de cinq ans, ce qui pourrait se révéler une protection non adéquate ».

illusoire. Or, le propre du principe consiste précisément à vivre en dehors de toute légalité formelle et, le plus souvent, à agir contre elle. En dernière analyse, toutefois, c'est bien l'arbitraire du principe incriminé que la Cour a voulu dénoncer⁴⁷², de sorte que, d'une manière générale, l'existence même des principes ne semble pas menacée⁴⁷³.

96. En conséquence, la Cour a élaboré une conception suffisamment souple de la condition de légalité pour respecter les sources originales du droit international privé parmi lesquelles les nombreux arrêts « *qui, au-delà de quelques précautions rituelles, n'hésitent pas à poser la règle de droit, en prononçant par voie d'énonciation générale sur les causes qui leur sont soumises* »⁴⁷⁴. Sous réserve de quelques dispositions écrites éparses, la nature largement jurisprudentielle du droit commun de la compétence juridictionnelle internationale ne soulève donc pas de difficulté particulière. Elle pourra éventuellement constituer le support, admissible au regard de la Convention, d'une ingérence dans le droit d'accès au tribunal. Quant au point de savoir si cette ingérence sera ou non justifiée, encore faudra-t-il vérifier sa légitimité et sa nécessité.

Or, par ces deux conditions, c'est la protection de l'ordre public et de l'État qui se trouve traditionnellement considérée. De nouveau, et cette fois spécifiquement pour les relations privées internationales, la Cour a su faire preuve de souplesse et de pragmatisme en prenant en compte les exigences de la coordination des ordres juridiques. En procédant à l'élargissement de la condition de légitimité et à l'assouplissement de la condition de nécessité, la Cour concède aux intérêts de l'ordre international la possibilité de déterminer des restrictions aux droits garantis par la Convention, ce qui a pour effet de leur offrir une certaine protection.

⁴⁷² *Ibid.*, § 72 : « *La Cour estime qu'une telle ingérence ne peut être qualifiée d'arbitraire* ».

⁴⁷³ Sans doute serait-il souhaitable qu'à l'avenir, la Cour fasse bénéficier le principe juridique de la présomption de conformité au droit interne à l'instar des règles matérielles et de la jurisprudence réellement ou apparemment interprétative. Une telle option aurait l'avantage de la cohérence, car, ainsi que l'a démontré M. Morvan, ce n'est pas la citation d'un texte en *sus* du principe qui modifie la nature profonde de celui-ci, à savoir son extra-textualité. Toute autre solution reviendrait à accorder beaucoup de poids à une simple clause de style. Notons que dans l'affaire *Brualla Gomez de la Torre*, la Cour avait, semble-t-il, accepté sans difficulté, au titre de la condition de légalité, le principe à la base d'une ingérence dans le droit d'accès au tribunal (CEDH 19 décembre 1997 requête n° 26737/95 *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne*, § 35 : « *La Cour note que la solution adoptée en l'espèce par les juridictions espagnoles s'inspire d'un principe généralement reconnu selon lequel, sauf disposition expresse en sens contraire, les lois de procédure s'appliquent immédiatement aux procédures en cours* »).

⁴⁷⁴ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. VII.

B L'élargissement de la légitimité

97. D'une manière générale, les restrictions aux droits garantis par la Convention ne sauraient obéir à un quelconque motif. Seule la réalisation de certains buts autorise les États Parties à limiter l'étendue des libertés dont ils se sont engagés à assurer la jouissance aux individus. Le problème est que l'énumération des buts légitimes à laquelle procède la Convention s'inscrit dans la logique du système des restrictions justifiées ; puisque cette théorie a pour objet la protection de l'État, les mesures ou pratiques étatiques incriminées par les requérants doivent avoir été inspirées d'une manière ou d'une autre par cette considération. Afin d'éviter que le droit international privé et singulièrement la compétence judiciaire internationale ne se dissolve sous l'effet d'un mouvement de faveur immodéré envers l'accès international à la justice, amorcer l'élargissement des buts légitimes se révèle impérieux. Par sa structure, le droit d'accès à la justice présente des potentialités dont la Cour a opportunément su tirer parti pour y intégrer une dimension internationale fondée sur la coordination des ordres juridiques.

98. Dès son arrêt *Golder*, la Cour, souscrivant à la thèse développée tant par la Commission EDH que par le gouvernement défendeur, a affirmé le caractère relatif du droit d'accès au tribunal. En effet, « *s'agissant d'un droit que la Convention reconnaît sans le définir au sens étroit du mot, il y a place, en dehors des limitations qui circonscrivent le contenu même de tout droit, pour des limitations implicitement admises* »⁴⁷⁵. Par la reconnaissance des « limitations implicites », la Cour s'offre ainsi un très large pouvoir de décision et d'appréciation. Bien que les juges strasbourgeois aient, dans l'affaire *Ashingdane*, aligné le mécanisme des limitations implicites sur celui des limitations explicites, ils n'ont fait que lui emprunter sa démarche formelle. Si, conformément aux prévisions de la Convention, la Cour ne décerne un brevet de conventionnalité à une ingérence qu'au terme de la triple vérification de sa base en droit interne, de sa légitimité et de sa nécessité dans une société démocratique, il lui reste loisible de déterminer le contenu, l'étendue et la nature de chacun de ces éléments. Rien ne l'oblige à transposer dans ce domaine les principes de contrôle développés sur le terrain des articles dont la Convention a expressément circonscrit les bornes. Un tel cloisonnement, du point de vue de la condition de légitimité, s'imposait d'ailleurs en logique. Dans le système de la Convention, en effet, les restrictions autorisées aux droits garantis ne résultent pas d'une clause générale, mais de dispositions particulières suivant la définition

⁴⁷⁵ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, préc., § 38.

d'un droit ou d'une liberté⁴⁷⁶. Or, les buts poursuivis par les mesures ou pratiques étatiques autorisant une limitation de l'exercice des droits et libertés sont diversifiés, « *la nature de chaque droit ayant suggéré aux rédacteurs de la Convention des motifs d'intervention très variés* »⁴⁷⁷. Si certains d'entre eux sont communs à plusieurs droits ou libertés, d'autres, en revanche, leur sont spécifiques⁴⁷⁸. Aussi, s'agissant d'un droit implicite tel le droit d'accès, la tâche de déterminer ce que sa nature⁴⁷⁹ implique, au titre de la condition de légitimité, incombait-elle à la Cour. Jusqu'à présent, elle a ainsi reconnu une très grande variété de buts légitimes : « *éviter, dans le contexte d'une mesure de nationalisation de grande envergure, une profusion de demandes et d'instances introduites par tel ou tel actionnaire* »⁴⁸⁰ ; éviter que le défendeur « *ne se trouvât confronté à l'impossibilité de recouvrer ses frais de justice si le requérant venait à succomber en appel* »⁴⁸¹ ; « *garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé* »⁴⁸² ; « *éviter un encombrement excessif du rôle du Tribunal suprême par des affaires de moindre importance* »⁴⁸³ ; protéger la sécurité nationale et « *garantir le secret des données sur la sécurité* »⁴⁸⁴ ; « *assurer une bonne administration de la justice* »⁴⁸⁵. Cette liste qui met

⁴⁷⁶ Cf. notamment la structure très révélatrice des articles 8 à 11 de la Convention.

⁴⁷⁷ P. T. VEGLERIS, « Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Droits de l'homme* 1968 p. 225.

⁴⁷⁸ Par exemple, empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire constituent deux finalités propres aux restrictions de la liberté d'expression. La protection des intérêts des mineurs est de la même manière spécifique à la limitation du caractère public des procès.

⁴⁷⁹ Rappelons que l'arrêt *Ashingdane* met précisément en avant la nature du droit d'accès pour évoquer les limitations dont il peut faire l'objet.

⁴⁸⁰ CEDH 8 juillet 1986 requêtes n° 9006/80, 9262/81, 9263/91, 9265/81, 9266/81, 9313/91, 9405/81 *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni*, § 197, en ce qui concerne le système de règlement des litiges relatifs à l'indemnisation. Dans le même ordre d'idée, la Cour a reconnu la légitimité du système grec réglementant le mode paiement de la rémunération des ingénieurs (CEDH 27 août 1991 requêtes n° 12750/87, 13780/88, 14003/88 *Phillis c/ Grèce*, § 61 : « *la subrogation en cause offre certes des avantages : en représentant les ingénieurs devant les tribunaux, la TEE leur fournit, moyennant un léger pourcentage, les services de conseils expérimentés ; elle assume en outre les frais de justice et les honoraires d'avocat, que les ingénieurs les moins fortunés auraient parfois du mal à régler* »).

⁴⁸¹ CEDH 13 juillet 1995 requête n° 18139/91 *Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni*, préc., § 61.

⁴⁸² CEDH 22 octobre 1996 requêtes n° 22083/93 et 22095/95 *Stubblings et autres c/ Royaume-Uni*, § 51, relativement aux délais de prescription.

⁴⁸³ CEDH 19 décembre 1997 requête n° 26737/95 *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne*, § 36, relativement à l'actualisation du taux de ressort.

⁴⁸⁴ CEDH 10 juillet 1998 requête n° 20390/92 et 21322/93 *Tinelly and sons Ltd et autres et Mac Elduff et autres c/ Royaume-Uni*, § 76.

⁴⁸⁵ Ce qui concerne la renonciation, sous la forme d'une clause contractuelle d'arbitrage au civil ou d'une amende de composition au pénal, à se prévaloir de son droit à un examen de sa cause par un tribunal (CEDH 27 février 1980 requête n° 6903/75 *Deweer c/ Belgique*, § 49), l'obligation pour le plaideur de consigner à l'avance une certaine somme d'argent en considération des chances de succès de son recours (Commission 14 mai 1993

bout à bout des notions larges et très extensibles est à l'image des nomenclatures figurant expressément dans la Convention. Il s'agit davantage « *de prévoir ce que pourraient être les restrictions que chaque droit appelle par sa nature et peut subir dans l'intérêt général, plutôt que de limiter le pouvoir d'intervention des États à cet effet* »⁴⁸⁶. Néanmoins, toutes ces finalités convergent dans le sens de la protection de l'organisation étatique. En ce sens, elles demeurent un obstacle à la réception des objectifs de la compétence judiciaire internationale plus larges que cette seule protection. Du point de vue du droit d'accès, ce barrage reste implicite ; il découle d'une mise en relation de la condition de légitimité propre au droit d'accès et révélée de manière prétorienne avec cette même condition définie par ailleurs explicitement. En cela, il apparaît tout relatif, car, si la Cour a eu toute latitude pour élaborer le contenu de la légitimité, elle jouit d'une liberté identique pour déterminer l'orientation et l'ampleur qu'il convient de lui affecter. Aussi a-t-elle usé de l'immense marge de manœuvre qu'elle s'est octroyée pour diversifier un peu plus les buts légitimes, d'une part, tout en les inscrivant dans une perspective internationale, d'autre part. Ce sont ces deux éléments qui caractérisent l'élargissement de la condition de légitimité dont la réalisation peut emprunter deux méthodes.

99. La première consiste à conférer à la légitimité une dimension internationale sans qu'il soit nécessaire de modifier son contenu. Garantir une bonne administration de la justice apparaît dans la jurisprudence européenne comme une notion absorbante. Omniprésente, la Cour ne lui a cependant jamais consacré un développement substantiel. Pourtant, nul ne saurait négliger la place qu'elle occupe. Elle sous-tend tout entier l'article 6 de la Convention⁴⁸⁷ ; protéiforme, elle justifie un accroissement des garanties de l'article 6 § 1⁴⁸⁸ et, en définitive, légitime seule

requêtes n° 15252/89, 15628/89, 17384/90 N. c/ Suisse, § 96 ; CEDH 13 juillet 1995 requête n° 18139/91 Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni, préc., § 61), les délais à respecter pour former un recours (cf. CEDH 28 octobre 1998 requête n° 28090/95 Perez de Rada Cavanilles c/ Espagne, § 45, ou encore CEDH 26 octobre 2000 requête n° 43269/98 Leoni c/ Italie, § 23 ; CEDH 11 octobre 2001 requête n° 47792/99 Rodriguez Valin c/ Espagne, § 22) ou les formes à respecter pour introduire un recours (CEDH 16 novembre 2000 requête n° 39442/98 SA « Sotiris et Nikos Koutras Attee » c/ Grèce, § 20 ; CEDH 11 octobre 2001 requête n° 47792/99 Rodriguez Valin c/ Espagne, § 22).

⁴⁸⁶ P. T. VEGLERIS, *loc. cit.*, p. 227. Voir également C. PICHERAL, *L'ordre public européen (droit communautaire et droit européen des droits de l'homme)*, La documentation française, 2001, p. 49.

⁴⁸⁷ CEDH 12 octobre 1992 requête n° 12927/87 Boddaert c/ Belgique, § 39 : « *L'article 6 prescrit la célérité des procédures judiciaires, mais il consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice* » ; CEDH 16 septembre 1996 requête n° 20024/92 Süßmann c/ Allemagne, § 57 : « *l'article 6 (...) met aussi l'accent sur le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice* » ; CEDH 1^{er} août 2000 requête n° 36009/97 C. P. et autres c/ France, § 34 : « *l'article 6 (...) consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice* ».

⁴⁸⁸ CEDH 21 janvier 1999 requête n° 30544/96 Garcia Ruiz c/ Espagne : « *la Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante reflétant un principe lié à la bonne administration de la justice, les décisions judiciaires doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent* » (§ 26) ; CEDH 30 janvier 2001

les motifs des restrictions au droit d'accès⁴⁸⁹. Elle constitue ainsi une référence de base, la mesure de l'étendue tant des droits issus de l'article 6 que des limitations qu'il subit. Le droit d'accès participe de la bonne administration de la justice et les restrictions que les États lui opposent doivent également tendre à une bonne administration de la justice⁴⁹⁰. Cela permet de prendre acte du point de vue français de la compétence judiciaire internationale laquelle procède de la transposition de la compétence territoriale interne⁴⁹¹. Son examen fait apparaître que, d'une manière générale, la bonne administration de la justice et/ou la commodité des parties sont au cœur des règles qui la compose⁴⁹². Or, précisément, comme la Cour l'a affirmé à plusieurs reprises, « l'article 6 § 1 de la Convention vise avant tout à préserver les intérêts des parties et ceux d'une bonne administration de la justice »⁴⁹³. La compétence territoriale interne et par extension la compétence judiciaire internationale tendent par conséquent à réaliser les objectifs que se propose le droit d'accès. Une telle communauté d'inspiration conduit à ne pas douter un seul instant de la légitimité de pareilles dispositions. Le caractère vague et indéterminé de la bonne administration de la justice suffit à tenir pour légitime, au regard de la Convention, les éventuels chefs de compétence territoriale interne ayant pour effet de restreindre le droit d'accès au tribunal issu de l'article 6 de la CEDH. Simplement,

requête n° 35683/97 Vaudelle c/ France *Clunet* 2002 p. 248 obs. I. S. : « En définitive, la Cour considère que dans une affaire telle que la présente, portant sur une accusation pénale grave, une bonne administration de la justice eût exigé que les autorités nationales accomplissent des diligences supplémentaires » (§ 65).

⁴⁸⁹ Commission 6 octobre 1987 requête n° 12423/86 M. c/ Espagne : l'article 6 § 1 de la Convention « ne s'oppose pas à une réglementation de l'accès des justiciables aux tribunaux ; pourvu que cette réglementation ait pour but d'assurer une bonne administration de la justice » ; CEDH 14 novembre 2000 requêtes n° 31819/96 et 33293/96 Annoni Di Gussola et autres c/ France, § 51 : « En tout état de cause, si un système qui peut subordonner l'accès à une juridiction de recours au versement d'une certaine somme due au titre de l'arrêt d'appel, pourrait soulever un problème au regard de l'article 6 § 1 de la Convention, toutefois, cette disposition ne s'oppose pas à une réglementation de l'accès des justiciables à une juridiction de recours, pourvu que cette réglementation ait pour but d'assurer une bonne administration de la justice » (cf. également Commission 12 octobre 1994 requête n° 23862/94 Servicios E Inversiones S.A. c/ Espagne ; CEDH 25 avril 2002 requête n° 59341/00 Multigestion c/ France).

⁴⁹⁰ En somme, seules satisfont à la condition de légitimité les mesures ou pratiques étatiques qui n'ont pas l'apparence d'une restriction parce qu'elles sont motivées par le souci de préserver l'essence même de l'article 6 : la bonne administration de la justice (cf. par exemple CEDH 21 novembre 1995 requête n° 19248/91 Acquaviva c/ France : « Si les autorités de l'État se doivent d'agir avec diligence en considération particulièrement des intérêts et droits de la défense, elles ne peuvent faire abstraction du contexte politique lorsqu'il a, comme en l'espèce, des incidences sur le cours de l'instruction. Pareille hypothèse peut justifier un allongement de l'instance, l'article 6 § 1 visant avant tout à préserver les intérêts de la défense et ceux d'une bonne administration de la justice » (§ 66)).

⁴⁹¹ Civ. 1^{ère} 19 octobre 1959 Pelassa *Dalloz* 1960 p. 37 note G. Holleaux, *RCDIP* 1960 p. 215 note Y. Loussouarn ; Civ. 1^{ère} 30 octobre 1962 Scheffel, précité.

⁴⁹² H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé, Tome II*, LGDJ, 7^{ème} édition, 1983 : « il faut croire que le double souci du bon ordre sur le territoire et de la commodité des parties qui fonde les règles de la compétence territoriale subsiste en son principe, malgré les liens de la situation avec d'autres États » (p. 455, n° 673) ; D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, *Dalloz*, 1970 : l'auteur constate que les éléments de la compétence judiciaire internationale « sont autant de tentatives, plus ou moins heureuses, de satisfaire les intérêts des plaideurs et la bonne administration de la justice de droit privé » (p. 346, n° 378).

⁴⁹³ CEDH 21 novembre 1995 requête n° 19248/91 Acquaviva c/ France, § 66.

dans l'ordre international, ces chefs de compétence n'ont plus pour unique objet la protection de l'intérêt public. Il s'agit également d'assurer très spécifiquement une correcte coordination des ordres juridiques, ou à tout le moins de ne pas négliger les aspects internationaux de la situation, à défaut de concrétiser une fonction répartitrice. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'utilisation de ce *corpus* pour les relations privées internationales ne s'analyse pas en une extension pure et simple. Dans la mesure où la compétence générale se distingue de la compétence territoriale, elle reçoit certaines adaptations de nature à satisfaire aux objectifs particuliers poursuivis dans l'ordre international⁴⁹⁴. L'identité des objectifs ne saurait masquer leur différence d'échelle. La bonne administration de la justice dans l'ordre interne n'a pas systématiquement la même signification dans l'ordre international. Cependant, par manque d'indications dans le texte même de la Convention, la jurisprudence de la Cour relative à la légitimité des ingérences dans le droit d'accès offre d'ores et déjà la possibilité d'assimiler cette donnée. Si l'idée de protection de l'intérêt public imprègne les buts légitimes admis par la Cour, elle peut s'en affranchir. Seule importerait, en effet, de son point de vue, que l'ingérence soit motivée par le souci de garantir une bonne administration de la justice⁴⁹⁵. Paradoxalement, c'est l'indifférence de l'internationalité du litige au regard de la légitimité qui permet sa prise en compte.

100. Cependant, il existe des chefs de compétence internationale très spécifiques, entièrement tournés vers les objectifs du droit international et parfois très éloignés du souci d'une bonne administration de justice, si bien que l'impossibilité de les rattacher à cette finalité est avérée. Admettre la dimension internationale des objectifs de la compétence interne devient alors non seulement insuffisant, mais également inadapté. Le recours à une seconde méthode s'impose. La Cour est alors appelée à étendre la liste des motifs autorisant une restriction au droit d'accès. Ceux-ci ne faisant et même ne pouvant pas faire l'objet d'une énumération, elle a pu ainsi profiter de cette ouverture en élaborant des motifs légitimes de

⁴⁹⁴ Par exemple, si le caractère limité de la faculté de compromettre dans l'ordre interne se justifie par des considérations liées à la bonne administration de la justice, c'est une autre conception qui a conduit à la libéraliser dans l'ordre international. De même, de telles considérations conduisent à privilégier la compétence du juge le plus proche des données matérielles du litige ; l'application de cette idée entraîne ainsi une déformation de la compétence territoriale interne en matière de succession immobilière dans l'ordre international, domaine dans lequel le juge compétent n'est pas celui dans le ressort duquel la succession est ouverte, mais celui dans le ressort duquel se situe l'immeuble.

⁴⁹⁵ L'article 6 apparaît particulièrement propice à la réception des objectifs du droit international privé. En revanche, les clauses normatives dont la Convention a explicitement tracé les bornes suscitent davantage de difficultés parce que la Cour se trouve alors prisonnière d'une énumération vouée à l'exhaustivité. De surcroît, outre l'impossibilité pour la Cour de découvrir d'autres buts légitimes, ceux qui sont cités se prêtent mal à l'internationalisation tant leur orientation vers la protection de l'intérêt public interne est marquée.

restriction propres à la compétence internationale. Elle a ainsi reconnu la légitimité des immunités de juridiction accordées tant aux États qu'aux organisations internationales. En ce qui concerne les premiers, partant de l'idée que l'immunité est un concept qui dérive du principe *par in parem non habet imperium*, « la Cour estime que l'octroi de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État »⁴⁹⁶. Quant aux secondes, « la Cour observe que l'octroi de privilèges et immunités aux organisations internationales est un moyen indispensable au bon fonctionnement de celles-ci, sans ingérence unilatérale de tel ou tel gouvernement ». En outre, « le fait pour les États d'accorder généralement l'immunité de juridiction aux organisations internationales en vertu des instruments constitutifs de celles-ci ou accords additionnels est une pratique de longue date, destinée à assurer le bon fonctionnement de ces organisations ». Enfin, « l'importance de cette pratique se trouve renforcée par la tendance à l'élargissement et à l'intensification de la coopération internationale dans tous les domaines de la société contemporaine »⁴⁹⁷. Les caractères de cette pratique montrent que la Cour n'avait guère d'autres choix que d'accepter sa légitimité. Elle s'inscrit dans l'histoire et apparaît inéluctable puisque la globalisation des rapports qu'elle accompagne sont eux-mêmes inéluctables⁴⁹⁸. Le dernier motif avancé est sans doute le plus porteur pour la compétence judiciaire internationale. Au-delà de la question particulière de l'immunité de juridiction, le développement de la coopération internationale apparaît comme une donnée importante de nature à justifier nombre de restrictions au droit d'accès puisant leur source dans les règles du droit international privé. Couplée à l'objectif de bonne administration de la justice, c'est alors de larges pans, pour ne pas dire la totalité de la compétence internationale qui se trouve justifiée au regard de la condition de légitimité.

101. Une telle position n'est finalement guère surprenante.

⁴⁹⁶ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, préc., § 34 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 Al-Adsani c/ Royaume-Uni, préc., § 54 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande, préc., § 35.

⁴⁹⁷ CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne, préc., § 63 (dans son rapport la Commission s'était bornée à souligner l'intérêt d'un bon fonctionnement des organisations internationales à l'abri des pressions de l'État d'accueil ; Commission 2 décembre 1997 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne, §§ 70-71) ; CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 Beer et Regan c/ Allemagne, préc., § 53.

⁴⁹⁸ Si cette circonstance est de nature à exclure l'illégitimité et même l'incompatibilité du principe de l'immunité de juridiction avec la Convention, il convient de ne pas oublier que la légitimité d'une restriction est une chose, sa nécessité, une autre.

Premièrement, le caractère implicite du droit d'accès offre à la Cour une très grande latitude pour déterminer les buts légitimes.

Deuxièmement, dans la mesure où ceux-ci sont étroitement liés à la nature du droit en cause, il était logique que la Cour y associe des considérations tirées de l'ordre international. Son organisation, c'est-à-dire la coordination de différents ordres juridictionnels, réfléchit directement sur l'accès aux tribunaux. Rapporté aux relations privées internationales, il appelle naturellement aménagements et limitations.

Enfin, les juges de Strasbourg font généralement preuve d'une certaine retenue lorsqu'ils abordent la condition de légitimité. L'affadissement la notion, qui « *loin de fonctionner comme une véritable limite aux limitations (...) sert à ouvrir aux États des voies de fuite du droit conventionnel* »⁴⁹⁹, en est la conséquence. Dans la plupart des cas, en effet, « *ils prennent acte du motif invoqué par l'État défendeur et, suite à un raisonnement sommaire, ils en acceptent la légitimité* »⁵⁰⁰. Et longtemps, aucune mesure ou pratique n'a entraîné une réaction de la part de la Cour⁵⁰¹ ; l'objectif poursuivi n'était jamais considéré comme illégitime⁵⁰². Dans la période récente, cependant, la Cour a entendu accentuer son contrôle en se fondant sur l'article 18 de la Convention⁵⁰³. À l'instar de l'article 14, il ne peut être appliqué que conjointement à un autre article. S'il ne jouit d'aucune indépendance, il a néanmoins une portée autonome puisque sa violation est possible en l'absence même de manquement au droit substantiel⁵⁰⁴. Selon son libellé, « *les restrictions, qui aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues* ». L'article 18 interdit donc le détournement de pouvoir et le motif avancé devrait cesser d'être légitime s'il ne correspond pas à l'objectif réel de la mesure ou pratique incriminée⁵⁰⁵ ou s'il côtoie d'autres finalités que la Convention

⁴⁹⁹ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marges d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 86.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 85. Cette tendance à opérer un contrôle sommaire et restreint sur la condition de légitimité trouve une confirmation dans le refus de la Cour de considérer les notions utilisées comme autonomes. Systématiquement, elle opère un renvoi au droit national, de sorte que sous réserve de l'arbitraire, le motif de la restriction est présumé légitime (*Ibid.*, p. 77 et s.).

⁵⁰¹ E. KASTANAS, *op. cit.*, p. 82 et 85 ; P. MUZNI, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Thèse dactyl., Montpellier, 2004, p. 263, n° 336 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Collection Droit Fondamental, 7^{ème} édition refondue, 2005, p. 212, n° 151. Pour une explication du phénomène, voir C. PICHERAL, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁰² Voir cependant, malgré son ambiguïté, CEDH 6 avril 2000 requête n° 34369/97 *Thlimmenos c/ Grèce* JCP 2001.I.291.10 obs. F. Sudre, *RTDC* 2000 p. 434 obs. J.-P. Marguénaud, *AJDA* 2000 p. 537 obs. J.-F. Flauss, § 47.

⁵⁰³ CEDH 19 mai 2004 requête n° 70276/01 *Goussinski c/ Russie* JCP 2004.I.161.2 obs. F. Sudre.

⁵⁰⁴ CEDH 11 mai 2000 requête n° 35036/97 *Oates c/ Pologne* ; CEDH 19 mai 2004 requête n° 70276/01 *Goussinski c/ Russie*, préc., § 73.

⁵⁰⁵ G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 550.

n'envisage pas⁵⁰⁶. Ainsi, il est nécessaire que la bonne administration de la justice ou une justification propre aux relations privées internationales aient déterminé seules la restriction au droit d'accès à un tribunal. Parallèlement, une partie de la doctrine s'interroge sur le sort d'un motif en soi légitime, mais utilisé de manière discriminatoire⁵⁰⁷. M. Cohen-Jonathan estime que, dans cette hypothèse, le mobile ne satisfait pas à la condition de légitimité. Suivant cette conception, la légitimité des articles 14 et 15 du Code civil⁵⁰⁸ devient alors incertaine. Certes, les deux textes offrent un accès aux juridictions françaises dès lors que l'une des parties au litige possède la nationalité française. À défaut de toujours contribuer au développement harmonieux des relations privées internationales, ils peuvent donc être rattachés à une bonne organisation de la justice et pas seulement au principe de souveraineté⁵⁰⁹. Toutefois, ils demeurent un privilège de juridiction fondé sur la nationalité. Ils établissent une différence de traitement entre les nationaux et les non-nationaux. Sauf revirement de la part de la Cour, il est néanmoins peu probable qu'une telle distinction entraîne un constat de violation de la Convention pour manquement à la condition de légitimité. La Cour s'en tient en effet à une politique libérale en la matière. Quant aux implications du motif invoqué par le gouvernement défendeur sur le terrain de la discrimination, le contrôle de la Cour éprouvera leur pertinence au titre de la proportionnalité. En d'autres termes, la différence de traitement sera abordée uniquement sous l'angle de la justification objective et raisonnable. Telle a d'ailleurs été la démarche adoptée par la Cour dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre le Royaume-Uni*⁵¹⁰. En l'espèce, les requérantes alléguaient, notamment, la contrariété à l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention de la législation britannique relative à l'immigration alors en vigueur. Elle prévoyait qu'un mari étranger pouvait rejoindre son épouse résidant régulièrement au Royaume-Uni si, entre autres, elle était citoyenne du Royaume-Uni ou des Colonies, née elle-même au Royaume-Uni ou dont l'un des deux parents y était né. Pareilles conditions n'étaient pas requises dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsqu'une épouse étrangère souhaitait

⁵⁰⁶ CEDH 19 mai 2004 requête n° 70276/01 Goussinski c/ Russie, §§ 73 et s..

⁵⁰⁷ G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 550 ; E. KASTANAS, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁰⁸ « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français » (article 14). « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger » (article 15).

⁵⁰⁹ É. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, LGDJ, 1999, p. 88 et s., n° 130 et s. ; comp. L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004, p. 132 et s., n° 149 et s..

⁵¹⁰ CEDH 28 mai 1985 requêtes n° 9214/80, 9473/81, 9474/81 *Abdulaziz, Cabalès et Balkandali c/ Royaume-Uni*.

rejoindre son mari. Le gouvernement faisait valoir qu'une différenciation s'imposait afin de protéger le marché national du travail dans une période de chômage intense. L'idée sous-jacente était que seuls ou en très grande majorité les hommes cherchent à occuper un emploi. La Cour a reconnu la légitimité du motif qui inspirait cette argumentation douteuse⁵¹¹. Seul le défaut de justification objective et raisonnable à l'origine de la différence de traitement instaurée par la législation incriminée a conduit la Cour à constater la violation de la Convention pour discrimination sexuelle⁵¹². Une telle attitude n'est guère critiquable. D'une part, rapporter la preuve d'un mobile discriminatoire demeure un exercice délicat⁵¹³. D'autre part, s'engager dans cette voie ferait double emploi avec le contrôle développé par la Cour pour vérifier l'absence de discrimination. Si un motif enferme une différence de traitement, son caractère discriminatoire n'en découle pas logiquement et nécessairement. Après avoir vérifié que les deux situations distinguées sont analogues, encore faut-il que cette différence manque de justification objective et raisonnable. L'attention portée à la condition de légitimité phagocyterait l'examen de la proportionnalité. Or, bien que la jurisprudence de la Cour révèle l'existence de passerelles entre les deux conditions, légitimité et nécessité, elle n'a toutefois jamais remis en cause leur autonomie.

102. En dépit des progrès réalisés, la Cour s'obstine à promouvoir une conception extensive du but légitime. Assurément, sous cet angle, le contrôle qu'elle accomplit apparaît décevant, car une meilleure définition des fins permettant une restriction améliorerait l'examen effectué au titre de la condition de la nécessité, en raison des liens très forts qui unissent les deux conditions. La nécessité implique en effet qu'il existe un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Or, conformément à l'idée selon laquelle les États se trouvent mieux placés que la Cour pour apprécier l'utilité d'une ingérence dans l'un des droits garantis, ils disposent d'une marge d'appréciation dans la détermination de ces moyens. Afin de ne pas réduire à néant le contrôle européen, elle est néanmoins soumise à variation. Et parmi les facteurs influençant son étendue figure la nature du but légitime. Il y a ainsi un intérêt non négligeable à bien circonscrire le motif d'une restriction afin d'éviter d'accorder trop de poids au pouvoir étatique et afin de promouvoir le caractère effectif des droits et libertés. Sous un autre angle, cependant, cette politique présente quelques aspects positifs. La souplesse conférée à cette condition sert idéalement le pragmatisme qui domine la

⁵¹¹ *Ibid.* : « la Cour admet que les règles de 1980 tendaient à protéger le marché national du travail » (§ 78) ; « la Cour admet que les règles de 1980 tendaient aussi (...) à promouvoir la tranquillité publique » (§ 81).

⁵¹² *Ibid.*, § 83.

⁵¹³ E. KASTANAS, *op. cit.*, p. 83.

jurisprudence de la Cour. Elle trouve au travers de la légitimité un instrument lui permettant de s'adapter à toutes les circonstances. Elle a ainsi pu inclure les données spécifiques de la compétence judiciaire internationale en élargissant le cadre d'analyse manifestement trop étroit qu'elle offrait. Toute autre attitude aurait ruiné le droit international privé. De la sorte, elle admet qu'il peut constituer la source d'une ingérence dans le droit d'accès. En étendant son contrôle à cette matière, la Cour peut alors apprécier le bien-fondé des choix arrêtés par les États qui doivent, en toute hypothèse, ménager les droits bénéficiant aux individus au titre de la Convention. Toutefois, entre ces deux pôles, les relations privées internationales en ajoutent un troisième : les intérêts de l'ordre international. En tenir compte a conduit à un élargissement de la légitimité. En tenir compte devait également conduire à un assouplissement de la condition de nécessité.

C L'assouplissement de la nécessité

103. Après avoir vérifié la légalité et la légitimité d'une mesure ou pratique restrictive de l'un des droits garantis, la Cour doit encore en éprouver la nécessité dans une société démocratique, la seule organisation compatible avec la Convention⁵¹⁴. La Cour a indiqué ce qu'il convenait d'entendre par nécessité dans sa décision de principe *Handyside contre le Royaume-Uni*⁵¹⁵. Il est indispensable que l'État défendeur démontre qu'un besoin social impérieux appelait la limitation du droit en cause. Or, il dépend, au premier chef, des États d'appliquer la Convention et d'apprécier où se situe, en considération des besoins sociaux impérieux, le juste équilibre entre la sauvegarde des droits de l'individu et celle de l'intérêt général puisqu'ils sont plus proches des réalités sociales et culturelles⁵¹⁶. En conséquence, les

⁵¹⁴ Cf. par exemple CEDH 30 janvier 1998 requête n° 19392/92 Parti Communiste unifié de Turquie et a. c/ Turquie, § 45 (GACEDH n° 6 et 53) : « La démocratie représente sans nul doute un élément fondamental de l' "ordre public européen". Ceci ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie (...). En outre, les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention requièrent d'apprécier les ingérences dans l'exercice des droits qu'ils consacrent à l'aune de ce qui est "nécessaire dans une société démocratique". La seule forme de nécessité capable de justifier une ingérence dans l'un de ces droits est donc celle qui peut se réclamer de la "société démocratique". La démocratie apparaît ainsi comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle ». En effet, très rapidement la doctrine s'était aperçue de l'importance de cette référence à la société démocratique. L'idée de nécessité ne s'apprécie sûrement pas de la même manière dans une société théocratique ou totalitaire (cf. P. T. VEGLERIS, « Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Droits de l'homme* 1968 p. 229, spéc. p. 232 note 24).

⁵¹⁵ CEDH 7 décembre 1976 requête n° 5493/72 *Handyside c/ Royaume-Uni* GACEDH n° 7, § 48 et s., confirmé par CEDH 26 avril 1979 requête n° 6538/74 *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, préc., § 59.

⁵¹⁶ CEDH 24 février 1994 requête n° 15450/89 *Casado Coca c/ Espagne*, § 55 : « Grâce à leurs contacts directs et constants avec leurs membres, les autorités nationales, les autorités ordinales ou les cours et tribunaux du pays se trouvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, le juste équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu ».

États jouissent d'une marge nationale d'appréciation⁵¹⁷. Elle connaît cependant des bornes parce que s'il n'appartient pas à la Cour de substituer sa propre appréciation des circonstances à celle des États, il lui revient de statuer en dernier lieu sur la compatibilité à la Convention de la mesure ou pratique incriminée. Ainsi, selon l'expression de la Cour, « *la marge nationale d'appréciation va (...) de pair avec un contrôle européen qui porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante* »⁵¹⁸. Si l'État dispose d'une certaine latitude dans le choix des moyens à mettre en œuvre, la Cour se réserve de les contrôler au regard de la Convention, son respect s'analysant alors en une obligation de résultat⁵¹⁹. Ce contrôle, qui opère une mise en balance des moyens employés au but légitime qu'ils servent, s'exprime dans le principe de proportionnalité. La marge nationale d'appréciation et son encadrement par le principe de proportionnalité constituent la base de la logique floue selon laquelle les juges de Strasbourg remplissent leur office : si le comportement étatique se situe dans les limites de la marge d'appréciation, alors il est compatible⁵²⁰ avec la Convention, la restriction se trouve justifiée ; au-delà de cette marge, la Cour ne pourra que constater le défaut de proportionnalité entre le moyen incriminé et le but visé et partant l'absence de justification de la limitation. De cette logique découle un lien immédiat entre l'étendue de la marge et l'intensité du contrôle de proportionnalité, celle-ci s'accroissant à mesure que celle-là faiblit⁵²¹. Ces lignes directrices orientent également le

⁵¹⁷ CEDH 7 décembre 1976 requête n° 5493/72 *Handyside c/ Royaume-Uni*, préc., § 48 ; CEDH 26 avril 1979 requête n° 6538/74 *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, préc., § 59. Sur cette notion, cf. E. KASTANAS, *op. cit.*, p. 93 et s., p. 257 et s. ; J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. 43 ; C. PICHERAL et A. D. OLINGA, « La théorie de la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995 p. 567 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Collection Droit Fondamental, 7^{ème} édition refondue, 2005, p. 216 et s., n° 153 et s..

⁵¹⁸ CEDH 7 décembre 1976 requête n° 5493/72 *Handyside c/ Royaume-Uni*, préc., § 49 ; CEDH 26 avril 1979 requête n° 6538/74 *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, préc., § 59. Le contrôle ainsi affirmé n'est pas de pure forme et ne se limite pas à enregistrer la mise en œuvre du pouvoir étatique, car de l'octroi de cette marge d'appréciation « *il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'État a usé de son pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable. Même un État contractant qui agit de la sorte reste soumis au contrôle de la Cour quant à la compatibilité de son comportement avec les engagements résultant pour lui de la Convention* » (CEDH 26 avril 1979 requête n° 6538/74 *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, préc., § 59).

⁵¹⁹ Il est d'ailleurs caractéristique que même lorsque la Cour aboutit à un constat de violation de la Convention, elle se refuse à indiquer au gouvernement défendeur le moyen qui permet le juste équilibre entre les droits fondamentaux et l'intérêt général. Par exemple, dans l'affaire *Airey*, bien que la Cour mentionne l'aide judiciaire et la simplification de la procédure pour permettre le respect du droit d'accès de la requérante à la High Court, elle précise que « *quoi qu'il en soit, il n'appartient pas à la cour de dicter les mesures à prendre, ni même de les indiquer ; la Convention se borne à exiger que l'individu jouisse de son droit effectif d'accès à la justice selon des modalités non contraires à l'article 6 § 1* » (CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 *Airey c/ Irlande*, préc., § 26).

⁵²⁰ Compatible, mais non conforme, la conformité se réalisant uniquement dans l'hypothèse où le pouvoir étatique ne procède à aucune ingérence dans les droits que la Convention consacre.

⁵²¹ Ainsi que l'affirme la Cour européenne des droits de l'homme, « *à une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond donc (...) un contrôle européen plus étendu* » (CEDH 26 avril 1979 requête n° 6538/74 *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, préc., § 59). Cf. également G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p.

travail de la Cour lorsqu'elle statue sur le respect des exigences du droit d'accès. Son caractère relatif autorise les États à le réglementer suivant une marge d'appréciation⁵²² et éventuellement à le restreindre sous la réserve qu'il ne s'en trouve pas « *atteint dans sa substance même* »⁵²³ et qu' « *il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »⁵²⁴.

104. La condition de nécessité constitue donc un instrument de souplesse qui permet à la Cour, en particulier au travers de la marge nationale d'appréciation, de respecter le pluralisme et la diversité régnant au sein du Conseil de l'Europe. *A priori*, rien ne s'oppose à ce que cette souplesse accueille les spécificités du droit international privé. C'est ainsi que la Cour a intégré l'internationalité du litige dans son contrôle dans le sens d'une grande compréhension. Cette adaptation, peu évidente relativement à la marge nationale d'appréciation (1), apparaît néanmoins de façon éclatante dans la mise en œuvre de la proportionnalité (2).

1 La marge nationale d'appréciation

105. La première démarche consiste à cerner l'ampleur de la marge nationale d'appréciation, car, rappelons-le, de cette mesure dépend l'intensité du contrôle de proportionnalité. Un de ses traits majeurs réside dans sa malléabilité. De prime abord, un examen sommaire de la jurisprudence de la Cour portant sur le droit d'accès au tribunal suggère que la marge d'appréciation, en ce domaine, a été définitivement établie. En effet, selon une formule d'une étonnante régularité, les juges de Strasbourg énoncent qu'en encadrant le droit d'accès, les États « *jouissent d'une certaine marge d'appréciation* »⁵²⁵. La pertinence de l'indication laisse cependant perplexe. De l'aveu même d'un ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme, « *l'étendue de la marge d'appréciation varie d'un cas à l'autre, sans que les différentes expressions que nous rencontrons à cet égard dans les arrêts de la Cour : "large marge", "ample marge", "grande latitude", "marge étendue", "certaine marge", "marge" tout court (et dont l'usage est souvent fortuit) permettent de*

551. Pour une analyse fouillée du fonctionnement et du rôle de la marge nationale d'appréciation au regard de la logique floue, cf. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit, réflexion sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000 p. 764 et s..

⁵²² CEDH 28 mai 1985 requête n° 8225/78 Ashingdane, § 57.

⁵²³ *Ibidem.*

⁵²⁴ *Ibidem.*

⁵²⁵ *Ibid.* ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande, préc., § 34.

conclure qu'elle serait le résultat d'une réflexion approfondie »⁵²⁶. Au-delà des formules, la détermination de la latitude accordée à l'État procède en réalité du concours d'une pluralité de facteurs : le but légitime poursuivi par la mesure restrictive⁵²⁷, la nature des activités en jeu⁵²⁸ et la nature du droit en cause⁵²⁹. Dans une large mesure, « *la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États membres peut constituer un facteur pertinent* »⁵³⁰ pour l'appréciation de ces différents éléments. Il ne présente toutefois aucune automaticité ainsi que le suggère la formule employée par la Cour⁵³¹. En dépit de ces différentes données, évaluer l'espace de liberté dont dispose un État Partie pour la négation de sa compétence judiciaire internationale demeure hasardeux en raison de la tension animant le triptyque précédemment défini. L'absence de convergence est patente : alors que le but poursuivi et la nature du droit en cause ouvrent la voie à un contrôle serré des ingérences (b), la nature des activités en jeu peut inciter à un contrôle restreint (a).

a Les indices d'une marge étendue

106. S'agissant de la nature des activités en jeu, la marge nationale d'appréciation s'accroît à la mesure de la diversité des réglementations⁵³² existant dans les différents États membres du Conseil de l'Europe et de la technicité ou de la complexité du domaine⁵³³, l'un et l'autre

⁵²⁶ F. MATSCHER, « Quarante ans d'activité de la Cour européenne des droits de l'homme », *RCADI* 1997 p. 296.

⁵²⁷ CEDH 26 avril 1979 requête n° 6538/74 *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, préc., § 59 : « *Le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10-2* » (CEDH 29 août 1997 requête n° 22714/93 *Worm c/ Autriche*, § 49) ; et plus généralement, cf. CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76 *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 52 : « *l'étendue de la marge d'appréciation dépend (...) du but de la restriction* » (cf. également CEDH 24 novembre 1986 requête n° 9063/80 *Gillow c/ Royaume-Uni*, § 55 ; CEDH 26 octobre 1988 requête n° 10581/83 *Norris c/ Irlande*, § 46).

⁵²⁸ CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76 *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 52 : « *l'étendue de la marge d'appréciation dépend non seulement du but de la restriction, mais aussi de la nature des activités en jeu* ». Cf. également CEDH 28 novembre 1984 requête n° 8777/79 *Rasmussen c/ Danemark* *AFDI* 1985 p. 403, 412 et 414 obs. V. Coussirat-Coustère, *Clunet* 1986 p. 1074 obs. P. Rolland et P. Tavernier : « *L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte* » (§ 40).

⁵²⁹ CEDH 24 novembre 1986 requête n° 9063/80 *Gillow c/ Royaume-Uni*, § 55 : « *l'étendue de la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales dépend non seulement de la finalité de la restriction, mais encore de la nature du droit en cause* ».

⁵³⁰ CEDH 28 novembre 1984 requête n° 8777/79 *Rasmussen c/ Danemark*, préc., § 40.

⁵³¹ Cf. notamment E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marges d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 192 et s..

⁵³² CEDH 24 février 1994 requête n° 15450/89 *Casado Coca c/ Espagne*, § 55.

⁵³³ *Ibid.*, § 50 : « *Pareille marge s'impose spécialement dans le domaine complexe et fluctuant de la concurrence déloyale. Il en va de même de la publicité commerciale* ». A contrario, s'agissant d'une réglementation des relations homosexuelles cf. CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76 *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 52 : « *Or, la présente affaire a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée. Il doit exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes (...) des ingérences des pouvoirs publics* ».

n'étant d'ailleurs pas sans lien, la multiplicité des traitements d'une matière révélant parfois sa complexité⁵³⁴.

107. En dépit de l'internationalisation croissante des sources de la compétence judiciaire internationale⁵³⁵, ses règles varient d'un État à l'autre, tous n'ayant pas la même conception de l'exercice de leur compétence par leurs tribunaux. D'une manière générale ces règles sont teintées d'un fort particularisme. Un lien très prononcé et intime les unit aux traditions culturelles et juridiques de l'ordre juridique duquel elles émanent. Cette caractéristique se trouve particulièrement accusée en France puisque les chefs ordinaires de compétence résultent d'une projection au plan international des chefs de compétence territoriale interne⁵³⁶. En outre, au-delà des différentes méthodes de coordination qu'offre le droit comparé, le domaine en cause se révèle particulièrement technique et complexe. La Cour a d'ailleurs reconnu sa complexité sur le terrain du respect du délai raisonnable. Elle a en effet admis, suivant les critères classiques relatifs au respect du droit à être jugé dans un délai raisonnable, que la procédure dont se plaignait le requérant « *présentait une certaine complexité du fait de son lien de rattachement à l'étranger et des questions de droit en découlant, telle la compétence territoriale des tribunaux allemands* »⁵³⁷. Il serait à tout le moins surprenant que cette appréciation se borne au délai raisonnable et ne se répercute pas dans d'autres champs, telle l'évaluation de l'étendue de la marge nationale d'appréciation. La cohérence l'impose, car il serait difficilement compréhensible qu'un domaine soit suffisamment complexe pour éventuellement justifier la longueur d'une procédure, mais pas assez pour octroyer à l'État une importante marge nationale d'appréciation.

108. Ainsi, ce premier élément est de nature à favoriser le pouvoir discrétionnaire des Hautes Parties contractantes. Néanmoins, cet aspect paraît bien maigre au regard des deux

⁵³⁴ CEDH 24 février 1994 requête n° 15450/89 Casado Coca c/ Espagne, § 55 : « *Ce large éventail de réglementations et les différences de rythme dans les États membres du Conseil de l'Europe montrent la complexité du problème* ».

⁵³⁵ Cf. les règlements communautaires et les conventions préparées par la Conférence de droit international privé de La Haye.

⁵³⁶ Ce qui évoque évidemment la raison pour laquelle Bartin considérait nécessaire le caractère national des normes de droit international privé (*Études de droit international privé*, A. Chevalier-Marescq et Cie, 1899, p. II : « *les règles de conflit sont des règles nationales, dans chaque pays, au même titre que les institutions du droit interne dont elles circonscrivent le domaine. Elles restent liées comme l'ombre au corps parce qu'elles ne sont autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international* »).

⁵³⁷ CEDH 20 décembre 2001 requête n° 27937/95 Bayrak c/ Allemagne, § 30. Voir également CEDH 6 mai 2004 requête n° 70807/01 Monique, Oriane et Lilian Hussin c/ Belgique.

autres référents intervenant dans l'évaluation de la latitude qu'il convient de laisser aux États membres.

b Les indices d'une marge étroite

109. Tant la nature du but légitime (α) que la nature du droit en cause (β) militent dans le sens d'une marge nationale d'appréciation réduite et par voie de conséquence d'un contrôle européen strict.

α Le but de l'ingérence

110. En ce qui concerne le but légitime, son influence sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation se mesure à l'aune de son objectivité. En d'autres termes, plus la finalité fait l'objet d'un consensus entre les différents États Parties à la Convention, et plus la Cour est encline à se montrer exigeante sur la pertinence des moyens employés. La confrontation des arrêts *Handyside* et *Sunday Times* est particulièrement éclairante sur ce concept d'objectivité. Ainsi que la Cour l'énonce au paragraphe 59 de l'arrêt *Sunday Times*, « *l'affaire Handyside concernait la protection de la morale. L'idée que les États se font des exigences de cette dernière (...) varie dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque, et les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ses exigences. Il n'en va pas exactement de même de la notion, beaucoup plus objective, "d'autorité et impartialité du pouvoir judiciaire". En la matière, une assez grande concordance de vue ressort du droit interne et de la pratique des États contractants. Elle se reflète dans une série de clauses de la Convention, dont l'article 6, qui n'ont pas d'équivalent pour la morale* ». Les juges de Strasbourg affirment ainsi le rôle essentiel et déterminant du consensus européen⁵³⁸. Néanmoins, il échet de distinguer entre les deux catégories de motifs légitimes poursuivis par les règles de compétence judiciaire internationale.

111. La première catégorie renvoie à la notion générique de bonne administration de la justice qui intéresse aussi bien les relations internes que les relations privées internationales.

⁵³⁸ Cela ressort notamment de la jurisprudence *Rasmussen*, à l'occasion de laquelle la Cour a opéré un rapprochement entre le consensus européen et la notion d'objectivité. En évoquant le « *dénominateur commun aux systèmes juridiques des États membres* », la Cour a en effet renvoyé au paragraphe 59 de l'arrêt *Sunday Times* qui a précisément traité la relation entre l'objectivité du but légitime et la mesure de la marge nationale d'appréciation.

D'un côté, ce motif de restriction apparaît contingent et relatif. Comme la morale, le contenu de la bonne administration de la justice est fluctuant. Il varie dans le temps et dans l'espace et, ainsi que le soulignait la Cour dans l'affaire *Ashingdane*, les restrictions au droit d'accès au tribunal sont tributaires des ressources de la communauté⁵³⁹. Or, à l'évidence, les États se trouvent mieux placés que le juge international pour les apprécier.

D'un autre côté, son analyse révèle une part non négligeable d'objectivité. En effet, les restrictions au droit au tribunal ne dépendent pas seulement des ressources de la communauté. Les besoins des individus contribuent également à les déterminer. À rebours d'une situation purement interne, le juge international est plus à même de les évaluer dans les situations affectées d'un élément d'extranéité. Si, idéalement, les règles de compétence internationale traduisent un souci de coordination des ordres juridiques, leur caractère unilatéral et leur détermination profondément ancrés dans l'ordre juridique qui les édicte ont pour effet de rendre l'entreprise très imparfaite. Bien souvent, c'est sans égard pour les autres ordres juridiques ou pour la situation particulière de l'individu⁵⁴⁰ qu'un juge décline sa compétence. La nature même des règles de compétence générale constitue un obstacle à la correcte appréciation des besoins de l'individu d'accéder à telle ou telle juridiction. Le droit d'accès au tribunal ne comportant aucune entrave de cet ordre place ainsi le juge de Strasbourg, apte à considérer le pluralisme des ordres juridiques, dans une meilleure position pour évaluer les besoins réels des individus. Par ailleurs, le souci de garantir une bonne administration de la justice se reflète dans l'article 6 de la Convention⁵⁴¹.

Enfin, le nombre considérable d'instruments internationaux relatifs à la compétence judiciaire internationale auxquels les États Parties ont adhéré ou coopéré aurait plutôt tendance à plaider dans le sens de l'existence d'un fort consensus européen.

Enfin, il semblerait qu'à la différence des situations purement interne, l'élément international contribue à réduire la liberté des États de refuser leur compétence, donc

⁵³⁹ CEDH 28 mai 1985 requête n° 8225/78 *Ashingdane*, § 57.

⁵⁴⁰ La compétence fondée sur le risque de déni de justice apporte un tempérament à ce constat en permettant de remédier aux obstacles de droit et éventuellement de fait que pourrait rencontrer un individu pour saisir une juridiction relevant d'un autre ordre juridique (B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} édition, 2000, p. 315, n° 348 ; L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004, p. 193 et s., n° 213 et s. ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, p. 357, n° 726 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 206, n° 288). Cependant, dans la mesure où il présente un caractère résiduel et exceptionnel (B. AUDIT, *op. cit.*, p. 315, n° 348 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 609, n° 451), la CEDH apparaît alors comme un appui précieux pour le juge.

⁵⁴¹ Cf. par exemple CEDH 1^{er} août 2000 requête n° 36009/97 C. P. et autres c/ France, § 34 : « l'article 6 (...) consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice ».

restreindre le droit d'accès en application des règles ordinaires de compétence judiciaire, c'est-à-dire celles empruntées au droit interne de la compétence territoriale. Cette distinction ne saurait surprendre, car dans l'ordre interne, d'une part, les problèmes susceptibles de se poser n'ont pas trait à la compétence territoriale, mais le plus souvent aux délais ou aux formalités pour introduire un recours, éléments éminemment liés aux traditions et à la culture de chaque État. D'autre part, les conséquences liées au refus d'une compétence en matière de droit international privé peuvent se révéler beaucoup plus ennuyeuses pour les individus que la négation d'une compétence territoriale dans l'ordre interne. Les enjeux étant différents, l'intensité des contrôles est différente.

112. La seconde catégorie, quant à elle, concerne les chefs de compétence spécifiques aux relations privées internationales et qui ne sauraient être rattachés, du moins exclusivement ou même principalement, à la recherche d'une bonne administration de la justice⁵⁴². Jusqu'à présent, la Cour a eu à connaître deux séries de décision d'incompétence, celles résultant de l'immunité de juridiction des organisations internationales et celles découlant de l'immunité de juridiction des États, les premières étant justifiées par le souci d'assurer le bon fonctionnement des organisations internationales, les secondes par l'observation du droit international et le respect de la souveraineté étatique. L'objectivité de ces motifs ne semble pas douteuse ; il n'y a pas plusieurs moyens de les satisfaire. Marquer sa déférence envers un État étranger implique que l'on ne puisse pas l'attirer devant les tribunaux d'un autre État⁵⁴³. L'idée de respect témoigné envers la souveraineté n'est pas non plus étrangère aux privilèges et immunités octroyées aux organisations internationales. L'accomplissement de leur travail et leur bon fonctionnement exigent de les préserver contre les esprits chicaniers. Dès lors, s'il n'existe qu'un unique moyen pour parvenir à ces fins, qu'importe l'intensité du contrôle exercé par la Cour. Cette détermination présente néanmoins un intérêt, car si l'immunité de juridiction, dans son principe, apparaît en définitive comme exclusive, en revanche ses modalités de mise en œuvre sont susceptibles de plusieurs aménagements. Son caractère absolu ou la possibilité d'y renoncer, les conditions de cette renonciation, le fait qu'elle soit accordée en fonction des personnes ou en fonction des actes constituent autant d'options entre lesquelles les États ont à arrêter un choix dont l'incidence sur le droit d'accès au tribunal est avéré. Or, une marge d'appréciation restreinte s'accompagne d'un contrôle européen plus strict. Et en conséquence, si une institution seulement convient à la réalisation d'un objectif

⁵⁴² Sauf à diluer définitivement une notion qui n'a déjà pas beaucoup de consistance.

⁵⁴³ Du moins sans son consentement, car libre à l'État étranger de renoncer à son immunité.

légitime, son organisation devra être soigneusement étudiée afin de ménager un juste équilibre entre les intérêts de la restriction et les intérêts des individus. L'amorce d'un contrôle assez strict dans le domaine particulier des immunités de juridiction peut être accueilli avec faveur dans la mesure où il demeure à contre-courant de l'évolution du droit international privé dont les solutions s'inspirent toutes de l'intérêt des particuliers⁵⁴⁴. Voilà que l'immixtion des droits de l'homme va permettre d'inciter à une meilleure synthèse des différents intérêts pris en charge par le droit international privé, voire de l'assurer.

Il convient de relever dès à présent que le rôle du consensus ne va pas au-delà. En particulier, la Cour ne tire aucune conclusion relative au respect de la Convention du seul isolement d'une norme ou d'une pratique. Puisque la marge nationale d'appréciation vise avant tout à préserver le pluralisme et la diversité, il apparaît difficilement concevable que le seul consensus, auquel l'arithmétique est étrangère, suffise à la Cour pour imposer une uniformité de conduite. Son contrôle est plus subtil et plus humain, il n'a pas la rigidité de la logique aristotélicienne. La Cour ne saurait déclarer qu'une ingérence dans le droit d'accès résultant du refus d'exercer la compétence juridictionnelle générale « *n'était pas nécessaire pour la simple raison que son énoncé n'aurait pas été licite ou probable dans un ordre juridique différent. (...) La Convention a pour but essentiel de fixer certaines normes internationales à respecter par les États contractants dans leurs rapports avec les personnes placées sous leur juridiction. Cela ne veut pas dire qu'une uniformité absolue s'impose ; comme tous les États contractants demeurent libres de choisir les mesures qui leur paraissent appropriées, la Cour ne peut négliger les caractéristiques de fond et de procédure de leurs droits internes respectifs* »⁵⁴⁵. Et, d'une manière générale, lorsque la Cour estime qu'une norme ou une pratique atypique viole la Convention, le constat découle du contrôle de proportionnalité. Simplement, celui-ci sera plus strict.

113. Dès lors, quel que soit le but légitime poursuivi par les règles de compétence judiciaire internationale, il semble revêtir suffisamment d'objectivité pour conduire la Cour à retenir

⁵⁴⁴ L'idée est aujourd'hui admise par tous quel que soit par ailleurs leur sentiment sur la nature du droit international privé. Par exemple, M. Pascal de Vareilles-Sommières, pour qui cette branche du droit n'exprime qu'un conflit de compétences étatiques, soit un conflit de souverainetés, considère que rien ne s'oppose à ce qu'il trouve une solution en considération d'intérêts privés (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, LGDJ, 1997, p. 35, n° 32).

⁵⁴⁵ CEDH 26 avril 1979 requête n° 6538/74 Sunday Times c/ Royaume-Uni, préc., § 61 (cf. également CEDH 29 août 1997 requête n° 22714/93 Worm c/ Autriche, § 49).

une marge d'appréciation certaine, mais limitée, et corrélativement un examen étroit de la proportionnalité. Cette tendance se vérifie également au regard de la nature du droit en cause.

β La nature du droit en cause

114. En tenant compte de la nature du droit en cause, la Cour suspend l'ampleur de la marge d'appréciation à l'importance du droit objet de la restriction⁵⁴⁶. Quoiqu'elle rencontre une certaine approbation⁵⁴⁷, pareille démarche qui fait le départ entre ce qui est important et ce qui l'est moins reste éminemment contestable, car elle ne repose sur rien⁵⁴⁸. En effet, la reconnaissance des droits essentiels dans une société démocratique ne correspond pas à la liste qui figure à l'article 15 de la CEDH. Or, seul cet article introduit une hiérarchie entre les dispositions conventionnelles puisque les droits qu'il vise ne sont susceptibles d'aucune dérogation même en cas de danger public menaçant la vie de la Nation. Cette attitude s'imposait d'autant moins que la Cour a dégagé d'autres critères de variation de la marge nationale d'appréciation. Néanmoins ce paramètre intervient ; aussi convient-il d'en évaluer l'incidence sur la marge dont dispose l'État en matière de compétence judiciaire internationale. Une déclaration d'incompétence s'analyse en une restriction au droit d'accès au tribunal. De ce point de vue, la latitude à laquelle l'État peut prétendre sera des plus réduites, « *vu la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique* »⁵⁴⁹. Les juges strasbourgeois ne sauraient admettre, sans un contrôle très attentif et très strict, une restriction à un droit si essentiel. Ainsi, de solides justifications devront appuyer la déclaration d'incompétence afin de convaincre la Cour de sa nécessité.

115. En conséquence, tant la nature du droit en cause que la nature du but légitime poursuivi plaident en faveur d'une marge étroite et donc d'un contrôle de proportionnalité

⁵⁴⁶ CEDH 24 novembre 1986 requête n° 9063/80 *Gillow c/ Royaume-Uni*, § 55 : « *En outre, l'étendue de la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales dépend non seulement de la finalité de la restriction, mais encore de la nature du droit en cause. En l'espèce, le bien être économique de Guernesey doit être mis en balance avec le droit des requérants au respect de leur "domicile", lequel relève de leur sécurité et bien être personnels. Pour déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation laissée à l'État, il faut garder à l'esprit l'importance d'un tel droit pour l'individu* ».

⁵⁴⁷ F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : Y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber amicorum Eissen M.-A.*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, 1995, p. 381 ; *Id.*, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39.

⁵⁴⁸ F. MATSCHER, « Quarante ans d'activité de la Cour européenne des droits de l'homme », *RCADI* 1997 p. 297.

⁵⁴⁹ CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 *Airey c/ Irlande*, préc., § 24 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, préc., § 67 ; CEDH 12 juillet 2001 requête n° 42527/98 *Prince Hans-Adam II de Lichtenstein c/ Allemagne*, préc., § 45.

d'une grande sévérité. La nature des activités en jeu ne semble pas devoir renverser ou même tempérer cette tendance. D'ailleurs, lorsque la Cour traite des restrictions dans le droit d'accès, elle rappelle souvent que l'admission des restrictions implicites ne saurait occulter le caractère éminent de l'article 6 de la Convention. En se plaçant dans cette perspective, la Cour annonce en réalité que le contrôle entrepris sur les restrictions à ce droit va se montrer particulièrement rigoureux. Dès lors, l'octroi d'une certaine marge à l'État dans l'élaboration de la réglementation du droit d'accès ne saurait faire illusion. Au-delà de la lettre, l'esprit et l'importance de l'article 6 commande un examen très attentif des limitations qui lui sont portées, et, à cet égard, la discrétion des États se trouve réduite au strict minimum. La jurisprudence de la Cour relative à la compétence internationale ne dément pas ces lignes directrices. Cependant, si les limitations au droit d'accès impliquent un contrôle strict et une marge étroite, la Cour a adopté une conception assouplie de l'examen de proportionnalité embrassant les spécificités du droit international privé et notamment la nécessaire coordination des ordres juridiques, si bien que le contrôle potentiellement dévastateur se révèle particulièrement bien adapté.

2 Le contrôle de proportionnalité

116. Expression et leitmotiv du contrôle européen, le principe de proportionnalité « *constitue un correctif et une limite à la doctrine de la marge d'appréciation* »⁵⁵⁰. En dépit d'une intensité maximale, ce contrôle porte en lui suffisamment de souplesse pour permettre un traitement de la compétence internationale compatible avec le pluralisme des ordres juridique ce que vérifie d'ores et déjà l'appréciation des restrictions apportées au droit d'accès dans son acception élargie.

117. Sous ce rapport, il implique, de façon certaine, le droit d'obtenir une décision sur le fond et, dans une certaine mesure, l'exécution de la décision rendue. Le mécanisme du droit d'agir supposant la compétence, sa reconnaissance entraîne celle d'une compétence. De ce point de vue, le droit d'accès exige-t-il la compétence générale des juridictions du for saisi ou plus modestement, intégrant et acceptant par-là même la pluralité des ordres juridiques et la recherche de leur coordination, une compétence générale dans un ordre juridique ? En d'autres termes, une décision d'incompétence rendue par les juridictions d'une Haute Partie contractante, assurément constitutive d'une ingérence dans le droit d'accès au tribunal, se

⁵⁵⁰ F. MATSCHER, *loc. cit.*, p. 298

justifie-t-elle, sous certaines conditions, au titre des limitations admises à ce droit ? Il ressort de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg une réponse positive et deux moyens d'y parvenir, l'un d'entre eux ressortissant à l'adaptation du contrôle classique⁵⁵¹. Proposé dans le domaine des immunités de juridiction, son extension à d'autres domaines, voire sa généralisation, reste en suspens.

118. Les affaires *Waite et Kennedy*⁵⁵² et *Beer et Regan*⁵⁵³ ont fourni l'occasion à la Cour de se prononcer sur la compatibilité à la Convention de la décision d'incompétence rendue par les juridictions allemandes du travail pour connaître du litige opposant l'ASE, une organisation internationale située à Darmstadt, aux requérants. Ces derniers, se fondant sur la loi allemande relative au prêt de main d'œuvre, estimaient que, après la rupture de leur contrat de travail avec une société établie à Dublin, laquelle avait décidé leur mise à disposition de l'ASE, ils avaient acquis la qualité d'agent de celle-ci. Or, elle a opposé aux demandes dirigées contre elle l'immunité de juridiction dont elle jouissait. Les juges de Strasbourg ont examiné cette question selon une démarche classique ; après avoir constaté la légalité puis la légitimité de cette ingérence dans le droit d'accès au tribunal des requérants, ils mettent en œuvre le contrôle de nécessité. Cependant, celui-ci subit une adaptation du fait de la spécificité de la situation. De l'avis de la Cour, « *compte tenu du but légitime des immunités de juridiction des organisations internationales, le critère de proportionnalité ne saurait s'appliquer de façon à contraindre une telle organisation à se défendre devant les tribunaux nationaux au sujet des conditions de travail énoncées par le droit interne du travail. Interpréter l'article 6 de la Convention et ses garanties d'accès à un tribunal comme exigeant forcément*⁵⁵⁴ *que l'on applique la législation nationale en la matière entraverait (...) le bon fonctionnement des organisations internationales et irait à l'encontre de la tendance actuelle à l'élargissement et à l'intensification de la coopération internationale* »⁵⁵⁵. Pragmatique, la Cour ne souhaite pas remettre en cause le système des immunités de juridiction y compris celles accordées aux organisations internationales. Le but légitime poursuivi par une telle institution pèse de tout son poids dans l'appréciation de la Cour au point d'atténuer la rigueur annoncée du test de proportionnalité. Pour autant, cette souplesse ne signifie pas que la Cour

⁵⁵¹ L'autre voie s'inspire d'une délimitation du contenu du droit d'accès dont l'affaire *Bayrak* (CEDH 6 juillet 2000 requête n° 27937/95 Murat Bayrak c/ Allemagne), vue précédemment, constitue une illustration.

⁵⁵² CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, précité.

⁵⁵³ CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 *Beer et Regan c/ Allemagne*, précité.

⁵⁵⁴ Cnqs.

⁵⁵⁵ CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, préc., § 72 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 *Beer et Regan c/ Allemagne*, préc., § 62.

abdique sa mission de gardienne des droits et libertés contenus dans la Convention et singulièrement du droit d'accès. L'immunité de juridiction des organisations internationales n'entraîne pas l'immunité des États au regard de la Convention. Certes, la Cour ne s'oppose pas à ce qu'ils créent de telles organisations, leur transfèrent des compétences et leur accordent des immunités et privilèges⁵⁵⁶, mais deux motifs justifient l'encadrement de cette latitude.

D'une part, dans la mesure où celle-ci peut affecter les droits garantis, « *il serait contraire à l'objet et au but de la Convention que les États contractants soient exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention* »⁵⁵⁷. L'assertion est logique puisque l'immunité de juridiction ne constitue pas une cause d'irresponsabilité pour les États. Développer un raisonnement de nature à étendre le contrôle européen sur les immunités, et admettre la recevabilité des requêtes individuelles se rapportant à ce problème, pour aboutir à l'exonération des États sur le fond n'aurait en effet guère de sens.

D'autre part, et de surcroît, il convient de ne jamais oublier que le but de la Convention consiste à « *protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »⁵⁵⁸. La mise en balance du pouvoir d'action de l'État en considération de l'ordre international, d'un côté, et de la sauvegarde du droit d'accès, de l'autre, aboutit ainsi à l'idée selon laquelle le principe de proportionnalité ne saurait obliger les organisations internationales bénéficiaires d'une immunité à se présenter « *forcément* » devant les juridictions de l'État dans lequel elles ont leur siège.

119. Dans cette perspective, une protection efficace des droits que les individus tirent de la Convention implique la vérification de l'existence « *d'autres voies raisonnables* »⁵⁵⁹ mise à leur disposition. Par conséquent, l'immunité de juridiction représente une restriction admissible au droit d'accès si d'autres voies s'offrent aux requérants. Elles doivent quand même présenter une certaine qualité : être raisonnables, être disponibles.

⁵⁵⁶ CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne, préc., § 67 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 Beer et Regan c/ Allemagne, préc., § 57.

⁵⁵⁷ CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne, préc., § 67 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 Beer et Regan c/ Allemagne, préc., § 57.

⁵⁵⁸ CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne, préc., § 67 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 Beer et Regan c/ Allemagne, préc., § 57.

⁵⁵⁹ CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne, préc., § 68 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 Beer et Regan c/ Allemagne, préc., § 58.

120. À l'examen, il apparaît que la Cour ne tient pour raisonnables que les voies de droit⁵⁶⁰ ; les individus doivent bénéficier d'autres recours. Ainsi, dans les affaires *Waite et Kennedy* et *Beer et Regan*, les juges relèvent en premier lieu la possibilité de saisir la Commission des recours de l'ASE, instituée par la convention constitutive de l'organisation internationale, dont la compétence s'étend « *aux litiges relatifs à toute décision explicite ou implicite prise par l'Agence et l'opposant à un membre du personnel* »⁵⁶¹. En second lieu, la Cour note qu'en qualité de travailleurs temporaires, ils pouvaient assigner en justice les sociétés étrangères qui les employaient et qui les ont mis à la disposition d'un employeur tiers. L'exercice d'une action en dommages et intérêts fondée soit sur les dispositions générales du droit du travail, soit plus particulièrement sur la loi allemande sur le prêt de main d'œuvre⁵⁶² aurait ainsi utilement compensé le déclinatoire des juridictions allemandes.

Une telle appréciation des voies raisonnables appelle quelques observations. Tout d'abord, celles-ci ne sont pas localisées. L'essentiel est qu'un recours existe, ce qui atténue singulièrement l'effet de la déclaration d'incompétence des juridictions de tel ou tel ordre juridique. Ce point de vue soulève des objections parmi les juges strasbourgeois. De l'avis du juge Ress, « *les autres voies dont il est question (...) ne sauraient être des voies à utiliser dans un État tiers, mais il doit s'agir de voies donnant accès aux juridictions de l'État défendeur* »⁵⁶³. Dans le même sens, le juge Loukis Loucaides estime que face « *à une plainte pour violation de la Convention, la Cour doit examiner la cause uniquement par rapport à l'ordre juridique de l'État défendeur* ». En outre, poursuit-il, « *je trouve inéquitable autant qu'étrange d'escompter du requérant qu'il s'adresse à un autre État pour résoudre son*

⁵⁶⁰ CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, préc., § 73 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 *Beer et Regan c/ Allemagne*, préc., § 63.

⁵⁶¹ CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, préc., § 69 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 *Beer et Regan c/ Allemagne*, préc., § 59.

⁵⁶² CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, préc., § 70 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 *Beer et Regan c/ Allemagne*, préc., § 60.

⁵⁶³ Opinion concordante de M. le juge Ress à laquelle se rallie le juge Zupancic sous l'arrêt CEDH 12 juillet 2001 requête n° 42527/98 *Prince Hans-Adam II de Lichtenstein c/ Allemagne*, préc. ; M. Ress avait déjà développé cette idée dans son opinion dissidente à laquelle s'étaient ralliés MM. Busuttil, Gözübüyük, Weitzel, Soyer, Rozakis, Loucaides, Nowicki, Cabral Barreto, Conforti, Békés, Mucha, Perenic, Alkema et Nicolini, sous le rapport de la Commission dans l'affaire *Waite et Kennedy* (Commission 2 décembre 1997 requête n° 26083/94 *Waite et Kennedy c/ Allemagne*). De même, dans l'affaire *Mac Elhinney contre Irlande*, le juge Rozakis émet des réserves du même ordre dans son opinion dissidente. Le requérant, de nationalité irlandaise, souhaitait engager une action en dommages-intérêts à l'encontre du Royaume-Uni. Excipant de son immunité de juridiction les tribunaux irlandais ont dû décliner leur compétence. Quant à la possibilité de saisir les tribunaux anglais, le juge Rozakis faisait valoir que « *le requérant n'avait aucun lien avec la juridiction du Royaume-Uni, si ce n'est le lien accessoire que représente l'origine nationale du défendeur, et n'avait aucune obligation d'allégeance et de loyauté à l'égard de cette juridiction étrangère* » (CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 *Mac Elhinney c/ Irlande*, préc.).

problème, c'est-à-dire l'absence d'accès à un tribunal dans son propre pays »⁵⁶⁴. De telles assertions négligent complètement le pluralisme des ordres juridiques. Si elles étaient suivies, elles marqueraient la ruine de l'entreprise de coordination à laquelle tend le droit international privé. Pour cette raison, l'attitude de la Cour apparaît particulièrement opportune puisqu'elle permet de prendre en compte le fait que l'incompétence affecte le droit d'accès au tribunal seulement de manière temporaire, les individus étant invités à mieux se pourvoir. Or, idéalement, le droit de la compétence internationale doit aboutir à ce résultat. Le contrôle de la Cour permettra de s'assurer que l'objectif est atteint. Il était donc indispensable que cette donnée intervienne dans le contrôle de la restriction à défaut d'être de nature à ôter à l'incompétence son caractère d'ingérence. Ensuite, il semblerait que la nature du recours entre en ligne de compte pour apprécier son caractère raisonnable. Parmi les options citées par la Cour, en effet, ne figurent que des recours portés devant des organes juridictionnels. À cet égard, le fait que la Cour souligne l'indépendance de la Commission des recours par rapport à l'ASE n'est pas fortuit. Cet organe présente certaines qualités nécessaires, car, établi par une norme, tranchant toute question relevant de sa compétence, il constitue, au sens matériel du terme, un tribunal⁵⁶⁵. La voie raisonnable se matérialise dans un recours juridictionnel. Enfin, il apparaît qu'un recours ne cesse pas d'être raisonnable s'il n'est pas rigoureusement identique à l'intention initiale des requérants. Ainsi, la saisine de la Commission des recours n'aura sans doute pas la même cause à moins qu'elle ait la faculté de se référer aux normes de l'État d'accueil de l'organisation dont elle dépend. Quant à l'action en dommages et intérêts, elle se distingue du recours premièrement intenté devant les juridictions allemandes soit par son objet et la personne du défendeur, soit par son objet, sa cause et la personne du défendeur. En effet, alors que le recours initial était dirigé contre l'ASE sur le fondement de la loi allemande sur le prêt de main d'œuvre pour obtenir la reconnaissance du statut de membre de son personnel, certains recours alternatifs sont dirigés contre les employeurs des requérants et tendent à leur condamnation au paiement d'une indemnité éventuellement fondée sur les dispositions générales du droit du travail. Malgré le point de vue exprimé par la Cour, il n'est

⁵⁶⁴ Cf. son opinion dissidente sous l'affaire *Mac Elhinney contre Irlande* (CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 *Mac Elhinney c/ Irlande*, préc.).

⁵⁶⁵ CEDH 22 octobre 1984 requête n° 8790/79 *Sramek c/ Autriche*, § 36 : L'Autorité régionale « *s'analyse néanmoins en un "tribunal" au sens matériel du terme : il lui appartient de trancher, sur la base de norme de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* ». Cette tendance s'est accentuée dans l'affaire CEDH 11 mai 2000 requête n° 41387/96 *A. L. c/ Italie* ; la cause du requérant, en litige avec l'OTAN, avait été entendue par la Commission des recours de l'organisation. Or, avant de conclure à sa nature de voie raisonnable, la Cour a constaté que les membres de cette Commission étaient indépendants, que sa procédure était contradictoire et ses arrêts motivés. En outre, le fait que les audiences se déroulent à huis-clos pouvaient se justifier au regard de l'article 6 § 1.

cependant pas certain qu'une telle action conduise à préciser la nature des relations de travail. Si une juridiction étatique estimait que les requérants sont devenus des employés de l'ASE, encore faudrait-il, pour répondre à leur attente première, que son jugement s'impose à l'organisation internationale en cause. Il ressort de ces quelques observations que le caractère raisonnable des « *autres voies* » est très relatif et s'apprécie de manière très souple, tout comme leur disponibilité à l'égard des requérants.

121. Les juges de Strasbourg commencent en effet par souligner que les requérants auraient « *pu et dû* »⁵⁶⁶ saisir la Commission des recours de leur différend avec l'ASE dans la mesure où elle est compétente pour les litiges mettant aux prises l'organisation et les membres de son personnel. Toutefois, avec raison, ce constat n'épuise pas en lui-même la question de la compatibilité de l'immunité de juridiction avec la Convention, car, en l'espèce, la revendication des requérants porte justement sur la reconnaissance de leur statut de membre du personnel. Or, la juridiction de ladite Commission requiert préalablement une telle qualité. Bien sûr, cet organe est investi du pouvoir de statuer sur sa propre compétence et donc de décider si la notion de membre du personnel s'applique en substance aux requérants. Cette autre voie, par conséquent, présente peu de chance d'aboutir, d'autant moins que la demande formulée par les requérants s'appuie non pas sur les dispositions internes à l'ASE relatives à son personnel, mais sur la législation allemande sur le prêt de main d'œuvre⁵⁶⁷. L'aléa affectant la disponibilité effective de cette voie de droit alternative a ainsi conduit la Cour à énoncer, parmi les ressources offertes aux requérants, la possibilité d'introduire une action en dommages et intérêts. Le problème est que la Cour semble simplement présumer qu'une telle voie de droit s'ouvre au requérant puisqu'elle se contente de relever que « *les travailleurs temporaires ont en principe la faculté de demander réparation aux sociétés qui les ont employés et qui les ont mis à la disposition de tiers* »⁵⁶⁸. La disponibilité d'une autre voie de droit ne signifie pas son adéquation. Il est pourtant regrettable que la Cour n'ait pas poussé plus avant son contrôle. D'autres voies existent certes, mais la notion d'effectivité qui lui est si chère n'exerce ici aucune influence. L'existence d'autres voies exclut une atteinte à la substance même du droit d'accès, mais au regard de la proportionnalité de l'ingérence il est

⁵⁶⁶ CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne, préc., § 69 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 Beer et Regan c/ Allemagne, préc., § 59.

⁵⁶⁷ La Commission des recours a d'ailleurs rejeté les prétentions des requérants Beer et Regan, estimant qu'ils n'avaient pas acquis la qualité de membre du personnel de l'ASE (cf. CEDH 15 mai 2003 requête n° 70009/01 Beer et Regan c/ Allemagne et les États membres de l'ASE).

⁵⁶⁸ CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne, préc., § 70 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 Beer et Regan c/ Allemagne, préc., § 60.

indispensable que ces voies présentent une réelle effectivité. Elles invitent les individus à mieux se pourvoir, mais il faut qu'elles traduisent en outre l'idée selon laquelle une déclaration d'incompétence n'affecte que temporairement l'accès aux tribunaux. Or, si ces voies ne sont pas accessibles ou du moins pas raisonnablement accessibles, car prédire la réaction d'un juge demeure un exercice périlleux qui tolère une certaine marge d'erreur, la restriction cesse d'être temporaire pour devenir définitive, révélant ainsi sa disproportion au regard de la Convention⁵⁶⁹.

En comparaison, les juridictions françaises adoptent une position plus radicale. Par l'effet d'un audacieux revirement de jurisprudence⁵⁷⁰, elles sont désormais plus promptes à constater le déni de justice en raison d'une conception plus étroite des « *autres voies raisonnables* ». Leur contrôle se limite au fonctionnement interne de l'organisation internationale. Dès lors, le problème se ramène à l'alternative suivante : soit les individus ont la possibilité de porter leur différend devant un organe de l'organisation et leur droit d'accès au juge n'est pas méconnu ; soit ils ne disposent pas d'une telle faculté et ils subissent un déni de justice. Peut-être tous les litiges ne se prêtent-ils pas à un large éventail d' « *autres voies raisonnables* », mais la Cour de cassation ne semble pas accorder une grande attention à la notion. Seule compte l'existence d'un tribunal compétent au sein de l'organisation internationale. À défaut, et sous réserve que le litige présente un rattachement avec la France, les prétoires français doivent s'ouvrir à l'individu.

⁵⁶⁹ Ce que confirme *a contrario* CEDH 15 mai 2003 requête n° 70009/01 Beer et Regan c/ Allemagne et les États membres de l'ASE : les requérants prétendaient que la décision d'incompétence de la Commission des recours entraînait un manquement à l'article 6 § 1 de la Convention. La Cour a rejeté la requête en se fondant sur l'effectivité des autres voies raisonnables qu'elles avaient mentionnées au paragraphe 60 de son arrêt rendu le 18 février 1999 sur saisine des mêmes individus. En effet, « *la Cour constate que les requérants se sont servis de cette faculté et ont conclu, le 6 septembre 1994 et le 20 juin 1995 respectivement, des règlements amiables avec les sociétés en question devant le tribunal du travail de Darmstadt. En application de ceux-ci, ils ont reçu, pour la perte de leur emploi, des indemnités dont les montants étaient, de leur propre aveu, considérables. Dès lors, de l'avis de la Cour, les requérants ne peuvent passer pour avoir supporté, du fait de la décision de la Commission des recours rejetant leur demande, une charge disproportionnée* ».

⁵⁷⁰ CA Paris 7 octobre 2003 BAD c/ M. A., préc., et surtout, Soc. 20 janvier 2005 BAD c/ Degboe *Dalloz* 2005 p. 593, préc. : « *mais attendu que la Banque africaine de développement ne peut se prévaloir de l'immunité de juridiction dans le litige l'opposant au salarié qu'elle a licencié dès lors qu'à l'époque des faits elle n'avait pas institué en son sein un tribunal ayant compétence pour statuer sur des litiges de cette nature, l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international constituant un déni de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France* ». Comp. Civ. 1^{ère} 14 novembre 1995 Hintermann, préc. : à la suite de la cessation des fonctions, le requérant avait assigné l'UEO en paiement d'indemnités. En déclinant leur compétence par l'effet de l'immunité de juridiction, il estimait que les juridictions françaises avaient manqué à l'article 6 § 1 de la CEDH. La Cour rejeta le pourvoi, car dès lors que « *le secrétaire général de l'organisation n'avait pas renoncé expressément* » à l'immunité de juridiction dont bénéficiait l'UEO, l'arrêt attaqué était légalement justifié.

122. Toutefois, sous réserve de l'amélioration et de l'approfondissement du contrôle européen⁵⁷¹, cette jurisprudence reste remarquable. Elle permet de justifier l'immunité de juridiction des organisations internationales en se fondant sur un motif qui permet d'aborder de front l'internationalité d'une situation. Dès lors que d'autres voies de droit s'offrent aux individus, il n'y a pas lieu de contraindre une organisation internationale à subir une action devant les juridictions de l'État dans lequel elle a son siège. Par ce biais, l'intérêt des États, qui peuvent ainsi développer leur coopération internationale, celui des organisations internationales, qui ont la possibilité d'exercer leur travail sans redouter les pressions, et enfin celui des individus, dont le droit d'accès doit d'une manière ou d'une autre se réaliser, sont pris en compte par la Cour. De la sorte, l'emprise de la Convention sur les déclarations d'incompétence permet aux juges de Strasbourg de vérifier que, à un degré qu'il conviendrait d'augmenter, les individus trouvent ailleurs un juge compétent. Le projet du droit international privé d'une saine coordination des ordres juridiques tirerait ainsi un bénéfice important du potentiel du droit d'accès au juge. Le passage du conditionnel au présent de l'indicatif suppose la généralisation de cette méthode.

123. Jusqu'à présent, la Cour semble témoigner beaucoup de réticences à cet égard puisque le critère d'appréciation des « autres voies raisonnables » reste voué à la question particulière de l'immunité de juridiction des organisations internationales. Ainsi que l'expriment nombre de juges à l'occasion de la rédaction de leurs opinions séparées, les solutions des arrêts *Waite et Kennedy* et *Beer et Regan* sont indéfectiblement liées au contexte qui les a fait naître, c'est-à-dire l'impossibilité d'attirer, en raison de son immunité de juridiction, une organisation internationale devant un juge étatique, laquelle organisation dispose en outre d'un organe de recours. Par exemple, dans son opinion dissidente sous l'affaire *Mac Elhinney*⁵⁷², le juge Rozakis « conteste que l'on puisse transposer sans nuance un principe que la Cour a appliqué à une catégorie précise d'affaires, à savoir le champ d'application limité de l'article

⁵⁷¹ Évolution qui n'est pas hypothétique, la décision *A. L. contre l'Italie* procédant déjà à un contrôle plus sérieux des qualités de l'organe appelé à statuer sur une cause pour laquelle les juridictions de l'État sur le territoire duquel l'organisation a son siège ont décliné leur compétence (CEDH 11 mai 2000 requête n° 41387/96 A. L. c/ Italie). Ce « tribunal » au sens de la Convention doit présenter les garanties dont l'individu tirent le bénéfice de l'article 6 § 1. Un tel contrôle pourrait avoir des répercussions inattendues en incitant les États à affirmer leur compétence dès lors que la juridiction normalement compétente méconnaîtrait les garanties découlant de l'article 6 § 1 sous peine de voir leur responsabilité internationale engagée pour violation du droit d'accès au tribunal. Ainsi, à la différence des situations purement internes, l'effectivité du droit d'accès se mesurerait à l'aune des qualités du juge compétent. En d'autres termes, l'absence d'indépendance d'un juge suisse normalement compétent conduirait à estimer la déclaration d'incompétence d'un juge belge incompatible avec le droit d'accès. Cependant, sauf généralisation de la méthode « des autres voies raisonnables » de telles conséquences se borneraient au domaine de l'immunité de juridiction des organisations internationales.

⁵⁷² CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 *Mac Elhinney c/ Irlande*, précité.

6 dans le cas où un État Partie a transféré des compétences à une organisation internationale, à toutes les affaires ayant trait à une pluralité de juridictions ». Dans l'hypothèse d'un litige avec une organisation internationale, les individus qui travaillent pour elle ont en principe connaissance de l'existence d'une procédure interne. Or, d'une manière générale, les personnes impliquées dans une relation internationale de droit privé ne peuvent s'attendre qu'à la compétence générale de la juridiction avec laquelle ils entretiennent le plus de liens. Toutefois, ce raisonnement opère une confusion entre deux problèmes distincts. Une chose est de savoir si une juridiction peut légitimement décliner sa compétence, une autre de savoir si elle peut légitimement affirmer sa compétence. Ces deux aspects sont intimement liés, mais doivent néanmoins être distingués. Le premier s'apprécie au regard du droit d'accès au juge, une compétence devant exister pour admettre la proportionnalité de la restriction que constitue une déclaration d'incompétence. Le second, en revanche, s'évalue à l'aune du droit au procès équitable, la compatibilité d'un chef de compétence à ce dernier nécessitant des liens certains entre le litige et l'ordre juridique dont dépend la juridiction compétente⁵⁷³. Du point de vue des « autres voies raisonnables », les deux éléments paraissent néanmoins difficiles à démêler. Ainsi, cette méthode, nonobstant ses avantages potentiels pour une saine coordination des ordres juridiques, n'est sans doute pas la plus adéquate pour répondre de manière globale aux problèmes soulevés par la compétence internationale. Une autre méthode s'impose.

124. Celle-ci doit évidemment revêtir une dimension internationale et intégrer les spécificités du droit international privé afin de contribuer à l'amélioration et non à l'anéantissement des efforts de coordination. La Cour est déjà parvenue à des résultats intéressants, quoique limités dans leur domaine, en mettant en œuvre un contrôle ordinaire en la forme : légalité, légitimité, nécessité. Toutefois, imprégné des considérations de l'ordre international, le contrôle évolue dans le fond, la Cour procédant ainsi à son adaptation à l'internationalité de la situation. Contrairement aux situations purement internes, le contrôle devrait se manifester dans toute sa rigueur en raison de la marge d'appréciation réduite dont jouissent les États. Or, l'analyse de la jurisprudence de la Cour fait apparaître un contrôle plus souple que celui qu'elle exerce dans les situations purement internes. Assurément, ce paradoxe participe du pragmatisme de la Cour. Les particularités liées à l'internationalité d'une situation ne saurait faire obstacle à son contrôle. Néanmoins, elles reposent sur de très

⁵⁷³ Cf. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II, n° 130 et s..

fortes justifications que la Cour ne peut ignorer. Alors, elle aborde les problèmes de front en modulant l'examen de leur compatibilité à la Convention. Pour cela, il fallait rompre avec l'idée selon laquelle les restrictions admissibles ne peuvent viser que la protection des intérêts étatiques. La sauvegarde des intérêts de l'ordre international relèvent également de la mission de l'État, ou mieux d'une communauté d'États, et ce au bénéfice des individus puisque les solutions du droit international privé s'inspirent de l'intérêt privé. Tant l'élargissement de la condition de légitimité, qui se trouve satisfaite de motifs clairement orientés vers l'ordre international, que l'assouplissement de la condition de nécessité, par le jeu du principe de proportionnalité, contribuent à l'émergence d'un contrôle adapté aux réalités de la compétence internationale. Cette entreprise rencontre cependant des limites, non pas qualitatives, mais dans son rayonnement. Cependant, d'autres moyens s'offraient aux juges de Strasbourg pour apporter leur pierre à l'édifice de la coordination des ordres juridiques. C'est ainsi qu'à côté de l'adaptation des limitations classiques à l'internationalité du litige la Cour a forgé des limitations spécifiques, inhérentes au droit d'accès au juge.

§ II L'adoption de limitations inhérentes au droit d'accès au juge

125. Le droit d'accès au tribunal, implicitement et nécessairement garanti au titre du droit au procès équitable, connaît des limitations implicites calquées sur le modèle des limitations explicites. La Cour les encadre strictement pour les cantonner aux seuls droits inhérents à la Convention, soit ceux qu'elle consacre sans les définir au sens étroit du terme⁵⁷⁴. Si le libellé des articles 17 et 18 ne fait pas obstacle à leur épanouissement dans cette hypothèse⁵⁷⁵, en revanche, dès lors que les restrictions sont textuellement envisagées, il y a lieu d'appliquer la stipulation pertinente, dans toute son étendue, mais uniquement dans la mesure de son

⁵⁷⁴ Voir cependant S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 97, n° 117.

⁵⁷⁵ Par exemple, l'article 3 du Protocole n° 1, qui consacre le droit à des élections libres, implique, du point de vue de la Cour « le droit de vote et celui de se porter candidat à des élections ». À l'instar du droit d'accès, ces droits sont implicites, et, comme si un droit ne pouvait exister indépendamment des possibilités de le limiter, ils ne sauraient être absolus. La Cour précise ainsi, « comme l'article 3 le reconnaît sans les énoncer en termes exprès ni moins encore les définir, il y a place pour des "limitations implicites". Dans leurs ordres juridiques respectifs, les États contractants entourent les droits de vote et d'éligibilité de conditions auxquelles l'article 3 ne met en principe pas obstacle. Ils jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences du Protocole n° 1 ; il lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés » (CEDH 2 mars 1987 requête n° 9267/81 Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Royaume-Uni, § 52 (*Clunet* 1988 p. 849 obs. P. Rolland, *GACEDH* n° 55) ; CEDH 6 avril 2000 requête n° 26772/95 Labita c/ Italie, § 201 ; CEDH 9 avril 2002 requête n° 46726/99 Podkolzina c/ Lettonie, préc., § 33 ; CEDH 11 juin 2002 requêtes n° 25144/94, 26149/95, 26154/95, 27100/95, 27101/95 Selim Sadak et autres c/ Turquie, § 31).

étendue⁵⁷⁶. Il en résulte que la compatibilité avec la Convention de toute mesure ou pratique étatique constitutive d'une ingérence dans l'un quelconque des droits garantis, y compris le droit d'accès, découle obligatoirement du constat de sa légalité, de sa légitimité et de sa nécessité ; si la Convention ménage une place aux limitations implicites, elle ignore la notion de limitations inhérentes. Il convient de distinguer les deux notions.

Les limitations implicites renvoient aux restrictions que peut subir un droit implicitement reconnu à défaut d'avoir un caractère absolu, et, en ce sens, elles ne sont que le reflet des clauses encadrant les atteintes aux droits explicitement définis. Ainsi, à l'instar des paragraphes 2 des articles 8 à 11, l'ingérence étatique dans le droit d'accès au juge ne sera justifiée qu'à la triple condition d'avoir une base légale, de poursuivre un but légitime et de répondre à l'exigence de proportionnalité. Les limitations inhérentes, quant à elles, ont certes un objet identique, c'est-à-dire la reconnaissance de la compatibilité d'une ingérence avec la Convention, mais elles obéissent à une méthodologie qui leur est propre. Elles excluent en effet tout contrôle sur l'ingérence, celle-ci étant admissible simplement parce qu'elle est inhérente à la Convention. En aucun cas, il ne s'agit pour l'État de remettre en cause la qualification d'ingérence de la mesure ou pratique incriminée. Une limitation inhérente ne participe pas de la réduction ou de la délimitation du contenu d'un droit, partant, elle s'éloigne également de la technique utilisée pour certaines stipulations, tels les articles 2 ou 5, qui après l'expression d'un droit, déterminent les cas dans lesquels l'État peut agir sans lui porter atteinte⁵⁷⁷. À la vérité, elles opèrent une réduction du contrôle européen, celui-ci se bornant au constat que l'ingérence est inhérente en raison des implications spécifiques de certaines situations. Par exemple, la détention constitue une ingérence dans la liberté de circulation reconnue à l'article 2 § 1 et 2 § 2 du protocole n° 4, mais est-il nécessaire d'examiner sa conventionnalité au regard du paragraphe 3 ? L'idée étant que, sauf à risquer de

⁵⁷⁶ Cf. par exemple CEDH 28 juin 1984 requêtes n° 7819/77, 7878/77 Campbell et Fell c/ Royaume-Uni, § 90 : « À la vérité, la Cour a reconnu que dans une certaine mesure le droit d'accès aux tribunaux, garanti par l'article 6, peut donner lieu à des restrictions tacitement autorisées. Cette solution s'expliquait cependant par la circonstance qu'il s'agissait d'un droit implicitement consacré par la première phrase de l'article 6 § 1 mais non défini par elle. En outre, à la différence de celle-ci la seconde phrase dresse déjà une liste détaillée d'exceptions. Eu égard aux termes de l'article 17 et à l'importance du principe de publicité, la Cour ne croit pas possible de considérer ce principe comme assorti d'une limitation implicite ainsi que le soutient le gouvernement ».

⁵⁷⁷ Par exemple, l'article 2 énonce en son paragraphe 1 que « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi » et dans son paragraphe 2 que la « mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou insurrection ». Dès lors que le comportement étatique reste dans les limites ainsi circonscrites, le droit à la vie ne souffre aucune atteinte parce qu'il ne s'étend pas à ces hypothèses. Il n'y a aucune ingérence, puisque la structure de cet article obéit à un schéma binaire : ou l'acte de l'État viole l'article 2, ou il ne le viole pas parce qu'il échappe à ses prévisions.

remettre en cause le principe même de la détention, il conviendrait d'éviter l'hypothèse où, statuant concrètement, la Cour l'estime injustifiée du fait de son défaut de nécessité dans une société démocratique. La détention a pour corollaire indispensable des atteintes à la liberté de circulation, ce qui serait de nature à lui reconnaître un statut de limitation inhérente. La Cour s'est néanmoins montrée très ferme par rapport à cette forme de limitation, et sa position s'exprime dans l'affaire *Golder*⁵⁷⁸ à l'occasion d'une réponse à un argument développé par le gouvernement britannique. Ce dernier faisait valoir que la détention du requérant rejaillissait inévitablement sur les autres clauses de la Convention et en particulier sur le droit au respect de la correspondance ; en dehors des ingérences prévues par le paragraphe 2 de l'article 8, ce droit serait soumis à des limitations implicites⁵⁷⁹. La Cour objecta à cette thèse que « *la tournure restrictive dont se sert le paragraphe 2 (...) ne laisse pas place à l'idée de limitations implicites* »⁵⁸⁰. Certes, le terme employé dans l'arrêt n'est pas « inhérent », mais « implicite », néanmoins le débat portait bien sur la question de l'utilité du contrôle européen. D'ailleurs ce n'est qu'en ordre subsidiaire que le gouvernement défendeur a soutenu la conventionnalité de l'ingérence au titre du paragraphe 2 de l'article 8⁵⁸¹. Par conséquent, il appartient à chaque État de démontrer la nécessité des prolongements naturels de certaines situations⁵⁸². Bien évidemment, leurs particularités rejaillissent sur l'examen de proportionnalité, les juges de Strasbourg modulent alors leur contrôle en en tenant dûment compte⁵⁸³. Certaines spécificités du droit international privé reçoivent un tel traitement, ainsi

⁵⁷⁸ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, précité.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, § 44.

⁵⁸⁰ *Ibidem.*

⁵⁸¹ *Ibid.*, § 45.

⁵⁸² Cf. par exemple, Commission 3 mai 1988 requête n° 11389/85 *Morissens c/ Belgique* : la Commission « estime qu'en entrant dans la fonction publique, la requérante a accepté certaines restrictions à l'exercice de sa liberté d'expression, restrictions inhérentes à sa fonction », découlant notamment du devoir de réserve. Pour autant, l'irrecevabilité de la requête découle d'un examen de la proportionnalité de la sanction infligée à la requérante. Cf. également Commission 13 mars 1989 requête n° 12348/86 *J. G. c/ Belgique* : la Commission « estime qu'en entrant dans la fonction publique et plus particulièrement au service du Ministère des Affaires étrangères, le requérant a accepté certaines restrictions à l'exercice de son droit au respect de la vie privée, restrictions inhérentes à ses fonctions de représentation de la Belgique à l'étranger ». Une fois encore, le rejet de la requête intervient après examen de la nécessité de la mesure incriminée. Cependant, la jurisprudence se montre parfois plus indulgente et semble admettre, sans l'énoncer clairement, l'existence de limitations inhérentes (voir, par exemple, Commission 18 janvier 1996 requête n° 27292/95 *Bakhtiar c/ Suisse* : « Le requérant se plaint aussi de ce que son extradition vers les États-Unis a méconnu ses attaches familiales et professionnelles en Suisse. À cet égard, la Commission rappelle sa jurisprudence selon laquelle, dans la mesure où une décision d'extradition affecte nécessairement la vie privée de la personne extradée, elle ne peut pas être considérée comme une ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 8 de la Convention »).

⁵⁸³ Cf. E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marges d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 140 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 55, n° 53.

la déclaration d'incompétence des juridictions étatiques⁵⁸⁴ lorsqu'une organisation internationale oppose son immunité de juridiction. Cependant, l'assouplissement du contrôle classique ne semble pas dépasser cette seule hypothèse. De sorte que la Cour, à d'autres égards, a estimé qu'une incompétence internationale s'analysait en une restriction inhérente au droit d'accès au tribunal. Si quelques arrêts procèdent de la logique⁵⁸⁵ des limitations inhérentes, leur utilisation n'a jamais trouvé un écho clairement favorable en jurisprudence⁵⁸⁶, ce qui accentue le caractère remarquable de leur reconnaissance dans les rapports privés internationaux. Cette théorie, au fort potentiel liberticide, obéit naturellement à de strictes conditions et n'a donc pas vocation à embrasser un grand nombre d'hypothèses.

La première condition tient aux droits susceptibles d'être affectés par des restrictions inhérentes. En précisant que « *de même que le droit d'accès est inhérent à la garantie d'un procès équitable consacré par cet article, de même certaines restrictions à l'accès doivent être tenues pour lui être inhérentes* »⁵⁸⁷, la Cour fait des limitations inhérentes le symétrique des limitations implicites. À l'instar de celles-ci, celles-là ne concernent que les droits que la

⁵⁸⁴ Selon l'analyse de la Cour puisque la doctrine y voit davantage un défaut de pouvoir juridictionnel (cf. *supra* n° 73).

⁵⁸⁵ Cf. CEDH 28 mai 1985 requêtes n° 9214/80, 9473/81, 9474/81 Abdulaziz, Cabalès et Balkandali c/ Royaume-Uni : les requérantes prétendaient que le Royaume-Uni avait enfreint leur droit au respect de leur vie familiale en empêchant leurs maris de les rejoindre. En s'appuyant sur le fait que les États ont le droit de réglementer l'entrée et le séjour des étrangers (§ 67), la Cour estime que « *l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non-nationaux dans le pays* » (§ 68). Dès lors, le refus opposé par l'État défendeur ne saurait s'analyser en une ingérence dans le droit que les individus tirent de l'article 8 (§ 69). Dans leurs opinions dissidentes, les juges Thór Viljálmsson, Bernhardt, Pettiti et Gersing contestent ce raisonnement qui assortit d'une limitation implicite le paragraphe 1 de l'article 8. Si l'ingérence se justifiait, c'est uniquement sur le fondement du paragraphe 2. Cet arrêt participe donc de la logique des limitations inhérentes, tout comme l'arrêt *Gül* (CEDH 19 février 1996 requête n° 23218/94 *Gül* c/ Suisse, §§ 34-43 ; là encore le juge Martens s'est élevé contre ce raisonnement en exprimant son désaccord dans une opinion dissidente). Il semble néanmoins que la Cour ait abandonné cette position. L'arrêt *Sen* examine le refus d'autoriser l'entrée d'un étranger comme une ingérence dans l'article 8 sur le terrain des obligations positives (CEDH 21 décembre 2001 requête n° 31465/96 *Sen* c/ Pays-Bas, préc., § 41).

⁵⁸⁶ Il est possible de voir un tel type de limitation lorsque la Cour affirme que « *l'article 13 ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois d'un État contractant comme contraires en tant que telles à la Convention* » (CEDH 21 février 1986 requête n° 8793/79 *James et a. c/ Royaume-Uni*, § 85 ; CEDH 8 juillet 1986 requêtes n° 9006/80, 9262/81, 9263/91, 9265/81, 9266/81, 9313/91, 9405/81 *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni*, § 206 ; CEDH 25 avril 2002 requête n° 59341/00 *Multigestion c/ France*). Néanmoins, la Cour se garde bien d'employer l'expression de limitation inhérente bien que la solution s'en rapproche fortement. Une telle assertion s'inspire de l'idée de subsidiarité : les États sont libres des moyens à employer pour atteindre le résultat prescrit par les dispositions de la Convention. Dans cette mesure, ils sont libres d'incorporer la Convention dans leur ordre juridique interne. Quoique la Cour estime que l'intention des auteurs de la Convention se reflète le plus fidèlement dans les États qui ont inséré le texte dans leur ordre juridique (CEDH 18 janvier 1978 requête n° 5310/71 *Irlande c/ Royaume-Uni*, § 239), sa position relativement à l'article 13 exclut l'obligation d'une incorporation du texte européen avec une valeur supra-législative (cf. E. KASTANAS, *op. cit.*, p. 109). Cette attitude reste contestable, car s'il est vrai qu'en vertu de la subsidiarité du contrôle européen il appartient en premier lieu aux États de mettre en œuvre la Convention, une autre interprétation de l'article 13 contribuerait à rendre effective cette subsidiarité.

⁵⁸⁷ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 *Fogarty c/ Royaume-Uni*, préc., § 36 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, préc., § 56 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 *Mac Elhinney c/ Irlande*, préc., § 37.

Convention reconnaît sans vraiment les définir. Une telle limitation du champ d'application de la théorie s'inspire d'une louable intention et constitue la seule façon, en apparence, de ne pas trop heurter le texte de la Convention qui, en son article 17, prohibe le recours par les États à des restrictions plus amples que celles prévues à ladite Convention. Or, les limitations inhérentes ne sont rien d'autres que de telles restrictions. Elles posent ainsi un problème d'interprétation de la CEDH. Toutefois, si cette stipulation n'empêche pas le développement des limitations implicites face aux droits implicites, pourquoi n'en irait-il pas de même pour les limitations inhérentes à l'égard de ces droits ? Ce raisonnement, pourtant, ne convainc guère. En effet, une chose est de combler les silences de la Convention, une autre de méconnaître son économie générale. Certains droits n'ont pas de sens sans l'appui d'autres garanties ; si ces dernières ne font l'objet d'aucune mention expresse, il n'y a rien de choquant à les révéler. Et, dans la mesure où nul droit, voire nulle chose, n'est absolu, il convient d'envisager sa limitation. Le respect de l'esprit de la Convention suppose alors de puiser en elle-même le régime de la limitation. Telle est la justification du couple droit implicite/limitation implicite⁵⁸⁸. En revanche, prendre prétexte du caractère implicite d'un droit pour lui affecter un type de limitation totalement étranger à la Convention apparaît fortement discutable. Admettre les restrictions inhérentes pour l'ensemble des droits conventionnellement garantis serait au demeurant doublement contestable, d'une part parce qu'ils sont déjà affectés de clauses permettant leur limitation, et d'autre part, parce que cette limitation, une fois encore, est extérieure aux mécanismes qui régissent le fonctionnement de la Convention. Par conséquent, seules des raisons très fortes sont de nature à conférer un semblant de légitimité aux limitations inhérentes. La seconde condition de leur reconnaissance y satisfait.

De l'avis de la Cour, « *la Convention, y compris son article 6, ne saurait s'interpréter dans le vide. La Cour ne doit pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie de droits de l'homme que revêt la Convention et elle doit tenir compte des principes pertinents du droit international* ». Aussi, « *la Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international dont elle fait partie intégrante* »⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ R. ERGEC et J. VELU, *La CEDH*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 155, n° 199 : « *En tout cas, la doctrine des limitations implicites doit être maniée avec prudence et être soumise aux règles qui gouvernent les restrictions explicites* ».

⁵⁸⁹ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, préc., § 35 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 Al-Adsani c/ Royaume-Uni, préc., § 55 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande, préc., § 36. Notons dès à présent que cette dernière assertion peut avoir des conséquences considérables dans le domaine des conflits entre la Convention et les traités internationaux. La Cour loin d'affirmer la primauté du texte européen précise que la meilleure voie est celle de la conciliation des textes ou des règles en présence.

De ce principe d'interprétation de la CEDH, la Cour déduit qu' « *on ne peut dès lors, de façon générale, considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 des mesures prises par une Haute Partie Contractante qui reflètent des principes de droit international généralement reconnus* »⁵⁹⁰. Les limitations aux droits, et en l'occurrence au droit d'accès, « *généralement admises par la communauté des Nations* » constituent ce que la Cour nomme les limitations inhérentes, dont l'effet est d'exclure le contrôle de proportionnalité⁵⁹¹. Le seul examen auquel se livre la juridiction strasbourgeoise porte sur la nature de la restriction incriminée et se résume à cette seule question : cette restriction est-elle l'expression d'une norme admise par la communauté des Nations ? Pour y répondre, la Cour se réfère à des conventions internationales⁵⁹² ou simplement des projets de convention⁵⁹³, aux travaux de la Commission du droit international⁵⁹⁴ et aux décisions rendues par des juridictions internes ou internationales⁵⁹⁵. De surcroît, les États jouissent d'une marge d'appréciation, si bien que la Cour n'exige pas une attitude universelle, mais simplement générale. Si, relativement à une question, une tendance inverse se dessine dans l'ordre international, la Cour ne constatera pas une violation de la Convention⁵⁹⁶.

126. Dès lors, la théorie des limitations inhérentes apparaît solidement justifiée, en opportunité tout au moins. La Cour ne saurait en effet considérer comme contraire à la Convention des normes ou des pratiques universellement ou quasi-universellement suivies. Ce n'est pas une raison, toutefois, pour renoncer à tout contrôle. La Cour s'assurera au minimum que l'ingérence repose sur une base légale et qu'elle poursuit un but légitime. En outre, il est indispensable qu'elle ne fasse pas preuve de libéralisme dans l'appréciation de la généralité de la situation qui lui est soumise. Cette jurisprudence présente l'avantage de

⁵⁹⁰ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, préc., § 36 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 Al-Adsani c/ Royaume-Uni, préc., § 56 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande, préc., § 37.

⁵⁹¹ Les contrôles de légalité et de légitimité demeurent (cf. CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, préc., § 34 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 Al-Adsani c/ Royaume-Uni, préc., § 54 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande, préc., § 35).

⁵⁹² CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, préc., § 18 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 Al-Adsani c/ Royaume-Uni, préc., § 22 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande, préc., § 18.

⁵⁹³ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, préc., § 20.

⁵⁹⁴ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni, préc., § 19 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 Al-Adsani c/ Royaume-Uni, préc., § 23 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande, préc., § 19.

⁵⁹⁵ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 Al-Adsani c/ Royaume-Uni, préc., § 60 et § 65 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande, préc., § 17.

⁵⁹⁶ Cf. par exemple, CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande, préc., § 38.

prendre en considération l'ordre international, et en cela, elle a un rôle à jouer en droit international privé. Toutefois, il sera forcément réduit, car rares sont les règles du droit international général concernant la compétence judiciaire internationale et encore plus rares celles autorisant une restriction à l'accès aux tribunaux⁵⁹⁷. Et, en consacrant la prohibition du déni de justice, il est même douteux qu'une telle règle restrictive se rencontre. Il existe pourtant un cas et c'est précisément à propos de celui-ci que la Cour a admis la théorie des limitations inhérentes : l'immunité de juridiction des États⁵⁹⁸. Sans enfreindre la Convention, les juridictions internes ont donc la possibilité de refuser de juger un litige dans lequel un État est impliqué au motif qu'il oppose son immunité de juridiction. Peu importe que l'individu dispose d'un recours ailleurs, puisque l'immunité en cause exclut l'examen de proportionnalité. Or, l'existence d'une autre voie raisonnable est une donnée pertinente seulement pour la détermination de la nécessité du refus des juridictions internes de statuer, pas pour celle de l'admission générale d'un tel refus par la communauté des nations⁵⁹⁹. Le raisonnement se justifie sûrement par son pragmatisme⁶⁰⁰, mais il est regrettable qu'il légitime, au terme d'un examen somme toute assez sommaire, une entrave aussi manifeste au droit d'accès. Ainsi que le souligne le juge Loucaides dans ses opinions dissidentes sous les arrêts *Fogarty*, *Al-Adsani* et *Mac Elhinney*, « une immunité générale qui fait automatiquement obstacle à l'accès à un tribunal sans que celui-ci ait aucunement la latitude d'examiner des intérêts concurrents par rapport aux faits de chaque espèce, y compris ceux afférents à la revendication elle-même, ne se concilie pas avec le droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 de la Convention ». Cette jurisprudence se borne donc à suivre le consensus mondial sur la question. Tout au plus sera-t-elle susceptible de remettre en cause

⁵⁹⁷ De plus, une telle méthode n'est sans doute pas la plus adéquate au droit international privé, car, si elle intègre les intérêts de l'ordre international, elle délaisse un peu trop les intérêts des individus par l'exclusion du contrôle de proportionnalité. Or, la satisfaction d'une saine coordination des ordres juridiques suppose une mise en balance effective de ces intérêts.

⁵⁹⁸ Théorie qui vaut aussi pour l'immunité d'exécution, mais selon un raisonnement parfois curieux dans la mesure où la Cour couple l'idée d'une limitation inhérente avec un examen de proportionnalité (CEDH 12 décembre 2002 requête n° 59021/00 Kalogeropoulou et autres c/ Grèce et Allemagne, affaire relative au refus opposé par l'État grec de permettre aux requérants d'engager une procédure d'exécution forcée afin de recouvrer leur créance reconnue judiciairement à l'encontre de l'État allemand). Comp. CEDH 3 mars 2005 requête n° 60861/00 Manoilescu et Dobrescu c/ Roumanie et Russie : l'immunité d'exécution des États étrangers en ce qui concerne les biens affectés aux missions consulaires ou diplomatiques *sis* dans l'État du for constitue une limitation inhérente au « droit d'accès (...) à un tribunal (sic !) » (§ 81). La motivation de la Cour ne contient aucune référence à la proportionnalité.

⁵⁹⁹ En effet, si la Cour y fait référence dans l'affaire *Mac Elhinney* au paragraphe 39 ce n'est que surabondamment puisqu'elle est étrangère aux éléments à prendre en compte définis au paragraphe 37 auxquels le seul paragraphe 38 se rattache. D'ailleurs, dans les affaires *Fogarty* et *Al-Adsani*, la Cour s'est totalement désintéressée de la question de savoir si les requérants disposaient d'un recours effectif dans l'État contre lequel ils agissaient.

⁶⁰⁰ Cf. l'opinion concordante du juge Zupancic sous l'arrêt *Al-Adsani*.

les immunités de juridiction accordées aux États sur leur seule qualité d'État puisque aujourd'hui la majorité des membres de la communauté internationale opèrent une distinction entre les formes d'action étatique à l'origine du litige : seuls les actes *jure imperii*⁶⁰¹ relèvent de l'immunité à l'exclusion de ceux *jure gestionis*⁶⁰². Pour ces derniers, par manque de généralité et donc à défaut de constituer des limitations inhérentes, leur compatibilité avec l'article 6 de la Convention découlera d'un examen de proportionnalité, qui, selon toute vraisemblance, suivra celui élaboré pour le contrôle de l'immunité de juridiction des organisations internationales. Quoiqu'une telle extension rencontre des opposants⁶⁰³, l'allusion de la Cour à l'existence d'autres voies raisonnables dans l'affaire *Fogarty* semble être un indice allant dans ce sens.

127. La retenue judiciaire manifestée par la Cour au regard de l'immunité de juridiction des États inspire tout à la fois confiance et déception. Confiance, car l'attitude de la Cour montre qu'elle cherche davantage à développer une jurisprudence compréhensive face à l'élément d'extranéité plutôt qu'à ruiner les entreprises de coordination menées par les États depuis des siècles. Cela renforce l'idée selon laquelle les droits de l'homme ne vont pas bouleverser le droit international privé et que celui-ci peut bénéficier de leur apport. Ce dernier élément fait toutefois défaut dans le domaine de l'immunité de juridiction des États, et, en ce sens, cette attitude se révèle décevante. L'évolution générale du droit international privé est marquée par une meilleure prise en compte de l'intérêt des individus lequel oriente ses solutions les plus récentes ; en tant qu'instrument de défense des droits individuels, la Convention devrait naturellement accompagner et renforcer cette tendance. Or, confrontée au résidu d'une conception souverainiste du conflit de juridictions, la Convention s'incline devant la tradition. Bien sûr, il aurait été sans doute peu efficace de procéder à un contrôle du type de celui exercé

⁶⁰¹ La Cour relève d'ailleurs dans l'affaire *Mac Elhinney* qu'« on ne peut assurément pas dire que l'Irlande soit seule à estimer que l'immunité s'applique en cas d'actions pour dommages ainsi causés *acta jure imperii* ou, qu'en accordant cette immunité, elle se démarque de normes internationales actuellement admises » (CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 *Mac Elhinney c/ Irlande*, préc., § 38).

⁶⁰² B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} édition, 2000, p. 355, n° 403 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 637, n° 480 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 227, n° 324. Voir également, Chambre Mixte 20 juin 2003 *Soliman* JCP 2004.II.10010 note J.-G. Mahinga, RCDIP 2003 p. 647 note H. Muir Watt ; en revanche, l'immunité de juridiction des organisations internationales est, hormis les cas éventuellement précisés par l'accord de siège, absolue (cf. Civ. 1^{ère} 28 octobre 2003 *Union Latine* RCDIP 2004 p. 773 note S. Clavel).

⁶⁰³ Cf. l'opinion dissidente du juge Loucaides sous l'affaire *Fogarty* : « À mon sens, face à une plainte pour violation de la Convention, la Cour doit examiner la cause uniquement par rapport à l'ordre juridique de l'État défendeur ». Peu importe que le requérant dispose d'un recours au Royaume-Uni contre le ministre de la défense. « Je trouve inéquitable autant qu'étrange d'escompter du requérant qu'il s'adresse à un autre État pour résoudre son problème, c'est à dire l'absence d'accès à un tribunal dans son propre pays, contre lequel la demande est dirigée ».

sur l'immunité de juridiction des organisations internationales lorsque l'État qui invoque son immunité est extérieur au Conseil de l'Europe. La Cour ne possède, en effet, aucune ressource pour lui imposer la compétence de ses juridictions. En revanche, cette même retenue perd en opportunité dans l'hypothèse où la situation se développe dans les limites d'un espace sur lequel elle dispose d'une maîtrise théorique. Manifester une certaine clémence à l'égard du Koweït⁶⁰⁴ ou des États-Unis d'Amérique⁶⁰⁵ se comprend plus aisément qu'à l'égard du Royaume-Uni⁶⁰⁶. Que la Cour accepte, sans même se soucier du sort de l'individu impliqué dans le litige, qu'un État ne puisse être jugé par un autre État s'il n'y a pas consenti représente sans doute une concession raisonnable faite à l'intérêt étatique et à celui de l'ordre international. Sans doute s'agit-il également de la concession maximum du système européen des droits de l'homme faite à un État Partie. Ici, considérer le devenir de l'individu a un sens. La personne qui attrait devant les juridictions françaises un État membre du Conseil de l'Europe ne saurait se satisfaire d'une indemnité pour rupture d'égalité devant les charges publiques en compensation de la restriction apportée à son droit de saisir les tribunaux en matière civile. L'argent n'est pas un remède, ou à tout le moins n'est pas le remède ultime qui panse toutes les blessures et soigne tous les maux. Un juste équilibre entre les droits de l'individu et l'intérêt général consiste alors à s'assurer que cette personne a la faculté d'utiliser une autre voie de droit, donc de bénéficier d'un accès effectif aux juridictions de l'État contre lequel il souhaite agir. Un tel raisonnement a trouvé sa place dans l'affaire *Mac Elhinney*. La Cour a vérifié que l'individu pouvait saisir les juridictions britanniques. Suivant la démarche adoptée par la Cour, il apparaît que cette vérification n'a eu aucun poids, ou si peu, dans sa décision. Toutefois, elle constitue certainement un signal indiquant une évolution probable du contrôle européen dans ce cas particulier. D'ailleurs, nulle incise de cette nature ne figure dans les affaires *Al-Adsani* et *Fogarty* qui mettaient en cause respectivement le Koweït et les États-Unis d'Amérique, soit des États tiers à la Convention à l'égard desquels la Cour ne pouvait étendre son office. À terme, elle pourrait donc être amenée à infléchir sensiblement le régime des limitations inhérentes. Leur altération pressentie dans l'affaire *Mac Elhinney* émerge également dans un contexte interne ainsi que le montre l'arrêt *Ernst contre la Belgique*⁶⁰⁷ à l'occasion duquel la Cour s'est prononcée sur le privilège de juridiction accordé aux magistrats selon une motivation qui ne laisse pas de surprendre. En effet, au titre des illustrations de leur mise en œuvre elle cite l'immunité de juridiction d'une

⁶⁰⁴ Affaire *Al-Adsani*.

⁶⁰⁵ Affaire *Fogarty*.

⁶⁰⁶ Affaire *Mac Elhinney*.

⁶⁰⁷ CEDH 15 juillet 2003 requête n° 33400/96 *Ernst et autres c/ Belgique*.

organisation internationale par référence à l'affaire *Waite et Kennedy contre l'Allemagne*⁶⁰⁸ qui est pourtant totalement étrangère à leur logique. La crainte d'un revirement de jurisprudence sous l'effet d'une interprétation délibérément dévoyée se dissipe heureusement dans la suite du raisonnement à la faveur d'une évolution affectant le mécanisme des limitations inhérentes. La mention de l'affaire *Waite* permet en réalité à la Cour d'amplifier son contrôle pour y introduire la vérification de l'existence d'autres voies raisonnables⁶⁰⁹. En l'espèce, puisque les requérants n'avaient pas été privés de toute action en réparation, le déclinatoire de compétence consécutif au privilège de juridiction ne constituait pas un manquement au droit d'accès au juge garanti par l'article 6 § 1⁶¹⁰. Il reste à la juridiction strasbourgeoise de confirmer clairement sa nouvelle orientation en ce qui concerne les situations présentant un élément d'extranéité.

128. La déception éprouvée à la lecture des arrêts relatifs à l'immunité de juridiction des États ne sera peut-être que de courte durée puisqu'ils portent en eux deux facteurs d'évolution.

Le premier est subordonné à l'action des États. La Cour va nécessairement suivre les modifications apportées aux normes internationales à l'origine desquelles le positivisme volontariste reste prépondérant. Si bien que les immunités de juridiction accordées dans les cas particuliers soumis à la Cour n'ont pas vocation à conserver définitivement leur caractère de limitation inhérente. La restauration du contrôle de proportionnalité suivra la nouvelle position des États sur une question donnée.

Le second dépend de la témérité de la Cour. Le rapprochement des arrêts *Fogarty* et *Al-Adsani*, d'une part, et de l'arrêt *Mac Elhinney*, d'autre part, fait apparaître une différence sensible de motivation qui laisse entrevoir un contrôle à deux vitesses. Il est minimum lorsque la situation est appelée à évoluer sur un espace à l'égard duquel la Cour n'a aucune emprise, soit lorsque l'État qui oppose l'immunité est tiers à la Convention. Faute d'effectivité, une décision de la juridiction strasbourgeoise à son propos ne présenterait en effet guère d'utilité. Il est en revanche maximum lorsque la Cour peut assurer le suivi de la situation, soit lorsque l'État qui oppose l'immunité est partie à la CEDH. Contrairement à l'hypothèse précédente, la

⁶⁰⁸ *Ibid.*, § 52.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, §§ 53 et s..

⁶¹⁰ La volonté de paralyser les effets radicaux des limitations inhérentes se manifeste également à l'égard de l'immunité parlementaire (cf. CEDH 30 janvier 2003 requête n° 40877/98 Cordova c/ Italie : si la Cour qualifie l'immunité parlementaire de limitation inhérente (§ 60), elle suit néanmoins le raisonnement élaboré à l'occasion des affaires *Waite et Kennedy* et *Beer et Regan* (§§ 61 et s.) ; en l'espèce, constatant que le requérant n'avait aucune possibilité d'obtenir réparation de son préjudice, elle conclut à la violation de l'article 6 § 1).

Cour a alors la possibilité concrète de vérifier que cette institution tendant au respect de la souveraineté étatique n'a pas porté atteinte à la substance même du droit d'accès au tribunal. En outre, la jurisprudence de la Cour doit continuer à susciter le sentiment de confiance premièrement relevé, c'est-à-dire contribuer à l'amélioration des relations privées internationales sans en bouleverser l'économie.

129. En toute hypothèse, il importe que les individus aient accès à un tribunal. Cependant, les exigences des droits de l'homme débordent ce seul aspect. Il ne suffit pas que le droit d'accès soit effectif, encore faut-il que la compétence internationale ainsi affirmée se révèle compatible avec le droit au procès équitable. Les critères sur lesquels se fonde la compétence internationale sont alors susceptibles de contrôle.

Chapitre II L'exigence d'un juge équitablement compétent

130. Depuis un certain nombre d'années, le centre de gravité de la relation privée internationale s'est sensiblement déplacé. Traditionnellement, du point de vue de Savigny et de l'harmonie internationale des solutions, le lieu du procès se caractérise par sa relative neutralité. L'essentiel consiste à assurer aux individus une solution juridictionnelle dont ils pourront se prévaloir partout ou tout au moins au sein de tous les ordres juridiques dans lesquels la situation est appelée à se développer⁶¹¹. D'autres semblaient considérer la question de la détermination du juge internationalement compétent comme un faux problème. Ainsi, M. Pierre Mayer estime « *qu'aucun État n'est incompétent pour prononcer un jugement sur un litige quelconque, car de deux choses l'une : ou bien ce jugement peut être exécuté sur son territoire et il est précisément le seul à pouvoir habiliter les organes de contrainte à procéder de force à cette exécution ; ou bien le jugement ne peut être exécuté sur son territoire et il n'en résultera d'effets réels pour les sujets de droit que si un État doté du pouvoir de contrainte décide (ce qu'il a toujours la liberté de faire ou de ne pas faire) de lui donner effet sur son territoire* »⁶¹². Néanmoins, actuellement, on a l'impression, souligne M. Picone, que « *le centre de gravité du conflit n'[est] plus désormais constitué par la recherche de la loi applicable, mais par celle du tribunal le plus approprié pour régler les différentes catégories de litiges entre les sujets privés* »⁶¹³. En effet, le rapprochement des législations internes observé dans certaines matières, auquel la CEDH n'est pas étrangère à l'égard des États membres du Conseil de l'Europe, aboutit à la constitution d'une communauté de droit au sens savignien du terme, ce qui ouvre la voie à l'universalisme⁶¹⁴. La loi étrangère peut être appliquée plus facilement et les cas d'intervention de l'ordre public international se réduisent. Du fait de la similitude des principes inspirant les normes des différents États, le problème du

⁶¹¹ Ainsi, peu importe le juge premier saisi, l'objectif étant précisément d'obtenir une solution identique quel que soit le juge appelé à se prononcer. La solution au fond prime, c'est-à-dire la résolution du conflit de lois. Pour autant les problèmes de conflit de juridictions ne sont pas totalement délaissés puisque dans un très grand nombre de systèmes, le contrôle de la régularité internationale des décisions étrangères intègre, selon des modalités fort diverses, l'examen de la compétence du juge étranger.

⁶¹² P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979 p. 552.

⁶¹³ P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 1999 tome 276, p. 259. En ce sens également, voir É. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1995 tome 251 p. 47.

⁶¹⁴ Notamment dans le domaine du divorce et de la filiation ; cf. J.-M. BISCHOFF, « Rapport général », in *Travaux de l'association Henri Capitant. Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (journées turques)*. Tome XXXIX 1988, Economica, 1990, p. 404.

conflit de lois « *perd de son importance et de son acuité* »⁶¹⁵. L'essentiel est donc de bien apprécier les faits, de mesurer au mieux les intérêts en présence et de déterminer ceux qui appellent une protection particulière. Dans cette perspective, le problème de l'accès international à la justice ne se limite pas à fournir aux individus un juge qui statuera sur leur cause, mais s'étend à la localisation de ce dernier. Il est nécessaire qu'il apparaisse comme un ou le juge adéquat pour exercer cet office⁶¹⁶.

131. Deux principaux éléments révèlent l'importance de cette recherche. D'une part, dès lors que la compétence du juge étranger figure parmi les conditions de la régularité internationale des décisions qu'il prononce, l'entreprise participe à l'amélioration de la circulation des décisions de justice. En effet, bien qu'il n'existe aucun lien logique entre les problèmes de compétence directe et de compétence indirecte⁶¹⁷ et que, du fait de l'exclusivisme et du pluralisme des ordres juridiques, chaque État détermine librement les compétences étrangères qu'il est disposé à accepter, il n'est pas absurde de penser qu'un État ne s'opposera jamais à une compétence que l'on peut qualifier de raisonnable, soit celle exercée par un juge approprié⁶¹⁸. D'autre part, il s'agit de prendre en compte l'intérêt des plaideurs à une justice commode, rapide et la moins onéreuse possible. Depuis fort longtemps, cette considération inspire la doctrine pour critiquer certains chefs de compétence. C'est ainsi que Fragistas affirmait, à propos de la compétence fondée sur la signification de l'exploit introductif d'instance à la personne qui se trouve sur le territoire, que « *ce principe (...)*

⁶¹⁵ J.-M. BISCHOFF, *loc. cit.*, p. 405.

⁶¹⁶ Bien souvent, la mise en œuvre généralisée de la *lex fori* en sera la conséquence. Sur cette méthode de coordination, cf. P. PICONE, *loc. cit.*, p. 143 et s..

⁶¹⁷ « *La première conclusion de cette étude est que l'on doit débarrasser le problème dit de la compétence indirecte d'une donnée fautive : le prétendu lien logique entre le régime de contrôle de la compétence du juge étranger et les règles de compétence directe du pays d'origine du jugement ou du pays de reconnaissance. Un tel lien n'existe pas. Il ne s'impose ni de vérifier la compétence du juge étranger d'après la loi de celui-ci ni d'appliquer indirectement les règles de compétence directe du pays de reconnaissance* » (D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970, p. 407).

⁶¹⁸ C'est d'ailleurs l'un des motifs autour desquels s'articule la critique des fors exorbitants (cf. par exemple, A. MIAJA DE LA MUELA, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI* 1972 volume I p. 46, p. 80). Par exemple, la règle qui fonde la compétence des tribunaux d'un État pour cela seul que l'une des parties au litige possède la nationalité de cet État a très peu de chances d'être acceptée à l'étranger. La suspicion sous-jacente de partialité qui plane sur le juge étranger (cf. N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI* 1961 volume III p. 198) est à double tranchant, car, à l'inverse, les juges étrangers adopteront à leur tour une attitude de défiance à l'égard de ce type de compétence. La protection qu'elle est censée offrir aux nationaux pourra ainsi être illusoire, la décision obtenue ne valant qu'au regard du for (cf. D. COHEN, « La CEDH et le droit international privé », *RCDIP* 1989 p. 455). Au-delà, indépendamment des intérêts des individus, ce chef de compétence peut se révéler particulièrement néfaste pour les relations privées internationales et une saine coordination des ordres juridiques.

*s'avère en pratique, dans certains cas, inéquitable (...) »*⁶¹⁹, en raison de son inaptitude à compenser les contraintes procédurales qu'il fait peser sur le défendeur à l'instance. Excepté la certitude qu'il induit quant à la connaissance de l'instance par le défendeur, il confère un trop grand avantage au demandeur. Or, une règle de compétence internationale raisonnable doit conduire à instaurer un équilibre entre les intérêts respectifs et souvent contradictoires des parties à l'instance. En somme, dans cette recherche du juge internationalement adéquat, du point de vue de la circulation des décisions de justice ou des parties, la résolution du problème de la compétence internationale tend essentiellement à la satisfaction d'intérêts privés et non à la défense de la souveraineté étatique.

132. Le droit américain illustre parfaitement le souci d'instaurer des règles de compétence internationale qui assurent un équilibre entre les parties au procès. Ainsi, en simplifiant, alors qu'à l'origine⁶²⁰ seules les situations soumises à la puissance territoriale de l'État⁶²¹ relevaient de la compétence des juridictions américaines⁶²², en 1945, la Cour Suprême a substitué au concept de puissance celui d'équité, livrant ainsi une nouvelle interprétation de la *due process clause* contenue dans le XIV^{ème} Amendement de la Constitution⁶²³. Dès lors, la compétence des juridictions se trouvait subordonnée à la double condition qu'il existât des liens unissant le défendeur au for et que l'exercice de cette compétence présentât un caractère raisonnable⁶²⁴. Les systèmes de droit civil, quant à eux, ont suivi une autre voie dans le traitement des questions de compétence internationale, ce qui s'explique essentiellement par

⁶¹⁹ N. FRAGISTAS, *loc. cit.*, p. 218.

⁶²⁰ *Pennoyer v. Neff*, 95 US 714 (1878) www.findlaw.com/caselaw/supreme.html.

⁶²¹ En ce sens que la présence d'une personne ou d'un bien sur le territoire d'un État suffit à fonder la compétence de ses juridictions.

⁶²² P. SCHLOSSER, « Jurisdiction in international litigation. The issue of human rights in relation to national law and to the Brussels convention », *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXIV, 1991, p. 12. Pour une analyse plus détaillée du droit américain de la compétence judiciaire interétatique et internationale, cf. A. MIRANDES, *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des États-Unis*, Économica, 2002, en particulier la première partie relative à l'évolution des fondements des règles de compétence, p. 29 et s..

⁶²³ *International Shoe v. Washington*, 326 US 310 (1945) www.findlaw.com/caselaw/supreme.html. Sur cette évolution cf. C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, n° 36 et s., p. 54 et s. ; A. MIRANDES, *op. cit.*, première partie, p. 29 et s. ; L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 107 et s., n° 85 et s..

⁶²⁴ A. MIRANDES, *op. cit.*, p. 87, n° 125. Cette nouvelle orientation n'a pas pour autant fait disparaître les chefs de compétence traditionnels, et son effet bénéfique, du point de vue de la justice procédurale, reste sujet à caution (cf. C. CHALAS, *op. cit.*, n° 42 et s., p. 62 et s. : il en est résulté une extension insuffisamment contenue de la compétence des juridictions américaines, ce qui explique en partie le développement et le succès de la doctrine du *forum non conveniens* en tant qu'instrument de modération des compétences jugées déraisonnables).

une tradition différente⁶²⁵. D'une manière générale, ils ont privilégié l'élaboration de règles de compétence internationale générales et abstraites afin de réaliser l'objectif d'équilibre. La transposition dans l'ordre international des chefs de compétence territoriale internes, les règles propres à la compétence internationale ou encore les règles contenues dans les conventions internationales poursuivent un objectif procédural⁶²⁶, de sorte que cet ensemble normatif est censé être établi équitablement pour les différents plaideurs⁶²⁷. Par conséquent, à la différence du droit américain, la recherche d'équité n'est pas affirmée, mais seulement présumée, sous-entendue. Si cette approche se vérifie globalement, elle supporte cependant de nombreuses et importantes exceptions, en particulier en faveur des nationaux, par le biais de chefs de compétence dits exorbitants. Or, dans la mesure où la compétence internationale est conçue de manière rigide sans que le juge qu'elle désigne ait la faculté de la décliner, ce dernier se trouve dans l'obligation d'entériner le déséquilibre dont elle est éventuellement porteuse. C'est dans ce contexte que le juge peut trouver dans la Convention européenne des droits de l'homme un instrument équivalent à la *due process clause* lui permettant d'invalider ce type de compétence ou tout au moins d'en restreindre le domaine⁶²⁸.

133. En effet, à l'occasion d'une décision *B. A. contre le Royaume-Uni* rendue en 1976, la Commission EDH a mis en lumière l'influence que le texte européen pouvait exercer sur la détermination du juge internationalement compétent. Le requérant, citoyen grec, considérait que lui-même et sa fille, également de nationalité grecque, avaient été privés de leur juge naturel, soit le juge grec, du fait de l'affirmation de leur compétence par les juridictions britanniques pour statuer sur des demandes les concernant⁶²⁹. Les commissaires européens ont alors estimé qu' « *en supposant que, dans certains cas, un problème concernant la compétence et les critères sur lesquels elle peut être fondée, doit être envisagé en vue de*

⁶²⁵ Aux États-Unis d'Amérique, le règlement de la compétence internationale a été développé à partir du droit international alors qu'en Europe il a procédé d'une extension des solutions admises dans l'ordre interne (cf. A. MIRANDES, *op. cit.*, p. 49, n° 63).

⁶²⁶ D. HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 357, n° 384. Cet objectif procédural est le fruit de l'évolution du droit français de la compétence internationale, délaissant une conception publiciste de la question pour en privilégier une conception privatiste (*Ibid.*, p. 337 et s., n° 373 et s.).

⁶²⁷ P. SCHLOSSER, *loc. cit.*, p. 12.

⁶²⁸ Les gardiens de la Convention trouveraient dans l'exemple américain une source d'inspiration utile, d'autant plus, qu'à l'occasion, ils n'hésitent pas à conforter leurs opinions par référence à la jurisprudence de la Cour Suprême (sur ce point, cf. J.-F. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *RTDH* 2005 p. 313 ; *Id.*, « Variations autour de l'influence *extra-muros* de la Convention européenne des droits de l'homme », in J.-F. Flauss (dir.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit des États tiers*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 129, spéc. p. 131).

⁶²⁹ En l'occurrence une demande formée par le requérant tendant à une modification de la garde de sa fille et l'action en divorce introduite par l'épouse du requérant.

l'application de l'article 6 de la Convention, force est de reconnaître dans le cas présent que le fait que la fille du requérant vit avec sa mère au Royaume-Uni, ajouté au fait que sa mère est de nationalité britannique, constitue pour la compétence des tribunaux britanniques un lien suffisant au regard des principes généraux du/de⁶³⁰ droit international »⁶³¹. À notre connaissance, il n'existe aucune autre décision des organes de Strasbourg relative aux problèmes que la détermination de la compétence internationale soulève au regard de la Convention. Certes, cette décision est ancienne, mais sa pertinence ne semble pas devoir être remise en cause pour cet unique motif. Jusqu'à la décision *Bayrak*⁶³², elle était également la seule à avoir affirmé que l'article 6 ne comportait pas un droit illimité de choisir le tribunal compétent. Or, la Cour européenne a repris à son compte ce raisonnement en faisant une référence explicite à cette décision de 1976 qui n'est donc pas tombée dans l'oubli. Ainsi, il n'est pas à exclure que, le jour où une question du même ordre se posera devant la Cour, elle confirme le point de vue alors exprimé par la Commission EDH⁶³³. Bien que cette dernière ait déclaré la requête manifestement mal fondée, sa motivation est remarquable. Elle établit un lien *a priori* peu évident entre les droits fondamentaux et la détermination du juge internationalement compétent. Pour autant, elle n'a pas tiré de la Convention une règle européenne de compétence internationale, mais davantage une norme de contrôle de la compétence internationale. Par une lecture *a contrario* de la décision, il apparaît que le respect de l'article 6 de la Convention, qui consacre le droit à un procès équitable, subordonne l'exercice de la compétence internationale à l'existence d'un lien suffisant. Les droits de l'homme rejoignent alors la justice du droit international privé qui « *demande que la situation soit soumise à un tribunal ou une autorité qui ne soit pas dépourvu de liens avec elle* »⁶³⁴. L'objectif de localisation, facteur de cohérence de l'ordre international⁶³⁵, devient alors une valeur matérielle. En mêlant les droits fondamentaux, la compétence internationale et les principes du/de droit international, les membres de la Commission EDH ont posé une

⁶³⁰ Sur l'hésitation quant à la traduction précise de ce passage, cf. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I, § II, n° 157 et s..

⁶³¹ Commission 13 mai 1976 requête n° 6200/73 B. A. c/ Royaume-Uni : « *Assuming that, in certain cases, a problem concerning the jurisdiction and the criteria on which it may be based must be considered for the application of Article 6 of the Convention, one must recognise in the present case that the fact that the applicant's daughter lives with her mother in the United Kingdom, added to her mother's British nationality, constitutes for the jurisdiction of the British courts a sufficient link according to general principles of international law* ».

⁶³² CEDH 6 juillet 2000 requête n° 27937/95 Murat Bayrak c/ Allemagne.

⁶³³ Ce qui explique pourquoi la décision *B. A.* guide entièrement les développements qui suivent.

⁶³⁴ P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1986 tome 196 p. 127.

⁶³⁵ Potentiellement, il contribue à tempérer l'unilatéralisme des règles de compétence. Il a en effet vocation à limiter le nombre de juridictions compétentes pour un même litige, et par voie de conséquence, à prévenir le risque d'une inconciliableté de décisions.

exigence capitale au regard de la compétence internationale dont les potentialités restent encore difficiles à évaluer tant ses fondements (section I) et son contenu (section II) demeurent incertains.

Section I Les fondements de l'exigence d'un lien suffisant

134. L'exigence d'un lien suffisant puise sa source dans deux éléments complémentaires. La Commission EDH s'appuie au premier chef et naturellement sur la Convention pour constater en ordre subsidiaire qu'une solution identique aurait résulté des principes généraux du/de droit international. Ce point de vue suscite certaines interrogations relativement à l'identification précise des points de concordance entre le droit européen des droits de l'homme et le droit international. À cet égard, l'affaire *B. A.* reste assez elliptique, le requérant n'ayant fondé son argumentation sur aucune disposition particulière de la Convention. Face à cette carence, la Commission EDH a examiné la requête, sans autre indication, sous l'angle de l'article 6 de la Convention alors même qu'il ne contient aucune allusion à la détermination de la compétence. Antérieure au déroulement du procès et indépendante de l'organisation structurelle de la juridiction saisie, plusieurs auteurs en ont déduit que l'appréciation des problèmes de compétence internationale relevait du droit implicite d'accès au tribunal⁶³⁶. Une telle position n'emporte pas la conviction. Certes, le droit d'accès suppose, pour son effectivité, qu'un juge se reconnaisse compétent. Cependant, l'exigence d'un lien suffisant n'a pas pour objet principal de permettre l'affirmation d'une compétence. Elle tend seulement à vérifier que celle-ci ne heurte pas les garanties conventionnelles. Dans l'affaire *B. A.*, le requérant avait eu un accès effectif aux juridictions britanniques. Sa contestation portait davantage sur les éléments qui les avaient conduites à se reconnaître compétentes. Dans la mesure où la Commission EDH n'a pas considéré la requête incompatible *ratione materiae* avec l'article 6, il en découle que celui-ci renferme implicitement des éléments relatifs à la compétence. Ces derniers relèvent nécessairement du droit général au procès équitable, qui constitue tout à la fois une expression synthétisant l'ensemble des dispositions matérielles de l'article 6⁶³⁷ et un droit autonome utilisé par les

⁶³⁶ D. COHEN, *loc. cit.*, p. 451 ; F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 218 ; L. SINOPOLI, *op. cit.*, p. 123 et s..

⁶³⁷ G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 394 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. 80.

organes strasbourgeois afin d'enrichir le contenu matériel de l'article 6 § 1⁶³⁸. Ce sont ainsi les exigences relatives à la compétence internationale issues du droit au procès équitable (§ I) qui se trouvent en accord avec les principes généraux du/de droit international dont la mention, en l'état actuel de la recherche⁶³⁹, génère une certaine perplexité (§ II).

§ I Le droit général au procès équitable

135. L'exigence d'un lien suffisant permet de vérifier la compatibilité de l'exercice d'une compétence internationale avec la CEDH et repose en premier lieu sur l'article 6 qui consacre le droit à un procès équitable. La disposition invoquée par la Commission EDH est sans doute adéquate, les questions de compétence faisant partie intégrante du procès. En revanche, déterminer en quoi la compétence internationale participe au déroulement équitable de l'audience laisse plus sceptique, d'autant que l'article 6 ne comporte explicitement aucune exigence relative à ce problème. En ce sens, l'affirmation prouve trop. Ce constat n'est pourtant pas de nature à clore définitivement le débat. Depuis fort longtemps déjà, la jurisprudence des organes de la Convention enseigne que les droits conventionnellement garantis ne se limitent pas à la lettre des différents articles. Ceux-ci renferment des prolongements implicites nécessaires à leur effectivité. L'exigence d'un lien suffisant au regard de la compétence internationale constitue l'un de ces prolongements nécessaires à l'effectivité du droit général au procès équitable (A). À ce titre, l'équilibre entre les parties à l'instance doit exister à tous les stades de la procédure, y compris les plus primaires, telle la compétence (B).

A Un prolongement du droit au procès équitable

136. À première vue, la CEDH est indifférente aux problèmes de compétence des juridictions nationales. Aucune disposition ne s'y réfère, hormis l'article 5 § 1 a)⁶⁴⁰ dont les prescriptions n'intéressent pas les relations privées internationales. Rattacher les questions de

⁶³⁸ G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 431.

⁶³⁹ Cf. par exemple, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, LGDJ, 1997.

⁶⁴⁰ Article 5 § 1 : « Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ». Au demeurant, les juges européens n'exercent qu'un contrôle restreint sur cette question (par exemple Commission 11 décembre 1990 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, § 120) qui, en outre, soulève rarement des difficultés, les requérants ne contestant jamais ou presque le fait que leur condamnation a été prononcée par un tribunal incompétent.

compétence internationale à l'article 6 constitue donc une extension matérielle de la Convention. En soi, le procédé n'est pas nouveau, la Cour et la Commission EDH ont su, au fil de leur jurisprudence, enrichir la Convention par une lecture constructive de ses dispositions⁶⁴¹. C'est ainsi qu'au-delà de la lettre du texte, son but et son objet ont conduit à la reconnaissance de nombre de garanties implicites, soit qu'elles constituaient des amplifications naturelles des stipulations conventionnelles⁶⁴², soit qu'elles apparaissaient comme des éléments nécessaires à l'effectivité de certains droits⁶⁴³. La Cour manifeste néanmoins une certaine retenue dans son œuvre interprétative en se refusant à consacrer des droits que les rédacteurs avaient manifestement voulu exclure du domaine de la Convention⁶⁴⁴, limite sans objet en ce qui concerne la localisation du juge saisi. En conséquence, aucun obstacle majeur ne s'opposait à ce que la Commission EDH examine de sa propre initiative⁶⁴⁵ la compétence internationale et les critères sur lesquels elle peut être fondée du point de vue de l'article 6 de la Convention. Cette référence lapidaire quoique justifiée *a priori*, car la compétence intéresse assurément le procès en général, laisse en suspens la question du fondement exact de l'exigence d'un lien suffisant. Cette stipulation contient en effet de nombreuses garanties dont les implications sont sensiblement différentes. Dès lors, il importe d'identifier le fondement adéquat afin d'apprécier correctement l'incidence de la Convention sur la détermination du juge internationalement compétent. Dans la mesure où l'exigence du lien suffisant n'a fait l'objet que d'une seule application jurisprudentielle, elle suscite en effet de nombreuses interrogations. Faute de décisions des organes de Strasbourg sur lesquelles s'appuyer, il convient de se référer aux principes fondateurs de cette exigence pour en déduire les éléments de son régime ou ce qui en fait la

⁶⁴¹ Cf. par exemple J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p. 32 et s..

⁶⁴² Dont certaines, néanmoins, sont loin de s'imposer avec la force de l'évidence tels la protection du nom (CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90 Burghartz c/ Suisse, préc. ; CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96 Ünal Tekeli c/ Turquie, préc.), le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables (CEDH 16 décembre 1992 requête n° 13710/88 Niemietz c/ Allemagne *GACEDH* n° 40, § 29) ou encore le droit à l'autodétermination (CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99 K. A. et A. D. c/ Belgique, § 83 (*JCP* 2005.I.159 obs. F. Sudre, *RTDC* 2005 p. 341 obs. J.-P. Marguénaud) ; CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88 Pretty c/ Royaume-Uni, § 61 (*JCP* 2002.I.153.6 obs. A. Marmisse, *JCP* 2002.I.157.1 et 13 obs. F. Sudre)) au titre du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8.

⁶⁴³ Cf. par exemple la notion d'obligation positive ou encore la découverte du droit d'accès au juge ou du droit à l'exécution des décisions de justice sans lesquels les garanties du droit au procès équitable seraient inutiles et la prééminence du droit potentiellement bafouée.

⁶⁴⁴ CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82 Johnston et autres c/ Irlande, préc. : « *La Convention et ses protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui (...), mais la Cour ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ. Il en va particulièrement ainsi quand il s'agit, comme ici, d'une omission délibérée* » (§ 53). « *Partant, les requérants ne sauraient déduire de l'article 12 un droit de divorcer* » (§ 54).

⁶⁴⁵ Commission 13 mai 1976 requête n° 6200/73 B. A. c/ Royaume-Uni ; rappelons, en effet, que dans l'affaire pertinente le requérant n'avait basé son argumentation sur aucune disposition particulière.

substance. Or, un raisonnement par défaut désigne comme unique fondement le droit général au procès équitable. L'exigence d'un lien suffisant s'y rattache de manière autonome (1) et en constitue un prolongement original (2).

1 Un prolongement autonome du droit au procès équitable

137. L'exigence d'un lien suffisant entre le juge qui a affirmé sa compétence et le litige doit être envisagée pour elle-même, de façon autonome, car contrairement à ce qui a parfois été avancé en doctrine, ni le droit d'accès⁶⁴⁶ (a), ni le principe de l'égalité des armes (b) ne permettent d'expliquer le lien établi par les juges strasbourgeois entre la Convention et la teneur des chefs de compétence internationale.

a L'autonomie à l'égard du droit d'accès au juge

138. M. Dany Cohen est l'un des premiers auteurs à s'être intéressé à la compatibilité des critères de la compétence judiciaire internationale avec la Convention européenne des droits de l'homme. Son étude⁶⁴⁷, notamment consacrée aux articles 14 et 15 du Code civil⁶⁴⁸, aborde la question de la conventionnalité des fors fondés sur la seule nationalité de l'un des plaideurs sous l'angle de l'article 6 de la CEDH et singulièrement sous l'angle du droit d'accès au tribunal initié par l'arrêt *Golder*⁶⁴⁹. S'il est indéniable que de tels chefs de compétence n'empêchent pas de saisir un tribunal de l'État qui connaît cette catégorie de règles et peuvent même apparaître, dans certaines circonstances, comme favorisant l'accès international à la justice⁶⁵⁰, il n'en reste pas moins que, depuis l'arrêt *Airey*, l'effectivité du droit d'accès exige la possibilité non seulement théorique, mais encore concrète de saisir un juge en matière civile. Le for de la nationalité remplit sans nul doute le premier terme de l'effectivité, seulement, du point de vue de M. Dany Cohen, il ne satisfait que très imparfaitement au second⁶⁵¹. Au motif que l'article 6 § 1 de la Convention protège « *l'accès du justiciable étranger au juge normalement compétent* »⁶⁵², il en résulterait que la contrainte⁶⁵³ subie par

⁶⁴⁶ D. COHEN, « La CEDH et le droit international privé », *RCDIP* 1989 p. 451 ; H. MUIR WATT, « Droit international et procédure civile », *Rép. Proc. Civ.*, Dalloz, 1995, n° 19 et s. ; L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 139, n° 122 et s..

⁶⁴⁷ D. COHEN, *loc. cit.*, p. 451.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 454 et s..

⁶⁴⁹ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, §§ 35-36.

⁶⁵⁰ D. COHEN, *loc. cit.*, p. 454 ; L. SINOPOLI, *op. cit.*, p. 146, n° 129.

⁶⁵¹ D. COHEN, *loc. cit.*, p. 457 et s..

⁶⁵² *Ibid.*, p. 461.

⁶⁵³ C'est-à-dire « *l'éloignement, auquel s'ajoutera fréquemment la difficulté de la langue* » (*Ibid.*, p. 457).

l'étranger en plaidant devant les juridictions d'un État en raison du for de la nationalité restreint, sans toutefois le rendre impossible, son droit d'accès au juge. Cette restriction suffit à l'auteur pour conclure à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Dans sa thèse de doctorat, Mme Laurence Sinopoli développe une argumentation voisine⁶⁵⁴. Dans la mesure où le défendeur est attiré devant une juridiction autre que celle de sa résidence, la restriction que la règle de compétence internationale apporte à son droit d'accès n'apparaît pas justifiée si elle lui fait supporter l'entier risque de l'internationalité du litige, c'est-à-dire lorsque le critère fondant la compétence est de nature subjective, en ce sens que l'exercice de l'activité transfrontière est imputable au demandeur⁶⁵⁵.

139. Le lien ainsi établi entre le droit d'accès et l'exigence d'un lien suffisant est discutable. Certes, d'une manière générale, la question de la compétence, y compris la compétence internationale, intéresse le droit d'accès au tribunal. Puisque ce dernier protège le droit à une décision sur le fond, donc le droit d'agir, et que tout le mécanisme de l'action repose sur la compétence, il en découle logiquement que le droit d'accès au juge implique la compétence du juge saisi. En d'autres termes, la Convention européenne des droits de l'homme offre aux individus un moyen indirect d'obtenir la compétence d'un juge. Ce n'est pas la compétence qui se trouve au cœur du droit d'accès au juge, mais la possibilité de mettre en œuvre la machine judiciaire et l'action. Ainsi, l'unique lien entre le droit d'accès et la compétence réside dans la nécessité de son affirmation pour la réalisation de l'action. Par conséquent, en soi, le droit d'accès tend seulement à contraindre les États à faire bénéficier les individus d'un juge compétent, car c'est à cette seule condition qu'ils pourront obtenir une décision sur le fond de leur prétention. Aussi le droit d'accès apparaît-il totalement indifférent à la teneur de la règle de compétence pourvu cependant qu'elle existe. Or, l'exigence d'un lien suffisant n'a pas pour objet de contraindre le juge à se reconnaître compétent, mais de contrôler la manière dont le juge exerce cette compétence. Il s'agit d'encadrer cet exercice. Pour cette première raison, l'exigence d'un lien suffisant ne saurait découler du droit d'accès. De surcroît, même si le droit d'accès peut entrer en jeu lorsqu'un juge est compétent, sa violation pour manque d'effectivité ne résultera pas des critères de compétence, mais d'autres circonstances, la Cour ayant reconnu que ce droit s'épuisait dans l'accès au sens strict et dans l'action. En effet, rappelons que « *d'après la Cour, on ne saurait parler d'entrave à l'accès à un tribunal lorsqu'un justiciable, représenté par un avocat, présente devant lui ses arguments*

⁶⁵⁴ L. SINOPOLI, *op. cit.*, p. 139, n° 122 et s..

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 159, n° 142 et s..

et exerce contre les décisions rendues les recours qu'il estime utiles »⁶⁵⁶. Une règle de compétence internationale, en elle-même et quelle qu'en soit la teneur, ne constitue pas un obstacle de nature à empêcher un justiciable étranger d'être représenté par un avocat, de présenter ses arguments devant les juges ou encore d'exercer des recours. Présumer ces inconvénients reviendrait à condamner le simple fait de plaider à l'étranger, car on imagine mal qu'ils ne soient liés qu'aux chefs de compétence exorbitants. D'ailleurs, dans ses conclusions, M. Dany Cohen n'échappe pas à cet écueil lorsqu'il envisage l'hypothèse où le juge français se trouve saisi sur la base de l'article 14 ou de l'article 15 du Code civil concurrentement à un juge étranger rejetant l'exception de litispendance soulevée par la partie de nationalité française. Si les deux décisions judiciaires se révèlent identiques sur le fond, il en déduit, à titre principal, que le droit d'accès de la partie étrangère n'est pas atteint par le for de la nationalité, à moins, en ordre subsidiaire, que la contrainte procédurale issue d'un tel critère de compétence suffise à elle seule pour constater une violation du droit d'accès⁶⁵⁷. Une inversion des arguments paraîtrait plus en adéquation avec ce que l'auteur cherche à démontrer, c'est-à-dire la contrariété des fors exorbitants à la Convention, car la conclusion donnée à titre principal vaut finalement pour tous les chefs de compétence internationaux. Son opinion relative au cas où la décision française est moins favorable que celle du juge étranger est encore plus révélatrice des difficultés auxquelles conduit le lien entre les critères de compétence et le droit d'accès. Ce qui est critiquable alors n'est pas tant la contrariété de jugements *in defavorem*⁶⁵⁸, mais l'impossibilité dans laquelle se trouve la partie étrangère d'obtenir l'exécution de la décision étrangère en France, soit dans l'État où la compétence du juge procède d'un for exorbitant⁶⁵⁹. Cependant, si cette circonstance constitue une restriction, dont le caractère injustifié reste à démontrer, au droit d'accès de la partie étrangère, elle est directement liée à l'inconciliabilité des deux décisions, chacune valable dans son ordre juridique. Or, à cet égard, les critères de compétence n'exercent aucune influence. Qu'ils soient exorbitants ou raisonnables, les tares dénoncées d'une telle configuration demeurent. Ils ne sont pas de nature à accuser ou adoucir cette aspérité, ce qui tend à démontrer qu'un contrôle des critères de compétence au regard du droit d'accès au tribunal n'est pas concevable. Il ne s'agit pas de nier la difficulté que peut présenter le fait de se rendre à

⁶⁵⁶ CEDH 16 septembre 1996 requête n° 15777/89 Matos e Silva, Lda., et autres c/ Portugal, § 64.

⁶⁵⁷ D. COHEN, *loc. cit.*, p. 461.

⁶⁵⁸ La Cour a d'ailleurs précisé dans une affaire Andronicou et Constantinou contre Chypre que l'article 6 § 1 « ne garantit pas aux plaideurs une issue favorable » ; cf. CEDH 9 octobre 1997 requête n° 25052/94 Andronicou et Constantinou c/ Chypre, § 201 ; dans le même sens, CEDH 11 janvier 2005 requête n° 58580/00 Blücher c/ République Tchèque, § 52.

⁶⁵⁹ D. COHEN, *loc. cit.*, p. 461 et 462.

l'étranger pour soutenir ou défendre sa cause, mais cette difficulté est inhérente à l'internationalité du litige. Quoi qu'il en soit, l'une des deux parties s'y heurtera, voire les deux. Envisagée sous l'angle du droit d'accès, la situation devient alors inextricable, la satisfaction du droit au bénéfice de l'une des parties entraînant une limitation injustifiée de ce même droit au détriment de l'autre. En réalité, les obstacles proviendraient plus sûrement d'autres règles procédurales telles qu'une exclusion des étrangers du bénéfice de l'aide judiciaire ou encore l'inadéquation de certains délais aux circonstances inhérentes à l'internationalité du litige ou de données factuelles particulières dont l'effet serait de priver le plaideur étranger d'un accès effectif aux tribunaux compétents. Toutefois, là encore, de telles données produiraient un résultat similaire quelle que soit la teneur de la règle de compétence internationale dès lors qu'elle désignerait un juge relevant d'un autre État. La contrainte subie par le plaideur est, en effet, principalement liée à l'éloignement de la juridiction compétente, éloignement insensible au critère qui le provoque. En d'autres termes, il serait fort artificiel de déduire du droit d'accès l'exigence d'un lien suffisant, les réalités qu'ils saisissent étant différentes. C'est d'ailleurs pour cette dernière raison que l'on peine à souscrire à l'opinion de Franz Matscher selon laquelle « *avant tout, l'article 6 § 1 garantit le droit à un tribunal ; cela implique, en présence de liens suffisamment étroits avec l'ordre juridique interne, la mise à disposition d'un chef de compétence internationale (générale) et de compétence interne (spéciale)* »⁶⁶⁰, car le fait que le droit d'accès implique la mise à disposition d'un chef de compétence est indépendant du constat de liens suffisamment étroits. Cette exigence relève d'un autre ordre et ne procède pas davantage du principe de l'égalité des armes.

b L'autonomie à l'égard du principe de l'égalité des armes

140. Il n'apparaît pas davantage possible de s'appuyer sur le principe de l'égalité des armes⁶⁶¹ pour expliquer l'exigence d'un lien suffisant. Son influence s'exerce en effet sur le déroulement du procès, une fois la compétence du juge affirmée. Sauf à lui attribuer une

⁶⁶⁰ F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 218.

⁶⁶¹ C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 431, n° 486 ; P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1986 tome 196 p. 157 ; L. SINOPOLI, *op. cit.*, p. 150, n° 133 et s. ; P. WAUTELET, « Le droit au procès équitable et l'égalité des armes : le cas de la litispendance dans les conventions de Bruxelles et de Lugano », in M.-T. Caupain et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 103.

signification et un contenu qu'il n'a manifestement pas et qu'il n'aura probablement jamais, le principe n'intéresse pas la compétence et moins encore les critères qui la fondent.

De jurisprudence constante, ce principe, qui vaut tant en matière pénale qu'en matière civile⁶⁶², « implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »⁶⁶³. Il appartient donc au juge de veiller à ce que les parties bénéficient, pendant le procès, d'une égalité de traitement⁶⁶⁴, étant entendu que seules les inégalités de nature à influencer l'issue du procès constituent une rupture du « juste équilibre » qui doit régner entre les parties⁶⁶⁵. En supposant que certains critères de compétence heurtent l'égalité des armes cela signifierait que le plaideur étranger se trouve placé dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire, lequel, par hypothèse, possède la nationalité de l'État dont le juge a été saisi⁶⁶⁶.

141. Or, une telle perspective confine à condamner, sans distinction, la compétence d'un juge étranger par rapport à l'une des parties. Le raisonnement conduit, en définitive, à

⁶⁶² CEDH 27 octobre 1993 requête n° 14448/88 *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas* : « Néanmoins, certains principes liés à la notion de procès équitable dans les affaires de caractère civil se dégagent de la jurisprudence de la Cour. Ainsi, l'exigence de l'égalité des armes, au sens d'un juste équilibre entre les parties, vaut en principe aussi bien au civil qu'au pénal » (§ 33) ; CEDH 23 octobre 1996 requête n° 17448/91 *Ankerl c/ Suisse* : « L'exigence de l'égalité des armes (...) vaut aussi dans les litiges opposant des intérêts privés » (§ 38) ; CEDH 7 septembre 2000 requête n° 33275/96 *Lambelet c/ Suisse*.

⁶⁶³ CEDH 27 octobre 1993 requête n° 14448/88 *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, § 33 ; CEDH 22 février 1996 requête n° 17358/90 *Bulut c/ Autriche*, § 47 ; CEDH 23 octobre 1996 requête n° 17448/91 *Ankerl c/ Suisse*, § 38. Très tôt, la Commission avait relevé que « le droit à un procès équitable parai[ssait] impliquer que toute partie à une action au civil (et a fortiori en matière pénale) doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas de manière appréciable par rapport à la partie adverse » (Commission 30 juin 1959 requête 434/58 *Szwabowicz c/ Suède* : « The right to a fair hearing guaranteed by article 6, paragraph 1, of the Convention appears to contemplate that everyone who is a party to a civil proceedings shall have a reasonable opportunity of presenting his case to the court under conditions which do not place him under a substantial disadvantage vis a vis his opponent »). Pour un aperçu de la signification de ce principe, essentiellement en matière pénale, cf. S. MARCUS-HELMONS, « Quelques aspects de la notion d'égalité des armes. Un aperçu de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, actes du colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 septembre 2000*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 67.

⁶⁶⁴ CEDH 17 janvier 1970 requête n° 2689/65 *Delcourt c/ Belgique*, § 29 ; CEDH 23 octobre 1996 requête n° 17448/91 *Ankerl c/ Suisse*, § 38.

⁶⁶⁵ CEDH 23 octobre 1996 requête n° 17448/91 *Ankerl c/ Suisse* : si « une différence de traitement quant à l'audition des témoins des parties peut donc être de nature à enfreindre » le principe d'égalité des armes, le fait que la requérante ne put prêter serment est indifférent dans la mesure où il n'est pas établi que le tribunal ait accordé un poids particulier au témoignage de son adversaire en raison de son assermentation (§ 38).

⁶⁶⁶ Si tel n'était pas le cas, une rupture de l'égalité des armes paraîtrait peu probable dans la mesure où chacune des parties rencontreraient des difficultés similaires. Toutefois, aucune position définitive ne saurait être arrêtée, les éléments à prendre en compte pour juger les inconvénients supportés par chacune des parties étant variables à l'infini, une analyse concrète de la situation pourrait conduire à constater que l'une des deux parties étrangères se trouve, en réalité, dans une position plus confortable en raison de la proximité de la langue, d'une certaine familiarité avec le système juridique mis à contribution, de ses activités menées dans l'État dont relève le juge compétent ...

considérer que la rupture de l'égalité des armes provient de la seule extranéité du juge compétent, ce qui apparaîtrait excessif.

D'une part, en effet, le contrôle des organes de Strasbourg au titre du principe de l'égalité des armes ne mobilise pas, contrairement à ce qui est parfois soutenu⁶⁶⁷, les critères de légalité, légitimité et nécessité. Il consiste en une analyse de la situation respective des parties à l'instance afin de vérifier que chacune d'elle s'est vue offrir des possibilités identiques de présenter sa cause. Si les juges strasbourgeois constatent une différence de traitement, ils en déduisent une violation du principe en question sans se livrer à un examen de la justification éventuelle de l'inégalité⁶⁶⁸. Et, à cet égard, s'il est nécessaire que la rupture du juste équilibre entre les parties ait eu une influence déterminante sur l'issue du procès, la condition d'un « net désavantage » ne s'apparente en rien au contrôle classique de proportionnalité⁶⁶⁹. Partant, un tel raisonnement aboutit à tenir l'extranéité du juge soit pour une cause péremptoire de violation de l'égalité des armes, soit pour un fait indifférent à l'égalité des armes. Dans un cas comme dans l'autre, la nature des critères fondant la compétence n'exerce aucune influence sur la conclusion à tirer du rapprochement de l'égalité des armes et des chefs de compétence internationale.

D'autre part, ce rapprochement revient à présumer que l'extranéité du juge est pour le plaideur étranger une source d'inéquité du procès. Comme tout préjugé, celui-ci se révèle très critiquable, et ce à deux points de vue. En premier lieu, le procès peut fort bien se dérouler dans le respect du principe de l'égalité des armes quand bien même le juge étranger aurait fondé sa compétence sur des critères dits exorbitants. En second lieu, ce principe concerne la conduite du procès ; sa violation procédera donc de circonstances plus en rapport avec son déroulement que les chefs de compétence qui intéressent un stade antérieur au procès tel qu'il

⁶⁶⁷ P. MUZNI, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Thèse dactyl., Montpellier, 2004, p. 171 et s., n° 220 et s. ; L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 157, n° 140 et s..

⁶⁶⁸ CEDH 6 mai 1985 requête n° 8658/79 *Bönisch c/ Autriche*, §§ 32 et s. ; CEDH 27 octobre 1993 requête n° 14448/88 *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, §§ 34-35 ; CEDH 22 février 1996 requête n° 17358/90 *Bulut c/ Autriche*, § 49.

⁶⁶⁹ La logique floue propre au principe de proportionnalité étant totalement étrangère au constat d'un net désavantage qui, lui, obéit à une logique binaire du oui ou non. Cf. par exemple, CEDH 23 octobre 1996 requête n° 17448/91 *Ankerl c/ Suisse* : « *La Cour n'aperçoit donc pas dans quelle mesure l'assermentation de Mme Ankerl aurait pu influencer l'issue du procès. Par conséquent, les circonstances de l'espèce, (...), la conduisent à constater que la différence de traitement quant à l'audition des témoins des parties devant le tribunal de première instance n'a pas placé le requérant dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* » (§ 38). Au demeurant, dans la mesure où ce principe ne constitue qu'un aspect de la notion plus large de procès équitable sa méconnaissance ne constitue pas automatiquement un manquement au droit au procès équitable de même que son observation n'exclut pas un constat de violation de l'article 6 § 1 (cf. CEDH 26 mai 1988 requête n° 10563/83 *Ekbatani c/ Suède*, § 30 : violation du principe du contradictoire malgré le respect du principe de l'égalité des armes).

est envisagé au regard du principe de l'égalité des armes. Il sera méconnu, par exemple, si, lors du déroulement des audiences devant les juridictions étrangères, l'incompétence ou l'absence d'un interprète est avérée. Cependant, même dans cette hypothèse, dès lors que le plaideur étranger a bénéficié de l'assistance d'un avocat bilingue, la Cour estime qu'il a pu en conséquence faire valoir ses moyens de façon adéquate⁶⁷⁰. Par conséquent, ce principe, pas plus que le droit d'accès au juge, ne permettent un contrôle des critères de compétence. L'exigence d'un lien suffisant se situe en amont et, en dernière analyse, dérive du droit au procès équitable.

2 Un prolongement original du droit au procès équitable

142. L'exigence d'un lien suffisant ne découle pas des extensions du droit au procès équitable. Son fondement est donc ailleurs. Son caractère implicite oriente tout naturellement la recherche vers les droits génériques contenus dans l'article 6 § 1 de la Convention par lesquels les organes strasbourgeois, afin de promouvoir l'effectivité réelle du droit au procès équitable, font émerger des garanties supplémentaires. Ces droits génériques sont au nombre de deux, le droit au tribunal et le droit général au procès équitable. *A priori*, le droit au tribunal paraît le plus adéquat en raison de ses liens avec le droit d'accès au juge. Les apparences ne sont pourtant pas toujours probantes, le caractère générique du droit au tribunal étant en effet douteux. Tant en doctrine qu'en jurisprudence, il apparaît davantage comme une expression synthétisant la première phrase de l'article 6 § 1 qu'une véritable matrice⁶⁷¹. En rappelant que « l'article 6 § 1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation portant sur ses droits et obligation de caractère civil », la Cour en déduit que ce texte « consacre le "droit à un tribunal" »⁶⁷². Certes, elle prend soin de préciser que le droit d'accès au tribunal en matière civile n'en constitue qu'un aspect, ce qui laisserait entendre que le « droit au tribunal » désigne un ensemble de garanties dont il est le siège. Au demeurant, certains arrêts suggèrent que l'extension de l'article 6 § 1 de la Convention à l'exécution des décisions de justice participe du souci d'assurer l'effectivité du « droit au

⁶⁷⁰ CEDH 27 avril 2000 requêtes n° 47457/99 et 47458/99 Armin Tiemann c/ France et Allemagne.

⁶⁷¹ Lorsque les auteurs n'assimilent pas purement et simplement « droit au tribunal » et « droit d'accès au juge » (cf. J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2002, p. 217, n° 121). D'autres auteurs, en revanche, soulignent que « droit d'accès » et « droit au tribunal » ne sont pas des expressions « parfaitement synonymes » (cf. par exemple, P. LAMBERT, « Le droit d'accès à un tribunal dans la convention européenne des droits de l'homme », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, actes du colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 septembre 2000*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 57).

⁶⁷² CEDH 28 mai 1985 requête n° 8225/78 Ashingdane, § 55 ; CEDH 19 mars 1997 requête n° 18357/91 Hornsby c/ Grèce, préc., § 40 ; CEDH 20 juin 2002 requête n° 47760/99 Kosnikas c/ Grèce, § 27.

tribunal »⁶⁷³. Cependant, la référence au « droit au tribunal » n'a jamais été déterminante en soi. Le droit d'accès, tout comme l'intégration de l'exécution des décisions de justice dans le domaine de l'article 6 § 1, procèdent avant tout d'une analyse téléologique et systématique de la Convention. Dans la mesure où elle tend au respect de la prééminence du droit, il est évident que la Convention manquerait son but si elle n'offrait pas aux individus les deux principaux moyens de l'assurer. Ainsi, le droit d'accès au juge et l'exécution des décisions internes définitives et obligatoires sont inhérents au système européen de garantie des droits de l'homme puisqu'ils permettent la réalisation du droit. Le « droit au tribunal » n'a donc pas véritablement d'existence autonome, et, à ce titre, ne saurait constituer le fondement de l'exigence d'un lien suffisant.

143. Par conséquent, l'exigence d'un lien suffisant ne peut résulter que du droit général au procès équitable. Au sens large, cette expression, utilisée pour la première fois par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Golder*⁶⁷⁴, « désigne l'ensemble des garanties de bonne organisation et de bon fonctionnement de la justice qui illustrent le "principe de la prééminence du droit" »⁶⁷⁵. Selon cette perspective, le droit au procès équitable ne se distingue pas fondamentalement du « droit au tribunal ». Toutefois, à la différence de ce dernier, il répond également à une acception technique. C'est une notion générique⁶⁷⁶ par le biais de laquelle les organes de Strasbourg ont dégagé de la Convention d'importantes garanties⁶⁷⁷, soit qu'elles ne se trouvaient pas expressément inscrites dans le texte, révélant ainsi leur existence implicite, soit qu'elles ne concernaient que la matière pénale, étendant ainsi leur domaine d'application à la matière civile. L'équité d'une procédure se vérifie, de la sorte, par rapport à un grand nombre de référents tels la langue de la

⁶⁷³ Cf. *supra*.

⁶⁷⁴ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, préc. : « (...) l'article 6 § 1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès (...) ne constitue qu'un aspect. À cela s'ajoute les garanties prescrites par l'article 6 § 1 quant à l'organisation et à la composition du tribunal et quant au déroulement de l'instance. Le tout forme en bref le droit à un procès équitable (...) » (§ 36).

⁶⁷⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. 80 (cf. également, G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 394).

⁶⁷⁶ Dotée par ailleurs d'une certaine autonomie de sorte qu'elle peut fonder à elle seule un constat de violation (cf. par exemple CEDH 6 mai 1985 requête n° 8658/79 *Bönisch c/ Autriche* : « Pris à la lettre, l'alinéa d) du paragraphe 3 vise les témoins et non les experts. Au demeurant, la Cour rappelle que les garanties du paragraphe 3 constituent des aspects particuliers de la notion de procès équitable contenue dans le paragraphe 1. Dans les circonstances de la cause, tout en ayant aussi à l'esprit lesdites garanties, dont celles du paragraphe 3 d), elle croit devoir examiner les griefs du requérant sous l'angle de la règle générale du paragraphe 1 » (§ 29). Voir aussi CEDH 12 février 1985 requête n° 9024/80 *Colozza c/ Italie*, § 26.

⁶⁷⁷ G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 431 ; R. ERGEC et J. VELU, *La CEDH*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 410, n° 469 ; J.-F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 278, n° 133.

procédure⁶⁷⁸, le droit de comparaître personnellement⁶⁷⁹, l'obligation de motiver les décisions de justice⁶⁸⁰, le principe du contradictoire⁶⁸¹ ou encore le principe de l'égalité des armes⁶⁸². À ces divers exemples, il convient d'ajouter « l'exigence d'un lien suffisant » lorsqu'il s'agit d'évaluer la conventionnalité des critères fondant la compétence internationale du juge.

144. Au demeurant, le contrôle exercé sur un tel fondement ne présente pas une grande originalité et n'est pas le fruit d'une position isolée. Le droit comparé offre déjà une illustration du recours au droit au procès équitable pour justifier un examen des critères de compétence internationale. La Cour suprême des États-Unis d'Amérique a ainsi développé une approche des problèmes de la compétence juridictionnelle des tribunaux américains en terme de *due process of law* selon la Section I du XIVème Amendement (1869) à la

⁶⁷⁸ Commission 9 décembre 1981 requête n° 9099/80 Y. c/ Autriche *Recueil* p. 209 ; Commission 28 février 1996 requête n° 20999/92 Robert Robba c/ Allemagne. Voir également CA Aix-en-Provence 25 mars 2003 *LPA* 16 septembre 2004 p. 3 note C. de Lajarte ; J.-F. SAMPIERI-MARCEAU, « Traduction des actes judiciaires et extrajudiciaires dans la communauté européenne. Règlement (CE) du 29 mai 2000 et arrêt de la Cour d'Aix du 25 mars 2003 », *Dalloz* 2005 p. 236.

⁶⁷⁹ Commission 2 décembre 1990 requête n° 12217/86 Muyl demans c/ Belgique : « *La Commission rappelle (...) qu'elle a déjà considéré que si le droit de comparaître personnellement dans une instance civile n'est pas garanti comme tel par la Convention, ce droit peut toutefois, dans des circonstances particulières, dériver du droit à un procès équitable* » (§ 62). Voir cependant P. MOCK, « Le droit à un procès équitable en matière civile », *RTDH* 1995 p. 385 : l'auteur estime qu'il s'agit là moins d'un droit des parties qu'un moyen de preuve à disposition du tribunal (p. 395).

⁶⁸⁰ Cf. CEDH 19 avril 1993 requête n° 13942/88 Kraska c/ Suisse, § 30 ; CEDH 19 avril 1994 requête n° 16034/90 Van de Hurk c/ Pays-Bas, § 59 ; mais surtout CEDH 9 décembre 1994 requête n° 18064/91 Hiro Balani c/ Espagne : « *La Cour rappelle que l'article 6 § 1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, mais qu'il ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument. L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision. Il faut, en outre, tenir compte notamment de la diversité de moyens qu'un plaideur peut soulever en justice et des différences dans les États contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts. C'est pourquoi la question de savoir si un tribunal a manqué à son obligation de motiver découlant de l'article 6 de la Convention ne peut s'analyser qu'à la lumière des circonstances de l'espèce* » (§ 27).

⁶⁸¹ CEDH 23 juin 1993 requête n° 12952/87 Ruiz-Mateos c/ Espagne : « *La Cour examinera le grief à la lumière de l'ensemble du paragraphe 1 de l'article 6, car le principe de l'égalité des armes représente un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe également le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance* » (§ 63). En dépit des liens très forts qui unissent « principe de l'égalité des armes » et « principe du contradictoire » (cf. par exemple CEDH 30 mars 1989 requête n° 10444/83 Lamy c/ Belgique : « *Faute d'avoir garanti l'égalité des armes, [la procédure] n'a pas été réellement contradictoire* »), ces deux principes doivent être distingués (cf. CEDH 23 juin 1993 requête n° 12952/87 Ruiz-Mateos c/ Espagne : « (...) *le droit à une procédure contradictoire implique, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter* » (§ 63) ; ou encore l'opposition très nette entre les deux principes au paragraphe 27 de l'arrêt CEDH 6 juin 2000 requête n° 34130/96 Morel c/ France), le respect de l'un ne faisant pas obstacle au constat de violation de l'autre (cf. par exemple CEDH 29 mai 1986 requête n° 8562/79 Feldbrugge c/ Pays-Bas, arrêt dans lequel la Cour relève au paragraphe 44 que si la procédure était conforme au principe de l'égalité des armes, en revanche, elle ne revêtait pas un caractère contradictoire).

⁶⁸² CEDH 24 février 1994 requête n° 19983/92 De Haes et Gijssels c/ Belgique : « *La Cour rappelle que le principe de l'égalité des armes (l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable) requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* » (§ 53).

Constitution⁶⁸³. Or, cette notion de *due process* se révèle, à bien des égards, semblable à celle du procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁸⁴.

145. Par conséquent, la seule mention de l'article 6 par la Commission EDH ne renvoie ni au droit d'accès, ni au principe de l'égalité des armes. L'exigence d'un « lien suffisant » découle du droit général au procès équitable. Ce fondement permet de cerner d'un peu plus près le sens de cette condition. Certes, son caractère éminemment vague et flou autorise de multiples interprétations, mais, dans la mesure où elle puise ses racines dans la notion d'équité, il devient possible d'opérer un choix entre ces diverses interprétations. Cette exigence doit être constamment mise en relation avec la recherche d'un équilibre entre les parties à l'instance.

B La recherche d'un équilibre entre les parties

146. L'exigence d'un lien suffisant, énoncée par la Commission EDH dans l'exercice de son contrôle de la compétence internationale, ne s'interprète pas dans le vide. Au demeurant, isolément, cette notion ne possède pas une grande valeur explicative. Prise en elle-même, hormis une vague ouverture à la notion de prévisibilité, en l'occurrence du juge internationalement compétent, ni son objet, ni son sens, ni son contenu n'apparaissent clairement. Une référence à son fondement permet cependant de jeter la lumière sur les arcanes du « lien suffisant ». Celui-ci tend à vérifier qu'un certain équilibre a régné entre les parties au litige (1), ce qui constitue, dans son essence, un contrôle classique de la compétence internationale (2).

⁶⁸³ Il en résulte que la compétence exercée par le tribunal d'un État de l'Union, et par extension le procès, revêt un caractère équitable seulement s'il existe des liens entre le défendeur et le for compétent. À la vérité, il s'agit là d'une vue très sommaire et schématique de ce qu'est le droit de la compétence interétatique et internationale aux États-Unis. Celui-ci est traversé par des évolutions complexes dont le détail dépasse amplement l'objet de cette étude. L'essentiel est d'observer que la Cour suprême contrôle la compétence en se fondant sur une notion constitutionnelle qui ne laisse pas d'évoquer le droit au procès équitable (pour une analyse approfondie et complète de la compétence interétatique et internationale aux États-Unis, cf. A. MIRANDES, *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des États-Unis*, Économica, 2002).

⁶⁸⁴ Surtout depuis la décision *International Shoe v. Washington* (326 US 310 (1945) www.findlaw.com/caselaw/supreme.html) par laquelle la Cour suprême livre une nouvelle interprétation de cette clause (cf. F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de J. Foyer, in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 211 ; A. MIRANDES, *op. cit.*, p. 61, n° 84 ; P. SCHLOSSER, « Jurisdiction in international litigation. The issue of human rights in relation to national law and to the Brussels convention », *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXIV, 1991, p. 16).

1 L'influence du droit au procès équitable

147. Le droit au procès équitable, dont dérive l'exigence du lien suffisant, évoque, ainsi que le relèvent M. Soyer et Mme De Salvia, l'idée d'équilibre⁶⁸⁵. Les États doivent donc convaincre les organes de Strasbourg que les chefs de compétence internationale ont été établis dans le souci d'instaurer un équilibre entre les parties afin d'éviter la mise en œuvre de leur responsabilité internationale pour violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Cet équilibre se vérifiera dès lors que la règle sur laquelle le juge s'est appuyé pour fonder sa compétence traduit un lien suffisant. À cela on pourrait néanmoins objecter que l'exercice d'une compétence apparaît relativement neutre à l'égard du déroulement du procès. Une fois que le juge saisi a affirmé sa compétence, l'essentiel ne réside-t-il pas dans le respect des garanties de bonne justice contenues dans l'article 6 § 1 CEDH et richement développées par les juges strasbourgeois ? Par ailleurs, les principes régissant le contrôle de leur respect au regard du droit au procès équitable semblent exclure tout constat de violation de la Convention du seul fait de la teneur d'une règle de compétence internationale. Selon cette perspective, il existerait une certaine incongruité à vouloir attirer la compétence internationale dans le champ des droits fondamentaux. Se contenter d'affirmer la nécessité de cette attraction est très insuffisant. C'est au demeurant en procédant davantage par affirmation que par démonstration, que certains auteurs ont adressé à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis relative à ce thème de sévères critiques⁶⁸⁶. Dans le contexte européen, à tout le moins, il s'agit là d'un mauvais procès. D'une part, le caractère global et concret du contrôle européen au titre de l'article 6 § 1 n'est pas de nature à enlever toute pertinence à l'examen des critères de compétence. D'autre part, ces derniers peuvent fort bien être porteurs d'un déséquilibre entre les parties apprécié par la Commission EDH en termes de lien suffisant.

148. En premier lieu, bien que toute analyse menée sur l'article 6 § 1 de la CEDH présente les deux caractéristiques d'être globale et concrète, la teneur d'un chef de compétence internationale est susceptible de conduire les juges européens à constater une violation de la Convention. La Cour rappelle fréquemment que sa tâche consiste à « *rechercher si la procédure envisagée dans son ensemble a revêtu un caractère "équitable" au sens de l'article 6 § 1* »⁶⁸⁷. Dans la mesure où une procédure se trouve appréciée globalement⁶⁸⁸, il est légitime

⁶⁸⁵ J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, « Article 6 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 265.

⁶⁸⁶ A. MIRANDES, *op. cit.*, p. 278, n° 399.

⁶⁸⁷ CEDH 7 septembre 2000 requête n° 33275/96 *Lambelet c/ Suisse*. Cf. également CEDH 26 mai 1988 requête n° 10563/83 *Ekbatani c/ Suède* : « *La Cour doit donc rechercher si (...) les particularités de la procédure*

de s'interroger sur l'utilité de contrôler un élément aussi neutre sur le déroulement de l'instance qu'un chef de compétence. L'approche globale exclut en effet tout *a priori* puisque, ultérieurement, une lacune peut être comblée et un désavantage compensé⁶⁸⁹. Si la procédure devant le juge étranger n'apparaît pas autrement critiquable qu'au regard de sa compétence, affirmée sans lien suffisant, la pertinence d'un constat de violation de la Convention décroît alors singulièrement⁶⁹⁰ !

L'objection n'est pourtant pas décisive, car tel n'est pas le sens attribué par les juges européens à l'analyse globale. Celle-ci ne se comprend qu'en relation avec la règle de l'épuisement des voies de recours internes et son corollaire, la subsidiarité, qui érige le juge interne en juge de droit commun de la Convention⁶⁹¹. C'est la raison pour laquelle la Cour ménage une exception à cette analyse globale dans l'hypothèse où l'élément litigieux apparaît si important qu'il obère irrémédiablement l'équité de la procédure⁶⁹², ce qui se réalise lorsque la méconnaissance des dispositions de la Convention à un stade précoce de la procédure ne se trouve pas redressée à une phase ultérieure. Un exemple fixera les idées : si la juridiction du premier degré présente un manque d'indépendance ou d'impartialité, l'État duquel elle relève n'échappera pas à sa responsabilité pour cela seul que la juridiction du second degré voire la juridiction du droit se révèlent irréprochables du point de vue de l'indépendance ou de l'impartialité. À cela s'ajoute la nécessité d'une réformation ou d'une annulation de la décision rendue par les premiers juges pour défaut d'indépendance ou d'impartialité. Les juges européens pourront alors se persuader que, globalement, l'équité de la procédure a été respectée. En ce qui concerne la compétence internationale, la violation initiale de la Convention se trouvera donc compensée seulement si les juridictions supérieures considèrent que, faute d'un lien suffisant, l'affaire échappe à leur connaissance (dessaisissement par l'effet d'une déclaration d'incompétence, de la litispendance ou de la connexité). Par conséquent, l'analyse *in globo* ne possède pas une rigidité de nature à empêcher d'accorder un effet déterminant à un aspect isolé de la procédure. En outre, dans certaines circonstances, les

nationale, envisagée en bloc, justifiaient une dérogation au principe d'une audience publique (...)» (§ 28) ; CEDH 28 mars 1990 requête n° 11932/86 Granger c/ Royaume-Uni : « Pour déterminer si les intérêts de la justice exigeaient l'octroi de l'aide judiciaire, on doit avoir égard à l'ensemble de l'affaire » (§ 46).

⁶⁸⁸ G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 431 ; R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 410, n° 468 ; J.-F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 278, n° 133.

⁶⁸⁹ G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 431.

⁶⁹⁰ Ainsi que l'affirme M. Soyer et Mme De Salvia, l'équilibre voulu par l'article 6 § 1 de la Convention « *ne peut bien s'apprécier que dans une pesée récapitulative* » (J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, *loc. cit.*, p. 265).

⁶⁹¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Collection Droit Fondamental, 7^{ème} édition refondue, 2005, p. 197, n° 140.

⁶⁹² CEDH 23 juin 1981 requête n° 6878/75 Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique, §§ 60-61 ; CEDH 26 octobre 1984 requête n° 9186/80 De Cubber c/ Belgique, § 33.

chefs de compétence internationale entraînent un déséquilibre majeur entre les parties, si bien qu'ils sont susceptibles de rentrer dans la catégorie de l'exception faite à l'analyse globale⁶⁹³.

Quant à la seconde caractéristique, il en résulte qu'aucun jugement ne peut être abstraitement porté sur la procédure nationale⁶⁹⁴. Sa conformité ou sa non-conformité au droit au procès équitable dépend à chaque fois des circonstances de la cause⁶⁹⁵. C'est dire ici que les organes de Strasbourg tiennent dûment compte des spécificités et particularités du contexte dans lequel s'inscrit la prétendue violation de la Convention⁶⁹⁶. À cet égard, il est permis de penser que la structure et l'objet de la compétence internationale ne demeureront pas sans incidence sur l'appréciation du respect de l'article 6 § 1 au travers de l'exigence du lien suffisant.

149. Encore faut-il, en second lieu, déterminer en quoi l'exercice d'une compétence internationale dépourvue de lien suffisant heurte l'équilibre entre les parties à l'instance. Rappelons à ce titre que le déséquilibre ne saurait provenir du seul fait de plaider devant un juge étranger⁶⁹⁷. Cela suppose, en outre, qu'une certaine catégorie de compétence internationale rompe un équilibre préexistant. Ce dernier procède d'une règle de principe à laquelle sont apportés des tempéraments, puisque si une règle ne vaut que pour les applications qu'on en fait, un principe ne vaut que pour les exceptions qu'on lui apporte. Sa détermination résulte d'une décision politique, en ce sens que s'offrent deux options également fondées en raison entre lesquelles il faut trancher⁶⁹⁸. De sorte que seule la volonté permet d'opérer un choix entre les deux systèmes : celui du *forum actoris* et celui dominé par la maxime *actor sequitur forum rei*. La faveur de l'ordre juridique français, et de beaucoup d'autres, s'adresse davantage au défendeur qu'au demandeur, c'est-à-dire qu'il érige en principe le second système, « *expression de l'esprit conservateur du droit, qui, de prime*

⁶⁹³ Sur la nature du déséquilibre, cf. *infra* n° 151.

⁶⁹⁴ Cf. par exemple CEDH 26 mai 1988 requête n° 10563/83 Ekbatani c/ Suède, § 28.

⁶⁹⁵ R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 410, n° 468.

⁶⁹⁶ Cf. par exemple CEDH 17 janvier 1970 requête n° 2689/65 Delcourt c/ Belgique, § 26 ; CEDH 2 mars 1987 requêtes n° 9562/81 et 9818/82 Monnel et Morris c/ Royaume-Uni : « *Les modalités d'application du paragraphe 1 de l'article 6 (...) en appel ou en cassation dépendent des particularités de la procédure dont il s'agit* » (§ 56).

⁶⁹⁷ Cf. *supra* n° 139.

⁶⁹⁸ Sur la difficulté de trancher en faveur de l'un ou l'autre système, cf. les vifs échanges entre M. Bellet, Mme Gaudemet-Tallon, M. Lagarde, M. Goldman, Me Jeantet, Me Mezger et Mme Toubiana qui ont suivi la communication de Mme Gaudemet-Tallon, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », in *TCFDIP années 1986-1987, 1987-1988*, Éditions du CNRS, 1989, p. 190-197.

abord, se montre favorable à celui qui défend le status quo et non à celui qui cherche à le modifier »⁶⁹⁹. La question peut alors être envisagée selon deux degrés.

150. Au premier, l'analyse de la teneur de la compétence internationale en termes d'équité, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, puise sa justification dans le fait qu'elle permet de saisir les inconvénients pesant sur l'une des parties qui ne sont toutefois pas suffisamment importants pour rendre illusoire son droit d'accès au tribunal. Ce sera, par exemple, l'exercice d'une compétence par un juge très éloigné des données matérielles du litige, ce qui entraînera des difficultés notamment en matière probatoire. En somme, la bonne administration de la justice risque objectivement de pâtir d'une telle situation. Là encore aucune conclusion péremptoire ne saurait être déduite d'une telle hypothèse, le respect de la Convention s'appréciant au regard des données concrètes du litige. Or, en particulier dans le domaine probatoire, il existe nombre de conventions internationales, bilatérales ou multilatérales, qui ont précisément pour objet de faciliter l'obtention des preuves situées dans un État étranger⁷⁰⁰. Cette première perspective épouse les contours particuliers de chaque espèce et, ainsi, rend vain tout effort de systématisation. Pour autant, elle ne conduit pas à condamner le seul fait de plaider devant un juge étranger. C'est ici le lieu d'expression du pragmatisme dont témoignent les juges strasbourgeois dans l'exercice de leur tâche, et, inhérent à la nature concrète de leur contrôle. De fait, certaines situations, *a priori* conformes à la Convention vont comporter un élément spécifique engendrant une violation du texte européen, non dans son aspect droit d'accès au tribunal, mais dans son aspect droit au procès équitable vu sous l'angle des critères de compétence et de l'exigence d'un lien suffisant.

151. Au second, l'exigence d'un lien suffisant apparaît comme la garante de l'équilibre entre les parties à l'instance au stade la compétence dans la mesure où elle tend à préserver l'équité procédurale. En d'autres termes, l'exigence d'un lien suffisant rejoint les analyses de Dominique Holleaux sur ce que doit être le contenu d'une règle de compétence internationale, c'est-à-dire la détermination de critères prenant en compte « *l'intérêt des parties à une justice commode, comme aussi des exigences d'une bonne administration de la justice, et abstraction faite de l'influence qu'exerce la désignation des juges sur la solution de fond donnée au*

⁶⁹⁹ N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI* 1961 volume III p. 199.

⁷⁰⁰ Cf. par exemple la Convention élaborée par la Conférence de droit international privé de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger www.hcch.net.

litige »⁷⁰¹. Au demeurant, l'affirmation, par la Commission EDH, dans sa décision du 13 mai 1976, d'un lien suffisant afin de justifier la compétence des juridictions britanniques découle de plusieurs éléments, en l'occurrence la résidence au Royaume-Uni de la fille du requérant et de son ex-épouse et la nationalité britannique de cette dernière. La caractérisation du lien procède d'une méthode que l'on pourrait nommer, au choix, « *méthode du groupement des points de contacts* »⁷⁰², « *méthode du cumul des indices* »⁷⁰³ ou « *méthode du cumul des rattachements* »⁷⁰⁴. Ainsi que le soulignent MM. Ancel et Lequette, cette méthode est une addition. Et, comme toute addition est un compte et qu'un compte suppose la fongibilité de ses éléments, chacun des critères mis en avant relève d'un même ordre d'évaluation. Dès lors, poursuivent-ils, « *si les éléments relevés (...) sont, sinon de même valeur, du moins de même qualité, c'est qu'ils sont appréciés, abstraction faite de la nature de l'objet du litige, selon des paramètres qui se retrouvent dans tout procès, quel qu'en soit l'enjeu, c'est à dire des paramètres d'ordre procédural* »⁷⁰⁵. Ces observations, formulées à propos de l'arrêt *Simitch* rendu par la Cour de cassation le 6 février 1985⁷⁰⁶, conservent toute leur pertinence, dans la mesure où les éléments retenus par la Commission EDH ne font apparaître explicitement nulle corrélation avec la matière litigieuse. S'agissant d'une demande tendant à la modification de la garde de la fille du requérant, elle a, en effet, mis sur un plan identique le lieu de vie et la nationalité⁷⁰⁷. La mise en œuvre de l'exigence d'un lien suffisant renforce ainsi l'idée selon laquelle son fondement réside dans le droit général au procès équitable et qu'elle tend à sauvegarder l'équité procédurale. Or, la difficulté des relations transfrontières litigieuses réside dans la conciliation de cet impératif d'équité procédurale et la promotion de

⁷⁰¹ D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970, p. 357, n° 384. Dans le même ordre d'idée, cf. G. A. L. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP, années 1993-1994, 1994-1995*, Pédone, 1996, p. 97, où l'auteur estime que le souci de favoriser l'accès à la justice conduit à prendre en compte les droits du demandeur tout autant que ceux du défendeur (p. 97). De surcroît, et naturellement, un équilibre doit régner entre les acteurs au procès (p. 98).

⁷⁰² B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. 649, n° 70.15. L'expression n'est sans doute pas la plus adéquate dans la mesure où elle est déjà attachée à la doctrine américaine de la *proper law* centrée sur le conflit de lois et non le conflit de juridictions (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 164, n° 137).

⁷⁰³ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 649, n° 70.15.

⁷⁰⁴ P. FRANCESKAKIS, « Le contrôle de la compétence étrangère après l'arrêt "Simitch" de la Cour de cassation », *RCDIP* 1985 p. 263.

⁷⁰⁵ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 650, n° 70.15. Pour sa part, Mme Muir Watt doute de la réelle fongibilité des indices permettant de caractériser le lien entre le litige et le for ayant affirmé sa compétence. De son point de vue, la nature de l'objet du litige exerce une certaine influence sur les indices retenus. Ainsi, en matière de statut personnel, le domicile et la nationalité pèseraient plus lourdement que n'importe quel autre indice, tels le lieu de la célébration du mariage ou la situation des biens (cf. ses observations sous Civ. 1^{ère} 5 mai 1998 Mailian *RCDIP* 1998 p. 670). MM. Ancel et Lequette expriment une réserve similaire (*op. cit.*, p. 650, n° 70.16).

⁷⁰⁶ Civ. 1^{ère} 6 février 1985 *Simitch*, précité.

⁷⁰⁷ Comp. Civ. 1^{ère} 28 janvier 2003 *RCDIP* 2004 p. 398 note H. Muir Watt.

l'accès international à la justice. Parce que celle-ci est nécessaire à tout point de vue, y compris à celui des droits fondamentaux⁷⁰⁸, et parce que les intérêts du demandeur appellent une véritable prise en considération, les États ont été conduits à insérer dans leur ordre juridique des règles de compétence offrant différentes options à la disposition du demandeur. Une telle attitude, bénéfique à maints égards, n'est cependant pas sans danger. Aussi, le véritable inconvénient résultant de la désignation d'un juge étranger ne se situe pas tant dans l'éloignement géographique que dans la distance qui sépare les différents systèmes juridiques⁷⁰⁹ et surtout la possibilité offerte à un plaideur de choisir indirectement le droit qui sera applicable à la cause, parfois à la surprise de son adversaire. L'exigence d'un lien suffisant et le respect de l'équité procédurale qu'elle postule se déclinent alors selon deux idées complémentaires.

Le respect de l'équité procédurale commande l'édiction de critères de compétence indépendants du droit qui sera applicable à la cause. Le droit positif révèle la constance de cet objectif⁷¹⁰. Néanmoins, il convient de ne pas éluder l'influence, parfois déterminante, qu'exerce le conflit de juridictions sur le conflit de lois. Dans la mesure où le juge saisi applique, en principe, le droit international privé de l'État duquel il relève, indirectement, le choix du juge compétent peut aboutir à faire régir le rapport de droit litigieux par une législation plus favorable. Ce lien de cause à effet est inévitable et finalement peu condamnable. En revanche, teinté de *forum shopping*, il devient intolérable, puisqu'une partie se trouve dans la dépendance du choix de son adversaire. D'une part, l'équilibre est rompu puisque la désignation du juge compétent par l'un des plaideurs lui permet indirectement de peser sur l'issue du litige. D'autre part, la partie qui se voit imposer le for compétent subit une contrainte procédurale non négligeable. Les options de compétence sont ainsi stigmatisées.

Légitimes parce qu'elles favorisent l'accès international à la justice, elles sont en porte à faux avec l'exigence d'équité au stade de la détermination du juge internationalement compétent. Fragistas, par exemple, se montrait très critique à leur égard. De son point de vue, « *ce choix unilatéral et a posteriori du droit applicable conduit à une regrettable incertitude, qui fait échouer la réalisation d'un des buts principaux du droit international privé, à savoir la*

⁷⁰⁸ Les États parties à la Convention risquent en effet une condamnation par la Cour de Strasbourg s'ils n'offrent pas, dans certaines conditions, un accès à leur juge. Sur la question de l'étendue de leurs obligations en la matière et leur responsabilité éventuelle du fait d'ordres juridiques tiers, relevant ou non de la Convention, cf. *infra* Partie II, n° 306 et s..

⁷⁰⁹ A. MIRANDES, *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des États-Unis*, *Économica*, 2002, p.123 et s., n° 177 et s..

⁷¹⁰ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 584, n° 439.

sauvegarde de la certitude du droit dans les rapports juridiques internationaux »⁷¹¹. Quant à M. Droz, s'il se montre tout aussi critique, il apparaît beaucoup plus mesuré dans la réponse à apporter à cette difficulté. Certes, ces options portent atteinte à l'équité de la procédure, mais le choix de la partie concernée mérite le respect. La correction qui s'impose agira sur les effets du problème et non sur sa source. En d'autres termes, si un ordre juridique offre des options, il n'a pas à les remettre en question ultérieurement. Toutefois, il devrait permettre au juge de soumettre éventuellement la cause à une règle de conflit autre que celle du for⁷¹². Ces analyses concourent à démontrer que la compétence internationale et les critères sur lesquels elle est fondée ne sont pas neutres et peuvent par conséquent porter atteinte à l'équité du procès. Si, en conséquence, les options de compétence offertes aux demandeurs « *sont autant de tentatives, plus ou moins heureuses, de satisfaire les intérêts des plaideurs et la bonne administration de la justice de droit privé* »⁷¹³, l'appel à la Convention permettra de vérifier la conformité de ces tentatives à l'objectif qui leur est assigné.

Au-delà des inconvénients du *forum shopping* sur le fond, les options de compétence et plus largement les règles de compétence prises en elles-même sont susceptibles d'engendrer des déséquilibres de nature directement procédurale. L'équité procédurale postule aussi la prise en compte des intérêts d'une bonne administration de la justice auxquels l'intérêt des parties n'est d'ailleurs pas étranger. Il s'agit alors de ne pas faire juger n'importe quoi par n'importe qui⁷¹⁴. C'est la raison pour laquelle il apparaît nécessaire que le juge internationalement compétent soit également un juge adéquatement compétent. En d'autres termes, il convient, dans la mesure du possible, d'assurer sa proximité avec les données matérielles du litige. La compétence d'un tel juge sera satisfaisante à la fois pour la bonne administration de la justice et pour les parties, car, dans cette perspective, elle sera prévisible et d'autant plus légitime.

⁷¹¹ N. FRAGISTAS, *loc. cit.*, p. 182. Voir également, H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973 tome 139 p. 90 et s.

⁷¹² G. A. L. DROZ, *loc. cit.*, p. 107. L'auteur est ainsi amené à distinguer le for du jugement et le for du raisonnement, distinction concrétisée soit par la *foreign court theory*, c'est-à-dire permettre au défendeur de contraindre le juge compétent à juger comme le ferait le juge de son domicile, soit par la mise en œuvre d'une méthode de coordination des ordres juridiques développée par M. Picone, la recherche de l'ordre juridique compétent. Lors des débats qui ont suivi la communication, M. Loussouarn a douté de la viabilité d'une telle dissociation de la compétence judiciaire et législative en objectant la trop grande complexité de cette séduisante construction.

⁷¹³ D. HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 346, n° 378.

⁷¹⁴ R. PERROT, *Cours de droit judiciaire privé. Fascicule I. Notions fondamentales, compétence, procédure*, 1977, p. 166.

152. Par conséquent, l'attraction de la compétence internationale dans la sphère des droits de l'homme ne rencontre aucun obstacle tiré de la structure du contrôle mené au titre du droit au procès équitable, et s'impose eu égard aux atteintes que cette compétence est susceptible de porter à l'équité de la procédure. Les exigences découlant de la Convention ne sont pourtant pas de nature à bouleverser entièrement la matière. D'une part, le lien suffisant, vu sous l'angle du droit au procès équitable, se nourrit très largement des objectifs assignés depuis fort longtemps aux règles de compétence internationale. Il s'agira alors d'assurer véritablement leur respect et d'apporter éventuellement des réponses à certains problèmes, réponses pas forcément novatrices et révolutionnaires, mais qui étaient en quête d'un fondement et d'un titre de légitimité juridiquement sûr. D'autre part, le contrôle de la compétence internationale ainsi conçu apparaît finalement assez classique.

2 Un contrôle classique dans son essence

153. Le contrôle de la conformité de la compétence internationale à l'article 6 § 1 de la CEDH initié par la Commission européenne des droits de l'homme ne présente, par sa nature, aucune originalité. Outre qu'un tel encadrement de la compétence internationale se trouve couramment pratiqué au sein, par exemple, de l'ordre juridique des États-Unis d'Amérique⁷¹⁵, le droit international privé, notamment français⁷¹⁶, prescrit au juge d'examiner la compétence internationale à l'aune d'un critère qui évoque fortement celui mis en œuvre au titre de la Convention, à savoir l'exigence d'un lien suffisant⁷¹⁷. De cette similitude des critères, on pourrait déduire d'une part l'aptitude particulière des juristes français à manier la règle européenne et d'autre part la communauté d'inspiration des deux contrôles, interne et

⁷¹⁵ Cf. A. MIRANDES, *op. cit.*, en particulier la première partie relative à l'évolution des fondements des règles de compétence, *passim*.

⁷¹⁶ Sous réserve des bouleversements potentiellement engendrés en la matière par Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (arrêt n° 260) *Clunet* 2004 p. 867 note G. Cuniberti.

⁷¹⁷ Critère utilisé, semble-t-il pour la première fois, par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu le 10 novembre 1971 (CA Paris 10 novembre 1971 *Mack Trucks Clunet* 1973 p. 239 note A. Huet) aux termes duquel « toutes les fois que la règle française n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, il suffit, pour qu'un tribunal étranger soit reconnu compétent, que le litige se rattache d'une manière suffisante au pays dont le juge a été saisi, c'est à dire que le choix de la juridiction ne soit ni arbitraire, ni artificiel, ni frauduleux ». Cette formule sera reprise en substance quelques années plus tard par la Haute juridiction dans le célèbre arrêt *Simitich* (Civ. 1^{ère} 6 février 1985 *Simitich*, préc.) : « toutes les fois que les règles françaises de solution des conflits de juridictions n'attribuent pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ». L'évolution n'est pas seulement d'ordre terminologique, car, à l'examen, on ne peut guère déceler de différence entre les adjectifs « suffisant » et « caractérisé ». En revanche, alors que la Cour de Paris envisage ce lien de manière négative et subjective, la Cour de cassation en retient une acception positive et objective. C'est uniquement de ce point de vue qu'il semble raisonnable d'opérer une distinction entre les termes « suffisant » et « caractérisé ».

européen. Si chacune de ces conclusions se heurte à des objections, celles-ci ne sont pas insurmontables.

154. En premier lieu, il convient de relever que la règle énoncée par la Commission EDH concerne la compétence internationale directe alors que la règle française intéresse la compétence internationale indirecte. Si, à la suite de Dominique Holleaux⁷¹⁸, il est bien établi qu'il n'existe aucun lien logique nécessaire entre la compétence directe et indirecte, ce qui a pour effet de condamner la méthode qui consiste à déduire des règles de compétence internationale directe les règles de compétence internationale indirecte⁷¹⁹, il est également douteux, à l'inverse, qu'un tel lien se vérifie de la compétence indirecte à la compétence directe. La similitude des règles européenne et française ne saurait occulter l'irréductible différence de leur objet, la compétence indirecte pour la seconde, la compétence directe pour la première. Rappelons en effet, que, dans la décision pertinente rendue par la Commission, le requérant, de nationalité grecque, ne cherchait pas, sur le fondement de la CEDH, à remettre en cause la compétence exercée par la juridiction britannique du point de vue de l'ordre juridique grec, mais bien de contester cette compétence en elle-même, c'est-à-dire du point de vue de l'ordre juridique britannique. En outre, la règle française « *ne se préoccupe pas de la particulière aptitude [du juge étranger] à administrer la recherche des preuves ou de la charge financière excessive que sa compétence constituait pour l'une des parties* »⁷²⁰, alors qu'il s'agirait de considérations importantes pour la mise en œuvre de la règle européenne. Son maniement n'aurait donc rien d'aisé au sein de l'ordre juridique français.

Néanmoins, cette présentation aboutit à minimiser le rapprochement que l'on ne peut manquer d'opérer entre les deux dispositions envisagées. Tout d'abord, dans la mesure où

⁷¹⁸ Cf. la démonstration menée par D. Holleaux dans la première partie de sa thèse, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970, p. 5 et s.. L'auteur s'attache ainsi à « *débarasser le problème dit de la compétence indirecte d'une donnée fautive : la prétendu lien logique entre le régime de contrôle de la compétence du juge étranger et les règles de compétence directe du pays d'origine du jugement ou du pays de reconnaissance. Un tel lien n'existe pas* » (p. 407). Ce problème n'est donc pas susceptible de solution déductive, ce qui implique la détermination de l'objectif de ce contrôle de la compétence étrangère afin de lui affecter des règles adéquates (p. 407).

⁷¹⁹ Voir cependant la position très ambiguë de la Cour de cassation adoptée dans un arrêt du 17 février 2004 (arrêt n° 260, préc.). Pour déclarer les juridictions algériennes indirectement incompétentes, la Haute juridiction paraît en effet se fonder de manière fort inopportune sur les critères français de compétence directe. Toutefois, alors qu'elle semble renouer avec la théorie de la bilatéralisation, sa conclusion se réfère à l'absence de lien caractérisé entre le litige et les juridictions algériennes. Ainsi, selon une interprétation optimiste et raisonnable (cf. G. CUNIBERTI, note sous Civ. 1^{ère} 17 février 2004, *Clunet* 2004 p. 871), cette décision ne remettrait pas en cause la règle issue de la jurisprudence *Simitch*, mais en préciserait simplement la mise en œuvre (cf. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 431, n° 595).

⁷²⁰ C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 637, n° 688.

elles supposent un lien entre le for compétent et le litige, les compétences directe et indirecte se rejoignent⁷²¹, même si la conception de ce lien apparaît spécifique à chacune d'elles. Ensuite et surtout, ni la règle européenne ni la règle française n'ont pour finalité de déterminer la juridiction normalement compétente ou la plus adéquatement compétente. Plus modestement, elles tendent à une évaluation de la compétence qui a été exercée. C'est la raison pour laquelle il n'est pas possible de reprocher au juge d'un État Partie de ne pas s'être reconnu compétent alors qu'il existait un lien suffisant entre l'ordre juridique duquel il relève et le litige. Ce problème ressortit éventuellement à la question de l'effectivité du droit d'accès, mais pas à celle du droit général au procès équitable et de la compétence. La pertinence de l'exigence d'un lien suffisant se limite à l'hypothèse dans laquelle un juge interne a exercé sa compétence, c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle où, *a priori*, le droit d'accès au juge a été respecté. Pour reprendre la formule de MM. Ancel et Lequette, « *il ne s'agit pas de rechercher le for le plus approprié, il s'agit seulement de vérifier que le for étranger n'était pas inapproprié* »⁷²². Dans les deux cas, les règles envisagées instituent un contrôle effectué *a posteriori* ; simplement, jusqu'à présent, le juge a cantonné l'utilisation de cette méthode de contrôle familière du droit français à la compétence indirecte, soit la compétence directe étrangère vue sous l'angle de son ordre juridique au titre de la régularité internationale des décisions étrangères. Sous l'impulsion européenne, son extension⁷²³ à la compétence directe du for semble s'imposer⁷²⁴.

155. En second lieu, il serait erroné de voir dans l'identité des formules une communauté d'inspiration. L'analyse de la règle européenne de contrôle de la compétence internationale en relation avec son fondement, c'est-à-dire le droit général au procès équitable, a fait apparaître qu'elle tendait à vérifier le respect, par la disposition relative à la compétence et les critères sur lesquels elle se fonde, de l'équité procédurale entre les parties. Rejoignant ainsi les

⁷²¹ Sur le rapprochement de la compétence indirecte et de la compétence directe envisagée sous l'angle d'un principe de proximité cf. C. CHALAS, *op. cit.*, p. 636 et s., n° 688. Voir également, P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 268, n° 372.

⁷²² B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 651, n° 70.16.

⁷²³ Extension qui appellerait quelques adaptations afin de tenir compte de l'objet spécifique de la règle européenne, à savoir la compétence directe. En effet, cette dernière ne saurait être appréciée de la même manière que la compétence indirecte puisque l'existence d'un jugement dans un cas et non dans l'autre constitue un élément majeur de différenciation des deux hypothèses.

⁷²⁴ Ce qui, de prime abord, n'est pas à redouter puisque, si la compétence directe et la compétence indirecte supposent un lien entre le litige et le for compétent, il serait pour le moins paradoxal que le juge français estime non fondée l'exercice d'une compétence par un juge étranger du point de vue de l'ordre juridique du for alors que ce même ordre juridique aurait autorisé, dans les mêmes circonstances, le juge français à affirmer sa compétence. Quant à la question de la mise en œuvre de la règle européenne dans l'ordre juridique interne, trois voies sont envisageables (cf. *infra* n° 178 et s.).

analyses de Dominique Holleaux, cette règle européenne vise à instaurer un contrôle poursuivant un double objectif, un objectif de droit privé, tout d'abord, et un objectif essentiellement procédural⁷²⁵, ensuite. Sa finalité apparaît relativement modeste, en ce qu'elle ne vise que l'évaluation et non la détermination de la compétence internationale. Par-là, elle est toutefois plus réaliste et plus rationnelle. En effet, par sa qualité d'organe international, la Commission EDH se trouvait dans une position qui lui aurait permis de procéder à une répartition efficace des compétences entre les différents ordres juridiques soumis à son contrôle⁷²⁶. Elle aurait ainsi pu s'engager dans une entreprise ambitieuse, mais difficile à légitimer. D'une part, en ratifiant la Convention, il est douteux que les États aient entendu réglementer aussi précisément la compétence internationale de leurs juridictions. Certes, cet argument n'a pas et n'a jamais eu un grand poids, mais il n'en reste pas moins que les conventions internationales comportant des règles de compétence internationale directe par nature bilatérales sont peu fréquentes, les États partenaires préférant organiser les modalités de reconnaissance et d'*exequatur* des décisions rendues par leurs tribunaux respectifs. D'autre part et surtout, une telle orientation dépasserait l'objet de la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit d'un instrument de protection des droits des individus et non de la souveraineté des États Parties. La vocation du contrôle de la compétence mené sur son fondement consiste à s'assurer que les critères de compétence directe ne portent pas atteinte à l'équité du procès. La dimension publiciste de la compétence internationale directe n'entre pas dans les prévisions de l'exigence d'un lien suffisant. Même si, par ricochet et par le fruit du hasard, elle peut aboutir à protéger la souveraineté juridictionnelle étatique, peu importe la répartition des litiges entre les États du point de vue de la souveraineté. Au demeurant, l'énoncé du lien suffisant, tout comme les autres garanties procédant du droit général au procès équitable, ne s'accompagne d'aucune réserve ou restriction ménageant des intérêts liés à la souveraineté étatique. Ainsi, l'État dont la responsabilité internationale est recherchée n'a pas la possibilité de démontrer que l'atteinte à l'exigence du lien suffisant constitue une restriction légitime à la Convention qui se justifierait par l'idée d'une protection de sa

⁷²⁵ L'hypothèse d'une prise en considération plus forte de certains des éléments permettant d'établir l'existence d'un lien suffisant en raison de la nature de l'objet du litige n'est en effet pas à exclure. C'est la raison pour laquelle, si le contrôle poursuit au premier chef un objectif procédural, il convient d'observer quelque prudence sur cette question.

⁷²⁶ Un État pourrait également décider unilatéralement de la répartition des litiges de droit privé affectés d'un élément d'extranéité à l'échelle de la planète, simplement une telle position ne vaudrait qu'au regard de son ordre juridique. L'entreprise apparaît donc vaine, « *un acte inutile par carence d'effectivité* » selon l'expression de Miaja de la Muela (« Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI* 1972 volume I p. 59). Seule une démarche au niveau international pourrait être féconde.

compétence internationale, notamment par le biais de la notion de compétence exclusive⁷²⁷. En d'autres termes, les prolongements du droit général au procès équitable obéissent à une logique juridique classique, c'est-à-dire une logique binaire et non une logique floue pourtant plus commune au droit européen des droits de l'homme. Devant les juges de Strasbourg, la question se résume à celle-ci : la compétence exercée présentait-elle, oui ou non, un lien suffisant ? La réponse dépend uniquement de la situation des parties et de l'équilibre régnant entre elles. Or, en précisant que « *toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux* »⁷²⁸, le contrôle français de la compétence dépasse les prévisions européennes. Son inspiration est-elle cependant différente ? L'analyse de Francescakis fournit une réponse affirmative. De son point de vue, en effet, la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Simitch* s'entend d'une admission de la compétence étrangère dès lors qu'elle s'est affirmée dans un jugement sous réserve de l'existence d'une compétence exclusive française, de l'absence de liens suffisants et d'un choix frauduleux⁷²⁹. Il estime alors que « *la réserve de la compétence française exclusive autant que l'exigence d'un rattachement objectif du litige à un État donnerait plutôt raison à la thèse dite publiciste* »⁷³⁰, thèse selon laquelle le but du contrôle de la compétence réside dans la défense de la souveraineté française⁷³¹. Cette opinion semble trouver une justification supplémentaire dans l'objet même de l'institution de l'*exequatur* tel que défini par la Cour de cassation, c'est-à-dire « *assurer la protection de l'ordre juridique et des intérêts français* »⁷³². La singularité de la règle française par rapport à la règle européenne serait patente, l'une protégeant la souveraineté étatique, l'autre les droits des individus. Cependant, la démonstration de l'illustre auteur ne convainc guère. Tout d'abord, si l'institution de l'*exequatur* a pour objet même la protection de l'ordre juridique et des intérêts français, cette assertion peut également signifier que la vérification de la compétence exercée par le juge étranger doit procéder d'une règle française puisque, dans cette hypothèse, c'est bien l'ordre juridique français et non l'ordre juridique étranger dont émane la décision

⁷²⁷ Hypothèse dans laquelle la compétence directe française aboutit à rejeter la compétence indirecte étrangère quand bien même le litige présenterait un lien avec cet ordre juridique étranger.

⁷²⁸ Civ. 1^{ère} 6 février 1985 *Simitch*, précité.

⁷²⁹ P. FRANCESKAKIS, « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt "Simitch" de la Cour de cassation », *RCDIP* 1985 p. 255.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 271.

⁷³¹ D. HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 342, n° 375.

⁷³² Civ. 1^{ère} 7 janvier 1964 Munzer *RCDIP* 1964 p. 344 note H. Batiffol, *Clunet* 1964 p. 302 note B. Goldman, *GAJFDIP* n° 41.

soumise à *exequatur* qui est en cause. Ainsi, l'affirmation aboutit à la condamnation de certaines techniques de contrôle de la compétence étrangère se référant aux règles de compétences étrangères⁷³³. C'est dans l'ordre juridique protégé que doit être recherchée la règle pertinente pour résoudre le problème⁷³⁴. Ensuite et surtout, l'interprétation de la règle française apparaît très surprenante, l'éminent auteur reléguant le lien suffisant au rang de simple exception. Ainsi, la règle française consacrerait, en principe, l'acceptation de la compétence étrangère dès lors qu'elle a été exercée sauf compétence exclusive, absence de liens suffisants et absence de fraude. Outre qu'une majorité d'auteurs estime, au contraire, que le principe est celui de l'exigence d'un lien suffisant⁷³⁵, l'opinion émise par Francescakis est en contradiction avec la structure de la règle de droit contenu dans l'attendu de la Cour de cassation. D'une part, la référence à la compétence exclusive française ne constitue pas une exception, mais une délimitation du champ d'application de la règle. Celle-ci ne vaut, par conséquent, que dans les hypothèses où la règle française de compétence directe est concurrente⁷³⁶. D'autre part, elle opère une confusion entre la « présupposition » de la règle et son « effet juridique »⁷³⁷. Si le tribunal étranger doit être reconnu compétent, ce n'est pas de manière inconditionnée, et si l'exigence d'un lien suffisant et l'absence de fraude sont réservées, ce n'est pas à titre d'exception. Ces dernières apparaissent comme la présupposition de la règle de compétence indirecte. Seule leur réunion génère le droit subjectif à la reconnaissance⁷³⁸ de la compétence du juge étranger qui constitue alors l'effet juridique de la règle de compétence indirecte. Ainsi, dans son domaine d'application, la règle française de contrôle de la compétence ne vise nullement à sauvegarder la souveraineté juridictionnelle étatique. Son inspiration n'est donc pas à rechercher dans la doctrine

⁷³³ Soit les doctrines de l'unilatéralité simple (D. HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 10 et s. ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 266, n° 369) et de la double unilatéralité (D. HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 20 et s.).

⁷³⁴ A. HUET, note sous Civ. 1^{ère} 6 février 1985 *Simitch*, *Clunet* 1985 p. 464.

⁷³⁵ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. 645, n° 70.8 ; A. HUET, note préc., p. 467.

⁷³⁶ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 646, n° 70.10 ; A. HUET, note préc., p. 470. L'arrêt *Simitch* contient ainsi deux règles de compétence indirecte, l'une applicable en présence d'une compétence exclusive prescrivant le rejet pur et simple de la compétence étrangère, l'autre applicable en présence d'une compétence concurrente prescrivant l'admission de la compétence étrangère sous une double condition. À cet égard, plusieurs auteurs souhaitent une extension du domaine de cette dernière au point qu'il n'existe plus qu'une seule règle de compétence indirecte (cf. J. MASSIP, note sous Civ. 1^{ère} 6 février 1985 *Simitch*, *Dalloz* 1985 p. 470 ; A. HUET, note sous CA Paris 10 novembre 1971 *Mack Trucks*, *Clunet* 1973 p. 259). Cependant, le règlement du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale confirme l'incidence négative de la compétence exclusive en matière de compétence indirecte (article 35-1).

⁷³⁷ Selon la terminologie employée par Motulsky et empruntée à Stammer (H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, réimpression de l'édition de la librairie du Recueil Sirey parue en 1948, 1991, p. 18).

⁷³⁸ Sur cette notion d'élément générateur des droits subjectifs, cf. H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 43 et s..

publiciste, mais dans la doctrine privatiste représentée par Dominique Holleaux⁷³⁹. Par conséquent, la règle française de contrôle de la compétence et la règle européenne procèdent d'une communauté d'inspiration, la sauvegarde des droits et intérêts des individus.

156. Ainsi, l'exigence d'un lien suffisant subordonnant la conformité à la Convention des règles de compétence internationale et des critères sur lesquels elles s'appuient apparaît concordante avec les objectifs poursuivis par le droit international privé. De ce point de vue, la règle européenne de contrôle de la compétence internationale ne présente aucune singularité. En revanche, en précisant que celle-ci repose non seulement sur le droit au procès équitable, mais aussi sur les principes généraux du/de droit international, la Commission EDH évoque un corps de règles dont le rôle en droit international privé prête à controverse.

§ II Les principes généraux du/de droit international

157. L'exigence d'un lien suffisant mise en avant par la Commission EDH à l'occasion de l'affaire *B. A. contre le Royaume-Uni* semble d'autant plus justifiée qu'elle puise sa raison d'être dans le droit international général. Après avoir spécifié le lien autorisant les juridictions britanniques à exercer leur compétence sur le cas affecté d'un élément d'extranéité dont elles étaient saisies, les commissaires précisent que cette solution s'accorde avec, selon la version officielle de cette décision, les « *general principles of international law* ». La formule suscite quelques difficultés. S'il ne fait aucun doute que les principes en question ressortissent au droit international public général⁷⁴⁰, il apparaît plus difficile de déterminer si la Commission EDH a entendu se référer aux principes généraux *de droit*⁷⁴¹, source formelle de droit international visée à l'article 38-1-c du statut de la Cour internationale de Justice, ou aux principes généraux *du* droit international, c'est-à-dire des « *règles générales déduites de l'esprit des coutumes et des conventions en vigueur* »⁷⁴², qui, à ce titre, relèvent dans une

⁷³⁹ Même si la solution préconisée par l'auteur pour satisfaire à l'objectif privé et procédural ne coïncide pas avec celle retenue par la Cour de cassation (D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970, p. 372 et s., spéc. p. 380, n° 402).

⁷⁴⁰ « Pour les auteurs anglo-américains, "droit international" (*International law*), veut dire plus généralement "droit international public" » (T. H. HEALY, « Théorie générale de l'ordre public », *RCADI* 1925 volume IV p. 418 ; cf. également NGUYEN QUOC DINH (†), P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, p. 35, n° 2.

⁷⁴¹ NGUYEN QUOC DINH (†), P. DAILLIER, A. PELLET, *op. cit.*, p. 348 et s., n° 223 et s..

⁷⁴² *Ibid.*, p. 349, n° 223. Sur la distinction entre les principes généraux de droit et les principes généraux du droit, cf. A. ORAISON, « La Cour internationale de justice, l'article 38 de son statut et les principes généraux (*La stratégie sectorielle de la neutralité mise en œuvre par l' "Organe judiciaire principal des Nations-Unies" dans le domaine de la formulation des principes généraux*) », *RRJ* 2002 p. 990.

large mesure du droit coutumier⁷⁴³. À défaut de pouvoir réellement lever l'ambiguïté, il conviendra d'envisager les deux hypothèses afin d'éprouver la pertinence de la mention du droit international.

158. Que la Commission EDH fasse appel au droit international pour interpréter le texte européen et ainsi asseoir sa position ne saurait surprendre⁷⁴⁴. Il s'agit là d'une pratique aujourd'hui courante et peu contestable de la part des juges de Strasbourg⁷⁴⁵, la Convention européenne des droits de l'homme devant « *autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international dont elle fait partie intégrante* »⁷⁴⁶. En revanche, que la Commission EDH intègre dans son raisonnement des règles du droit international général pour apprécier une question relevant du droit international privé laisse perplexe. Si la référence peut se comprendre (A), elle demeure discutable et surabondante (B).

A Une référence admissible

159. De prime abord, l'appel aux règles du droit international général signifierait que, du point de vue de la Commission EDH, le droit international privé, ou tout au moins le problème du conflit de juridictions, s'analyse en un conflit de souveraineté pour la résolution duquel les règles du droit des relations interétatiques sont relevantes. Une telle perspective

⁷⁴³ Sur la coutume, cf. NGUYEN QUOC DINH (†), P. DAILLIER, A. PELLET, *op. cit.*, p. 322 et s., n° 207 et s..

⁷⁴⁴ G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 165 ; *Id.*, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (1998-1999) », *AFDI* 1999 p. 767 ; *Id.*, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2000) », *AFDI* 2000 p. 614. Au demeurant, certains articles de la Convention opèrent un renvoi exprès au droit international général (l'article 35 prévoit ainsi que l'épuisement des voies de recours internes doit être entendu « *selon les principes de droit international généralement reconnus* » ; de même l'article 1 du Protocole n° 1 subordonne la conventionnalité d'une privation de propriété à sa réalisation dans des conditions prévues par « *les principes généraux du droit international* »).

⁷⁴⁵ Cf. par exemple, CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, préc. : « *Le principe selon lequel une contestation doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnu ; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni de justice. L'article 6 § 1 doit se lire à leur lumière* » (§ 35).

⁷⁴⁶ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, précité. Cette justification est relativement ancienne. Outre l'arrêt *Golder*, la Cour énonce dans son arrêt *Loizidou contre Turquie* rendu le 18 décembre 1996 (CEDH 18 décembre 1996 requête n° 15318/89 *Loizidou c/ Turquie* *Clunet* 1997 p. 273 obs. P. Tavernier, *RGDIP* 1998 p. 123 note G. Cohen-Jonathan, *RTDH* 1998 p. 77 note J.-P. Cot) « *que la Convention doit s'interpréter à la lumière des règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, dont l'article 31-3-c précise qu'entre en ligne de compte "toute règle pertinente de droit international applicable aux relations entre les parties" (...) La Cour estime que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter dans le vide. Considérant le caractère particulier de la Convention en tant que traité sur les droits de l'homme, elle doit aussi prendre en compte toute règle pertinente de droit international lorsqu'elle se prononce sur sa juridiction en vertu de l'article 49 de la Convention* ».

n'est pas sans rappeler les théories développées, notamment en France par Pillet et Bartin. Les thèses de ce dernier amènent à considérer que le droit international privé opère, entre les États, une répartition des compétences au sens du droit international public, et, que faute d'un législateur supra-national, cette tâche incombe à chaque État⁷⁴⁷. Ces doctrines élaborées au début du vingtième siècle ont été vivement combattues, nombre d'auteurs s'attachant à démontrer l'autonomie des deux matières. M. Pierre Mayer⁷⁴⁸, par exemple, soutient que le terme de compétence revêt une acception très différente selon que l'on se place du point de vue du droit international privé ou du droit international public. En particulier, lorsqu'un État édicte une règle de compétence internationale directe, il ne délimite pas sa compétence normative, mais celle de ses organes. Il s'agit simplement d'indiquer aux individus les cas dans lesquels ses juridictions seront ou ne seront pas compétentes ; mais, si la réponse est négative, l'État n'a pas le pouvoir d'attribuer le litige aux juridictions relevant d'un autre souverain. Or, dans la mesure où une règle de compétence précise toujours à qui un pouvoir se trouve confié, les règles de compétence internationale ne revêtent pas cette nature⁷⁴⁹. L'analyse vaut également dans l'hypothèse où la règle de compétence internationale est contenue dans une convention internationale, celle-ci ne pouvant modifier la compétence que le droit international général concède à chaque État⁷⁵⁰. Le traité, insiste Pierre Mayer, « *n'est en réalité qu'une prise de position collective quant à l'usage (éventuellement abusif) que feront les États de leur compétence, prise de position assortie de l'obligation pour chaque État Partie vis-à-vis des autres, de maintenir ses tribunaux dans les limites définies pour lui par le traité et de ne pas contester l'usage que feront les autres du pouvoir qui leur est reconnu* »⁷⁵¹. En somme, la fonction technique du droit international privé est rétive à toute idée de conflit de souveraineté. Ce droit n'investit pas d'une compétence, il s'intéresse simplement à l'efficacité des normes. Existe-t-il pour autant une opposition entre les deux termes ?

À rebours de l'opinion majoritaire, M. Pascal de Vareilles-Sommières a répondu négativement⁷⁵². Constatant, en particulier, que les règles de compétence directe investissent les juridictions françaises d'un pouvoir, donc d'une compétence, l'auteur en déduit la

⁷⁴⁷ P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979 p. 4.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 1, p. 349, p. 537.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 13.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 15.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁵² P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, LGDJ, 1997, p. 40 et s., n° 38 et s..

corrélation entre l'efficacité d'une norme et la compétence⁷⁵³. Par ailleurs, une réglementation interne de la compétence étatique est recevable tant du point de vue des rapports entre l'ordre interne et l'ordre international que du point de vue des rapports entre les différents ordres internes. Simplement, ces règles ne valent qu'au regard de l'ordre juridique dans lequel elles sont en vigueur.

Cependant, il n'est pas certain que ces perceptions différentes de l'objet du droit international privé aient pour conséquence d'éliminer tout rapprochement entre elles. Elles se rejoignent, en particulier dans le fait qu'elles admettent l'une et l'autre le rôle du droit international en matière de conflit de lois ou de juridictions. Quelle que soit, en effet, la perception de l'objet du droit international privé, une quasi-unanimité se fait autour de l'idée selon laquelle le droit international public a une certaine vocation à intervenir en droit international privé⁷⁵⁴. Selon les tenants du premier courant, droit international public et droit international privé sont deux entités bien distinctes, certes, mais qui ont des points de contact⁷⁵⁵; selon les tenants du second courant, les deux matières entretiennent des relations très étroites, si bien que la vocation du droit international public en matière de conflit de lois ou de juridictions relève de l'évidence⁷⁵⁶. Par conséquent, en appuyant sa solution sur les « *general principles of international law* », la Commission EDH adopte là un parti peu contestable. Sans entrer dans la controverse portant sur la nature des règles de conflit et sur le contenu exact des liens qui unissent droit international privé et droit international public, elle fait sienne l'idée d'une

⁷⁵³ L'efficacité d'une norme, loi ou jugement, au sein d'un ordre juridique s'expliquant par le fait que cet ordre tient l'auteur de ladite norme comme compétent pour l'édicter (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 40 et s., n° 38 et s.).

⁷⁵⁴ Par exemple, en matière de conflit de lois, Roberto Ago (« Règles générales de conflit de lois », *RCADI* 1936 tome 58 p. 243) s'oppose non seulement à l'idée selon laquelle les règles de conflit ont pour objet de régler un conflit de compétences (p. 251 et s.), mais également à toute influence du droit international général sur l'activité législative des États en matière de droit international privé dans la mesure où il n'existe aucune obligation à la coopération interétatique (p. 291).

⁷⁵⁵ Cf. M. AGUILAR NAVARRO, « Droit international public et droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury. Tome I, Droit international privé et public*, Dalloz, 1960, p. 3 ; M. BOS, « Droit international public et droit international privé : deux entités bien distinctes », in *Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski. Theory of international law at the Threshold of the 21st century*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1996, p. 89 ; N.-A. DIAB, *Le tribunal internationalement compétent en droit libanais et français*, LGDJ 1993, n° 76, p. 40 ; F. MATSCHER, « Étude des règles de compétence judiciaire internationale dans certaines conventions internationales », *RCADI* 1978 volume I p. 161 ; M. Pierre Mayer (*loc. cit.*, p. 21 et s.) reconnaît ainsi que les règles du droit international exercent une double influence sur le contenu des règles de droit international privé ; une influence de nature juridique au stade de l'édition des normes et une influence de nature rationnelle au stade de l'efficacité internationale des normes ; A. MIAJA DE LA MUELA, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI* 1972 volume I p. 1., spéc. p. 21 ; NGUYEN QUOC DINH (†), P. DAILLIER, A. PELLET, *op. cit.*, n° 4, p. 37.

⁷⁵⁶ Cf. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 7 et s..

interaction entre les deux matières⁷⁵⁷. Pour autant, si le droit international possède quelques titres d'intervention, l'examen de son contenu révèle l'impossibilité de l'ériger au rang d'un fondement d'une règle limitative de la compétence juridictionnelle des États.

B Une référence contestable

160. L'expression « *general principles of international law* », utilisée par les membres de la Commission EDH pour appuyer l'exigence d'un lien suffisant découlant de la Convention, peut s'entendre de deux manières dans la mesure où il est impossible de déterminer si cette formule renvoie aux principes généraux *de* droit international ou aux principes généraux *du* droit international. Sa structure permet d'identifier une allusion aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, selon la lettre, désuète, de l'article 38-1-c du Statut de la Cour internationale de justice ou, selon son esprit, communs aux systèmes juridiques nationaux⁷⁵⁸. L'emploi d'une épithète, en l'occurrence, « international », est en effet impropre, les ordres juridiques internes constituant l'assise des principes généraux de droit, source formelle du droit international⁷⁵⁹. En outre, la formule ne comporte aucun renvoi aux systèmes nationaux. Cependant ces imperfections rédactionnelles doivent être minorées tant sont fréquentes les confusions entre les principes généraux de droit et les principes généraux du droit, aussi bien dans la jurisprudence⁷⁶⁰ que dans la doctrine⁷⁶¹. Cette ambiguïté demeure pourtant sans incidence, car, ni les uns, ni les autres ne renferment la règle que la Commission EDH a cru y déceler.

161. Selon la perspective des principes généraux de droit⁷⁶², l'exigence d'un lien suffisant constitue un principe de droit interne, commun, sinon à la totalité, du moins à la plupart des systèmes juridiques nationaux, que le juge international ne fait que constater et transposer

⁷⁵⁷ Sans qu'il soit d'ailleurs possible de déterminer si cette interaction est perçue comme procédant d'une autonomie relative des deux matières ou d'une synonymie certaine de celles-ci.

⁷⁵⁸ L'expression « principes fondamentaux de droit universellement reconnus » se rencontre parfois (cf. CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, préc., § 35).

⁷⁵⁹ NGUYEN QUOC DINH (†), P. DAILLIER, A. PELLET, *op. cit.*, n° 223, p. 350.

⁷⁶⁰ L'arrêt *Golder* est assez révélateur en évoquant « le principe de droit international qui prohibe le déni de justice » alors que ce dernier constitue un principe général du droit, c'est-à-dire une norme coutumière (CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, préc., § 35).

⁷⁶¹ Cf. par exemple G. COHEN-JONATHAN, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (1998-1999) », *AFDI* 1999 p. 767, qui parle d'un « "principe général du droit" au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ » (p. 782) alors que ce texte ne vise que les procédés formels de création du droit international en général, notamment les principes généraux de droit.

⁷⁶² NGUYEN QUOC DINH (†), P. DAILLIER, A. PELLET, *op. cit.*, p. 348 et s., n° 223 et s. ; A. ORAISON, *loc. cit.*, p. 1000 et s. ; F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pédone, 1977, p. 118.

dans l'ordre international, et plus précisément ici, dans un ordre juridique régional. D'une manière générale, il est certain que, en matière civile tout au moins, nul État n'offrira un accès à ses tribunaux pour statuer sur des litiges ne présentant aucun rattachement avec son ordre juridique⁷⁶³. Tous les ordres juridiques nationaux subordonnent donc la compétence civile de leurs juridictions à l'existence d'un lien. D'une pratique d'une telle constance, M. François Rigaux estime qu' « *il est légitime de déduire l'existence d'un principe coutumier, selon lequel la compétence exercée par les juridictions civiles d'un État à l'égard de faits ou de situations localisées en dehors de son territoire ou de personnes n'ayant pas sa nationalité* »⁷⁶⁴ n'est pas illimitée. Toutefois, en raison de son imprécision, cette idée ne saurait accéder à la vie internationale. Si un lien entre le litige et le for se trouve requis, la nature de ce lien, en revanche, est insaisissable. Chaque État connaît en effet des règles de compétence dites exorbitantes qui expriment une conception du contact minimum propre à fonder la compétence internationale de leurs juridictions. De sorte que, s'il est possible de dégager des différents systèmes nationaux l'idée selon laquelle un lien entre le for et litige est impératif, la trop grande diversité dans la spécification de ce lien est de nature à rendre la règle ainsi observée inutilisable. Elle ne servirait qu'à entériner les compétences existantes en tant qu'expression du lien suffisant. Une référence aux principes généraux de droit apparaît en conséquence inutile, cette source ne donnant naissance qu'à une règle dépourvue de contenu et vide de sens qui concéderait aux États une marge d'appréciation illimitée⁷⁶⁵. Or, la volonté de la Commission EDH de créer un instrument de validation des règles de compétence étatiques sans autre contrôle que l'existence d'un rattachement, si minime soit-il⁷⁶⁶, paraît douteuse.

162. Selon la perspective des principes généraux du droit, l'exigence d'un lien suffisant se rattache à la coutume internationale, tant au sens formel que matériel. Là encore, outre l'expression utilisée⁷⁶⁷, cette analyse prête le flanc à la critique. D'une part, aucune coutume

⁷⁶³ Si bien que, par exemple, en France, même en cas de risque de déni de justice, le constat d'une insertion suffisante du litige dans l'ordre juridique français conditionne la compétence générale des juridictions nationales. Cf. F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 325 et s., § 171.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 327, § 171.

⁷⁶⁵ Dans l'hypothèse où, par exemple, un État déciderait que la seule saisine de ses juridictions serait constitutif du lien suffisant entre son ordre juridique et le litige.

⁷⁶⁶ Pour ne pas dire sans autre contrôle que l'existence de la règle qui a fondé la compétence !

⁷⁶⁷ Miaja de la Muela se montrait sceptique à l'égard de la formule « principes généraux du droit international » en matière de compétence en faisant observer que bien souvent les juridictions internes y avaient recours pour légitimer les règles de compétence de leur État (*loc. cit.*, p. 38). Et, reprenant les mots d'un avocat espagnol prononcés au XIX^{ème} siècle, il ajoutait qu'elle constituait « *une déclaration incertaine, peu définie, qu'il me semble opportun d'éviter* » (p. 39).

internationale, ne serait-ce qu'en voie de formation, ne vient limiter la compétence juridictionnelle des États, faute de la réunion de ses éléments constitutifs. En effet, ni l'élément matériel, le précédent, c'est-à-dire « *l'accomplissement répété d'actes* »⁷⁶⁸, ni l'élément psychologique, l'*opinio juris*, c'est-à-dire « *la conviction des sujets de droit que l'accomplissement de tels actes est obligatoire parce que le droit l'exige* »⁷⁶⁹, ne sont vérifiés⁷⁷⁰. S'il existe une tendance parmi les États à ne pas étendre démesurément la compétence de leurs tribunaux dans les litiges affectés d'un élément d'extranéité⁷⁷¹, le contenu de cette restriction est indéterminé, si bien qu'il semble très difficile d'en inférer une règle claire. L'élément répétition fait donc défaut. Par ailleurs, et surtout, le sentiment que cette limitation s'impose reste douteux. La faiblesse des protestations diplomatiques et la rareté des recours formés par les États à l'encontre de ceux qui auraient, au travers de leurs juridictions, excédé leur compétence au regard du droit international constituent des indices particulièrement révélateurs de l'inexistence d'une règle limitative tenue pour obligatoire. Ainsi, M. Franz Matscher note qu'au regard des règles de compétence qualifiées d'exorbitantes « *personne n'a sérieusement songé à y voir une violation du droit international public* »⁷⁷². De même, quand M. Paul Lagarde se demande « *si ne serait pas en voie de formation un principe général du droit international obligeant les tribunaux à se dessaisir lorsque leur compétence, le plus souvent exorbitante, est à ce point contraire au principe de proximité qu'elle équivaut à priver le défendeur d'un procès juste et équitable* », il ne se réfère pas au droit international général, mais aux conventions relatives aux droits de l'homme et notamment la CEDH⁷⁷³. À l'inverse, s'il y a une *opinio juris* pour condamner certains titres de compétence, l'accord manque pour connaître ces titres⁷⁷⁴.

163. Et, si aucune coutume internationale restrictive de compétence ne peut être décelée, c'est que, d'autre part, le droit international, en la matière, concède une très grande latitude

⁷⁶⁸ NGUYEN QUOC DINH (†), P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, p. 323, n° 207.

⁷⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁷⁰ Cf. A. MIAJA DE LA MUELA, *loc. cit.*, p. 37.

⁷⁷¹ Fragistas relevait que même si le pouvoir juridictionnel dérivait de la souveraineté et qu'en conséquence ses seules limites devraient émaner du droit international, « *en réalité, les États ne font pas un plein usage des possibilités qui leur sont ainsi reconnues ; ils n'amplifient pas l'étendue de leur compétence internationale au delà de certaines limites qu'ils jugent convenables* ». C'est la raison pour laquelle la compétence se trouve subordonnée à l'existence d'un lien entre le for et le litige (« La compétence internationale en droit privé », *RCADI* 1961 volume III p. 197).

⁷⁷² F. MATSCHER, *loc. cit.*, p. 157.

⁷⁷³ P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1986 tome 196 p. 155 et s..

⁷⁷⁴ A. MIAJA DE LA MUELA, *loc. cit.*, p. 37.

aux États. La position de la Cour Permanente Internationale de Justice puis de la Cour Internationale de Justice à cet égard n'a pas varié depuis l'affaire du *Lotus*⁷⁷⁵ dans laquelle elle a exprimé un état du droit positif toujours d'actualité : « *Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance de l'État ne se présument donc pas. Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure (sauf l'existence d'une règle permissive contraire) tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale ; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit des faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux États d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens ou des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux États de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables* »⁷⁷⁶. La Cour ajoute que « *dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté* »⁷⁷⁷. Or, jusqu'à présent, ces limites demeurent introuvables. De ce silence du droit international, deux interprétations ont été proposées. La première souligne la liberté absolue dont jouit

⁷⁷⁵ Cette décision ne concerne pas directement les problèmes de conflit de lois ou de juridictions, mais la généralité des termes employés permet d'englober la compétence judiciaire et législative, en matière pénale ou civile (cf. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, LGDJ, 1997, p. 199 et s., n° 310 et s.).

⁷⁷⁶ CIJ 7 septembre 1927 France c/ Turquie (affaire du Lotus) *Répertoire des documents de la Cour de La Haye. Tome I, Droit international et droit interne*, IUHEI n° 39 Série I 1922-1945, Droz, Genève, 1961, p. 62.

⁷⁷⁷ *Ibidem*.

l'État pour fixer l'étendue de la compétence de ses tribunaux⁷⁷⁸. La carence du droit international à cet égard ouvre la voie à la seule autodiscipline des États⁷⁷⁹. L'autolimitation s'impose afin de favoriser un traitement harmonieux des situations affectées d'un élément d'extranéité⁷⁸⁰. D'ailleurs, s'il n'existe aucun lien entre le litige et l'État, quel peut être l'intérêt de ce dernier dans la reconnaissance par ses tribunaux d'une compétence pour statuer ? À défaut de précision, il n'est donc pas possible de voir dans l'exigence d'un lien suffisant une règle du droit international général. À titre d'exemple, M. François Rigaux note que « *le maintien en vigueur de l'article 14 du Code civil français, qui permet à un français de citer devant les tribunaux de son pays un étranger sans résidence en France, à propos d'un litige qui n'a aucun lien avec ce pays, est certes une anomalie, sans qu'on puisse prétendre qu'elle est contraire à une règle de droit international positif* »⁷⁸¹. Pour sa part, M. Philippe Buisson considère que le droit international général ne fournit aucun critère de rattachement⁷⁸². La seconde, avancée par M. Pascal de Vareilles-Sommières, s'oppose à la précédente. De son point de vue, l'absence de règle n'illustre pas, par un raisonnement *a contrario*, l'existence d'une règle permissive, mais l'absence de réglementation directe⁷⁸³. En d'autres termes, le droit international ne renferme qu'une réglementation indirecte de la compétence générale révélée par des déductions opérées à partir de principes internationaux établis avec certitude⁷⁸⁴. Or, excepté le principe de non-intervention d'où ressort l'interdiction pour un État de rattacher systématiquement les questions de droit privé internes d'un État donné à un autre État⁷⁸⁵, il ne règne aucune certitude, notamment en ce qui concerne la

⁷⁷⁸ L'unique limite qu'assigne le droit international général concerne le pouvoir de contrainte, c'est-à-dire d'exécution. Celui-ci est strictement territorial.

⁷⁷⁹ Cf. N.-A. DIAB, *Le tribunal internationalement compétent en droit libanais et français*, LGDJ 1993, p. 43, n° 80 ; N. FRAGISTAS, *loc. cit.*, p. 197 et s. ; F. MATSCHER, « Étude des règles de compétence judiciaire internationale dans certaines conventions internationales », *RCADI* 1978 volume I p. 149 ; P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979 p. 7, p. 547 et s., p. 582 ; A. MIAJA DE LA MUELA, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI* 1972 volume I p. 72 et s..

⁷⁸⁰ À défaut d'une telle limitation, l'État court le risque d'une non-reconnaissance à l'étranger de ce qui aura été décidé par ses tribunaux.

⁷⁸¹ F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité généralisé », *RCADI* 1989 p. 321. Cf. également F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 218. *Contra* B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI* 1986 p. 34.

⁷⁸² P. BUISSON, *La notion de for exorbitant (étude de droit international privé)*, Thèse Paris II, 1996, p. 174 et s..

⁷⁸³ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 236, n° 381.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 246 et s., n° 398 et s..

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 250, n° 405.

prétendue exigence d'un lien raisonnable entre le litige et l'État qui entend exercer sa compétence⁷⁸⁶.

164. Par conséquent, si l'influence du droit international sur le droit international privé, spécialement dans le traitement de la question dite du conflit de juridictions, n'est guère discutable, il convient de ne pas l'exagérer. Toute référence au droit international n'est pas forcément pertinente. Or, tel est l'écueil de la position des membres de la Commission EDH. L'exigence d'un lien suffisant ne saurait s'appuyer sur une norme du droit international général, quelle qu'en soit la source⁷⁸⁷. Ainsi que le précise Franz Matscher, « *il s'agit là d'une vision idéaliste appréciable et d'un programme dont le législateur national fera bien de tenir compte de lege ferenda, mais ce n'est pas l'expression d'une règle de droit international public positif, au moins en ce qui concerne la délimitation de la compétence judiciaire en matière civile* »⁷⁸⁸. Parce que l'activité juridictionnelle a trait à la souveraineté des États, ceux-ci sont rétifs à se lier par des obligations internationales. Pourtant, le caractère international de la matière à régler impose la prise en considération de certains objectifs internationaux⁷⁸⁹. L'État a sûrement aussi un intérêt, tout comme les individus, à ce que les décisions émanant de ses juridictions soient reconnues à l'étranger. Le fait que certains chefs de compétence fassent obstacle à cette reconnaissance postule une limite à la liberté de réglementation dont bénéficie l'État. Cette limite, ou un exemple d'une telle limite, se trouve dans la Convention européenne des droits de l'homme à travers le respect du droit au procès équitable et de l'exigence d'un lien suffisant. Elle procède uniquement de la Convention et plus précisément du droit au procès équitable. La détermination du fondement du lien suffisant est donc sujette à quelques ambiguïtés et incertitudes qui entourent également le contenu de cette exigence.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 241 et s., n° 392 et s..

⁷⁸⁷ Dans le même sens, cf. C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 360 et s., n° 391 et s.. À moins que la Convention n'entraîne en conséquence une évolution du droit international (sur cette influence, cf. G. COHEN-JONATHAN, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (1998-1999) », *AFDI* 1999 p. 767 et s. ; *Id.*, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2000) », *AFDI* 2000 p. 614 et s.), fait qui est toutefois loin d'être avéré.

⁷⁸⁸ F. MATSCHER, « Étude des règles de compétence judiciaire internationale dans certaines conventions internationales », *RCADI* 1978 volume I p. 157.

⁷⁸⁹ A. MIAJA DE LA MUELA, *loc. cit.*, p. 46.

Section II Le contenu de l'exigence d'un lien suffisant

165. En dépit de la pauvreté de la jurisprudence européenne relativement à la conformité à la Convention des règles de compétence internationale et des critères sur lesquels elles se fondent, la seule décision pertinente contient des enseignements très riches quoique sommaires. Face aux inévitables lacunes et incertitudes, ils pourront, le cas échéant, se nourrir des réflexions doctrinales suscitées par la règle française de compétence internationale indirecte, qui, en substance, présente une teneur identique à la norme de contrôle européenne. Subordonnée à l'existence de liens entre le for et le litige, la compétence internationale des juridictions des États Parties à la Convention fait l'objet d'une évaluation au cas par cas puisqu'il est impossible de définir de façon abstraite leur réalité. L'utilisation d'une telle méthode peut amener une modification profonde du traitement des conflits de juridictions dans la plupart des ordres juridiques nationaux soumis à l'influence de la CEDH. Une évaluation concrète de la compétence internationale (§ I) implique en effet un assouplissement de son exercice alors que la majorité des États sont traditionnellement attachés à un modèle rigide, perçu plus favorablement du point de vue de la sécurité juridique⁷⁹⁰ (§ II).

§ I Une appréciation concrète de la compétence judiciaire internationale

166. Prise en elle-même, l'exigence d'un lien suffisant demeure sibylline. Elle renvoie davantage à une idée qu'à une réalité, l'idée selon laquelle « *le rattachement entre le litige et le pays (...) dont la juridiction a été saisie sera jugé suffisant que s'il est effectif, réel et substantiel* »⁷⁹¹. Cette intuition appelle sans aucun doute des précisions. Le lien suffisant apparaît alors comme une notion fonctionnelle⁷⁹² nécessitant l'intervention du juge pour se réaliser. Ce lien s'apprécie donc *in concreto* et sa détermination varie au gré des litiges en fonction de leurs données de fait particulières. Ce qui importe n'est pas de fournir une définition exhaustive du lien suffisant, l'entreprise serait vaine et insurmontable, mais d'indiquer la manière dont l'existence de ce lien se vérifie. Les juges strasbourgeois ont ainsi

⁷⁹⁰ Cf. l'intervention de Paul Lagarde à la suite de la communication de Mme Hélène Gaudemet-Tallon, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », in *TCFDIP années 1986-1987, 1987-1988*, Éditions du CNRS, 1989, p. 190.

⁷⁹¹ A. HUET, note sous CA Paris 10 novembre 1971 Mack Trucks, *Clunet* 1973 p. 249 ; *Id.*, note sous Civ. 1^{ère} 6 février 1985 Simitich, *Clunet* 1985 p. 467.

⁷⁹² G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950.I.851 n° 4. Le passage relatif à la distinction entre les notions conceptuelles et les notions fonctionnelles se trouve également dans la thèse de Paul Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, p. 175 et s., n° 150.

recours à la méthode du faisceau d'indices (A). La texture ouverte du critère énoncé par la Commission EDH n'ouvre pas pour autant la voie à l'arbitraire. Sa concrétisation s'inspire de l'équité procédurale ce qui permet d'orienter et de préciser la méthode employée, laquelle n'exclut pas une certaine prévisibilité des solutions (B).

A Les caractères de l'exigence d'un lien suffisant

167. La souplesse est au centre de l'exigence d'un lien suffisant et son contenu demeure volontairement flou. La prudence manifestée par la défunte Commission EDH est compréhensible. Déduire de la Convention une règle de compétence judiciaire internationale eût été bien audacieux et fort critiquable. D'une part, la Commission EDH aurait outrageusement dépassé son rôle, lequel ne consistait pas à signaler aux États ce qu'ils devaient faire pour se conformer aux exigences conventionnelles, mais à exprimer un avis sur la compatibilité de leurs activités à l'aune de ces dernières. D'autre part, choisir une règle unique compatible avec la Convention pour résoudre le problème de la compétence internationale dans son ensemble, outre son caractère irréaliste, revenait à prendre parti en faveur du demandeur ou du défendeur alors que la notion de procès équitable implique le respect des droits de l'un et de l'autre⁷⁹³. La Commission EDH a donc emprunté la seule voie envisageable, établir une règle relativement indéterminée n'entravant pas sa liberté d'appréciation et ménageant de nécessaires possibilités d'adaptation. Parmi les notions suffisamment floues s'offrant à elle, la Commission EDH a ainsi retenu celle de lien suffisant au détriment de celle de juge naturel d'un maniement certainement moins commode⁷⁹⁴.

⁷⁹³ C'est la raison pour laquelle la Commission EDH s'est bien gardée d'ériger le for du défendeur ou du demandeur en principe auquel des atteintes seraient tolérées en certaines circonstances. Le lien suffisant permet, au contraire, plus de souplesse et, suivant la configuration de chaque espèce, peut conduire à considérer comme compatible avec la CEDH le for du demandeur, du défendeur ou celui le plus proche des données matérielles du litige.

⁷⁹⁴ Certes, la notion de juge naturel est susceptible de plusieurs acceptions (*contra* T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTDC* 1983 p. 33, spéc. p. 39 et s., pour qui la notion de juge naturel renvoie au principe d'égalité) et peut revêtir une certaine souplesse, mais elle aurait incité la Commission à déterminer quel est le juge internationalement compétent. Elle implique en effet « *un lien indiscutable, intangible, absolu entre tel juge et tel litige* » (H. GAUDEMET-TALLON, « L'introuvable "juge naturel" », in *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 611). Or, outre que « *l'absolu n'est pas accessible aux entreprises humaines* » (*Ibid.*), le respect du procès équitable suppose simplement que le juge qui a statué n'était pas internationalement incompétent au point de porter atteinte à l'indispensable équilibre entre les parties à l'instance. Enfin, encore faut-il savoir ce qu'il convient d'entendre par juge naturel : le juge de la nationalité, du domicile ? Du demandeur ou du défendeur ? Le plus proche des données matérielles du litige ? ... (sur les difficultés de la notion, cf. H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, p. 591 ; *Id.*, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », in *TCFDIP années 1986-1987, 1987-1988*, Éditions du CNRS, 1989, p. 172).

168. La méthode à laquelle les membres de la Commission ont eu recours pour établir l'existence d'un lien suffisant entre le for et le litige, et par-là même la conventionnalité de l'exercice de sa compétence internationale par un État au travers de ses juridictions, ressort clairement de la décision clé en la matière rendue le 13 mai 1976 dans l'affaire *B. A. contre le Royaume-Uni*⁷⁹⁵. L'exercice, par un juge, de sa compétence internationale sera compatible avec la Convention uniquement s'il satisfait à une condition, l'existence d'un lien suffisant avec le litige, qui présente la triple caractéristique d'être binaire, positive et objective.

169. Binaire, cette condition n'est soumise qu'à une seule alternative : sa vérification ou sa déficience. Son énoncé ne ménage aucune exception, tout comme les autres règles dérivant du droit général au procès équitable. Elle ne se trouve donc pas bâtie sur le modèle des dispositions conventionnelles autorisant certaines ingérences étatiques et fonctionne selon une logique formelle. Au contraire, Mme Laurence Sinopoli⁷⁹⁶ estime que l'équilibre entre les parties au procès n'impose pas une définition identique des droits du demandeur et du défendeur. Elle pose alors en principe que l'exercice de la compétence internationale est compatible avec la Convention s'il est le fait du juge de l'État dans lequel le défendeur a sa résidence. Toute dérogation à cette règle constitue alors une ingérence dans le droit au procès équitable. L'État n'échappera à un constat de violation que s'il prouve la proportionnalité de la limitation au but légitime poursuivi par ces mesures, c'est-à-dire faciliter l'accès au juge pour le demandeur. C'est ainsi que, du point de vue du défendeur, toute entorse à la maxime *actor sequitur forum rei* méconnaît les dispositions conventionnelles à défaut d'un lien objectif entre le litige et le for compétent, soit dans l'esprit de l'auteur, si ce n'est pas le défendeur qui a pris l'initiative de l'activité transfrontière. Outre certaines inexactitudes énoncées par l'auteur, comme par exemple fonder la recherche de l'équilibre entre les parties sur le principe de l'égalité des armes, inadéquat en l'espèce⁷⁹⁷, et analyser le respect de la Convention au regard du droit d'accès au juge⁷⁹⁸, sa thèse demeure très critiquable et notamment quant à son point de départ. La méthode utilisée par la Commission EDH en la matière ne laisse aucunement augurer une règle obéissant à une logique floue. Si la règle du lien suffisant peut être qualifiée de droit flou⁷⁹⁹, il ne fait aucun doute qu'elle fonctionne selon une logique binaire, si bien que la technique des ingérences justifiées n'est absolument pas

⁷⁹⁵ Commission 13 mai 1976 requête n° 6200/73 B. A. c/ Royaume-Uni.

⁷⁹⁶ L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 149 et s., n° 133 et s..

⁷⁹⁷ Cf. *supra*.

⁷⁹⁸ Cf. *supra*.

⁷⁹⁹ C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RDTC* 2003 p. 599.

envisageable⁸⁰⁰. Une même tendance à considérer que toute dérogation à la maxime *actor sequitur forum rei* constitue une atteinte au droit au procès équitable est partagée, sans plus de justification, par Mme Carine Brière⁸⁰¹. Enfin, cette doctrine méconnaît la réalité jurisprudentielle telle que l'illustre la décision *Robba*⁸⁰². En l'espèce, le requérant, de nationalité française, était assigné devant les juridictions allemandes en paiement de sommes contractuellement dues à son partenaire allemand. Il alléguait une violation de son droit à un procès équitable en raison des erreurs de fait et de droit commises par les juridictions allemandes pour affirmer leur compétence. À aucun moment la Commission EDH n'a estimé qu'il y avait là une ingérence de l'Allemagne dans le droit du requérant qu'il lui aurait fallu justifier par le souci de garantir l'accès au juge du demandeur.

170. Positive, elle implique la recherche d'éléments permettant d'établir non seulement le lien entre le litige et le for qui a exercé sa compétence, mais encore un lien d'une certaine qualité, c'est-à-dire présentant un caractère suffisant. L'équité procédurale qui constitue le fondement du lien suffisant permet d'orienter cette quête.

En premier lieu, parmi tous les liens unissant le litige et le for, tous ne sont pas pertinents. Seuls mériteraient de retenir l'attention ceux qui tendent à révéler qu'un équilibre a régné entre les parties au litige au regard de leur intérêt à une justice commode et bien administrée. En ce qui concerne la commodité des plaideurs, tout d'abord, l'éloignement géographique du tribunal saisi est à prendre en considération. Il importe, en effet, de ne pas négliger le trouble et les dépenses importantes engendrés par le fait d'aller plaider sa cause à l'étranger. Du point de vue de la bonne administration de la justice, ensuite, rapportée à l'intérêt des personnes en conflit, la question de la preuve constitue un élément central⁸⁰³, que la procédure suivie soit civiliste ou celle des pays de *common law*⁸⁰⁴. Ainsi, il convient de vérifier la proximité du juge avec les éléments du cas, ce qui présentera le double avantage de limiter les coûts et les aléas liés à l'obtention des preuves à l'étranger⁸⁰⁵. Si ces données, dans leur ensemble,

⁸⁰⁰ Cf. article 17 de la Convention qui prohibe l'abus de droit.

⁸⁰¹ C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001, p. 328 et s., n° 442 et s..

⁸⁰² Commission 28 février 1996 requête n° 20999/92 Robert Robba c/ Allemagne.

⁸⁰³ Les situations de litispendance et de connexité peuvent également être prises en compte.

⁸⁰⁴ C. CHALAS, *op. cit.*, p. 605, n° 657.

⁸⁰⁵ Bien qu'il existe des conventions internationales en la matière, il n'est pas acquis que toutes les commissions rogatoires internationales reçoivent une exécution dans l'État requis. Par exemple, la Convention sur l'obtention des preuves en matière civile et commerciale conclue à la Haye le 18 mars 1970 prévoit, certes selon une formulation négative et restrictive, la possibilité d'opposer un tel refus (cf. article 12 : « l'exécution de la commission rogatoire ne peut être refusée que dans la mesure où : l'exécution, dans l'État requis, ne rentre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire ; ou, l'État requis la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité » ; de même, l'article 23 permet de refuser l'exécution des commissions qui ont pour objet une

contribuent à mettre en lumière le lien entre le for et le litige, il est essentiel qu'elles possèdent, dans le cas concret, une réelle signification au regard de l'objectif poursuivi, à savoir l'équilibre entre les parties à l'instance.

C'est la raison pour laquelle, en second lieu, la qualité des attaches n'apparaîtra qu'en relation avec la nature de l'objet du litige⁸⁰⁶. En d'autres termes, le caractère suffisant ne saurait être envisagé indépendamment de la matière litigieuse, car « *procéder autrement conduirait à la désignation d'un tribunal n'ayant qu'une proximité d'apparence et non de fond avec la situation* »⁸⁰⁷. En effet, les différents points de contacts relevés précédemment évoqués n'ont qu'une portée très relative. Par exemple, le fait de se rendre devant un tribunal à l'étranger est, en soi, peu révélateur puisqu'il apparaîtra consubstantiel à l'extranéité de la situation. En revanche, dans les matières où la comparution personnelle revêt une grande importance, en particulier les litiges relatifs aux relations familiales⁸⁰⁸, l'éloignement du tribunal prendra un sens différent. Sans pour autant aboutir au constat d'une méconnaissance du principe de l'égalité des armes⁸⁰⁹, les inconvénients soufferts par une partie en raison de la situation du tribunal à l'étranger pourraient néanmoins conduire les juges de Strasbourg à

procédure connue des systèmes de common law sous le nom de pre-trial discovery par laquelle une partie à une instance peut, avant l'audience, obtenir la communication de documents qui sont en la possession de son adversaire, pour l'aider à préparer le procès, et à présenter sa défense ; sur les difficultés soulevées par le pre-trial discovery au regard de la CEDH, cf. F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 224) ; comp. Règlement (CE) n° 1206/2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale JOCE L 174 du 27 juin 2001 p. 1. En outre, les difficultés engendrées par la preuve de la loi étrangère éventuellement applicable pour régir le fond du litige ne doivent pas non plus être négligées (cf. C. CHALAS, *op. cit.*, p. 622, n° 672).

⁸⁰⁶ J. D. GONZALES-CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI* 2000 tome 287, p. 300.

⁸⁰⁷ C. CHALAS, *op. cit.*, p. 367, n° 399.

⁸⁰⁸ Commission 30 juin 1959 requête 434/58 Szwabowicz c/ Suède : « *Attendu qu'il est clair que le droit d'assister en personne à une procédure civile n'est pas en tant que tel garanti par (...) l'article 6 § 1 ni par aucune autre disposition de la Convention ; attendu que cependant, la question se pose de savoir si dans certaines catégories de litiges ou dans certaines circonstances le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 implique le droit d'assister en personne à l'audience, et attendu que l'une des catégories de litiges dans laquelle la question semble se poser avec une force particulière est celle où le caractère personnel et la manière de vivre de l'intéressé contribue directement à former l'opinion de la juridiction sur le point qu'elle est appelée à trancher ; et attendu que, en outre, un litige dans lequel un parent, à la suite d'un divorce, saisit la Cour pour obtenir un droit de visite à l'égard de l'enfant né du mariage est sans nul doute un litige de cette sorte* » (« *whereas it is clear that the right to be present in person in civil proceedings is not as such, guaranteed by (...) Article 6 § 1, nor by any other provision of the Convention ; whereas, however, the question arises whether in certain classes of case or in certain sets of circumstances the right to a fair hearing guaranteed by Article 6 § 1 implies a right to be present in person at the hearing of the case, and whereas one class of case in which this question appears to arise with particular force is a case where the personal character and manner of life of the party concerned is directly relevant to the formation of the Court's opinion on the point which it is called upon to decide ; and whereas, furthermore, a case in which a parent, following upon a divorce, makes an application to the Court for a right of access to a child of the marriage is without doubt a case of this kind* ». Voir également, Commission 13 mai 1988 requête n° 12087/86 Karting c/ Pays-Bas ; CEDH 6 novembre 2003 requête n° 63343/00 Roshka c/ Russie.

⁸⁰⁹ Quoique la question demeure ouverte (cf. Commission 30 juin 1959 requête 434/58 Szwabowicz c/ Suède).

considérer inopportun l'exercice de la compétence du tribunal. De la même manière, la proximité du juge par rapport aux preuves ne peut s'apprécier sans référence à l'objet du litige. Si le cas impose une visite des lieux, la compétence du juge dans le ressort duquel ils se situent paraît ainsi adéquate. Si, au contraire, la preuve testimoniale apparaît déterminante, il serait préférable de retenir la compétence du juge dans le ressort duquel les témoins résident. Quant aux documents, s'ils peuvent être aisément communiqués, leur nombre et l'obligation pour le plaideur étranger d'assurer leur traduction à ses frais constituent des facteurs de nature à regarder comme inappropriée la compétence le tribunal saisi. Dans l'affaire *B. A.* rendue le 13 mai 1976, trois éléments justifient, au regard de la Convention, la compétence internationale des juridictions britanniques : le lieu de vie de l'enfant, le lieu de vie de la mère et la nationalité de celle-ci. Quoiqu'elles ne soulignent pas assez le lien avec la matière litigieuse, ces indications sommaires apparaissent cependant suffisantes, puisque, une fois encore, la tâche que se sont assignés les organes strasbourgeois ne consiste pas à déterminer si le for était le plus adéquatement compétent, mais si le for n'était pas inapproprié pour statuer sur la cause dont il était saisi. Et, en ce sens, le lien suffisant ne revêt pas un caractère exclusif.

171. Enfin, cette condition est conçue de telle manière qu'elle conduit à une évaluation objective de la compétence internationale exercée. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aux éléments jugés pertinents par les membres de la Commission EDH aux fins d'établir l'existence du lien suffisant. Sa teneur ne se trouve donc pas dans la dépendance des droits nationaux ou des qualifications nationales. Excepté la nationalité, qui opère nécessairement un renvoi aux ordres juridiques nationaux, l'État ayant une compétence exclusive pour déterminer quels sont ses nationaux⁸¹⁰, seules des considérations de pur fait interviennent. La Commission EDH prend soin, en effet, d'éviter une quelconque référence à des notions ou concepts qui pourraient lui échapper. Pour autant, les éléments référents ne s'apparentent pas à des notions autonomes, analysés du point de vue du droit interne, mais juridiquement qualifiés du point de vue de l'ordre juridique européen. Le lieu de vie ne saurait être rapproché, ni encore moins assimilé à une notion juridique tel le domicile. Le lieu de vie ne répond pas à des critères précis, seule sa réalité importe. Au demeurant, cette démarche se rencontre fréquemment dans le droit international privé contemporain. Il se trouve en effet

⁸¹⁰ NGUYEN QUOC DINH (†), P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, p. 494, n° 323 ; CIJ 6 avril 1955 Liechtenstein c/ Guatemala (affaire Notteböhm) *Recueil* 1955 p. 4 : « *Le droit international laisse à chaque État le soin de déterminer l'attribution de sa propre nationalité* » (p. 23).

affecté d'un fort mouvement de flexibilisation qui consiste à éviter l'opération de qualification juridique, contingente, pour privilégier la saisine de la réalité sociale. En atteste l'effacement de critères comme la nationalité ou le domicile au profit de la résidence habituelle, ou du siège social au profit du centre des intérêts principaux du débiteur en matière de faillite⁸¹¹. Le lien suffisant résulte, pour l'essentiel, d'un constat objectif emportant une adhésion sans contestation : « *one must recognize* », dont l'équivalent français serait « force est de reconnaître », l'existence du lien suffisant, affirme la Commission EDH dans sa décision rendue le 13 mai 1976. Dans la mesure où le but du contrôle entrepris ne réside pas dans la désignation du juge internationalement compétent, la démarche adoptée demeure acceptable. En outre, il est logique qu'une entreprise de concrétisation s'effectue par référence à des éléments factuels. Il serait néanmoins souhaitable qu'à l'avenir la Cour de Strasbourg accentue le caractère objectif du lien en évitant la mention de notion juridique telle la nationalité⁸¹².

172. En conséquence, l'exigence d'un lien suffisant entre le litige et le for qui a exercé sa compétence vise à assurer l'équilibre entre les parties au procès. Pour autant, le flou de cette règle n'aboutit pas au règne de l'imprévisibilité.

B Le maintien d'une prévisibilité des solutions

173. Affirmer que l'exigence d'un lien suffisant maintient la prévisibilité de la compétence qui sera exercée peut surprendre. Une règle aussi imprécise et indéterminée constitue-t-elle vraiment la meilleure voie pour servir la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions ? L'objection n'est cependant pas dirimante. Ainsi que le remarque M. André Huet, « *une appréciation in concreto de l'existence d'un rattachement suffisant ne suscite pas forcément plus de difficultés qu'une définition abstraite ou indécise* »⁸¹³. Les controverses suscitées par

⁸¹¹ J. D. GONZALES-CAMPOS, *loc. cit.*, p. 56 et s. et p. 241 et s..

⁸¹² Les inconvénients liés au caractère juridique de la nationalité méritent néanmoins d'être tempérés, car contrairement aux notions de domicile, dans une certaine mesure de résidence habituelle ou de lieu d'exécution d'un contrat, sa détermination, « *comme appartenance d'un individu à un État* » (A. MAKAROV, « Réflexion sur l'interprétation des circonstances de rattachement dans les règles de conflit faisant partie d'une convention internationale », in *Mélanges offerts à Jacques Maury. Tome I, Droit international privé et public*, Dalloz 1960 p. 216), s'effectue « *à l'aide d'une règle de conflit admise unanimement* » (*Ibid.*). En conséquence, d'une manière générale, « *l'interprétation de la circonstance de rattachement de la nationalité ne présente (...) aucune difficulté* » (*Ibid.*). Sur la pertinence d'un tel critère dans l'appréciation du lien caractérisé, voir les aléas de la jurisprudence française : comp. Civ. 1^{ère} 15 juin 1994 *RCDIP* 1996 p. 127 note B. Ancel, *Dalloz* 1994 som. p. 352 obs. B. Audit et Civ. 1^{ère} 28 janvier 2003, préc., d'une part, avec CA Paris 15 mars 1990 *Dalloz* 1990 som. p. 263 obs. B. Audit et Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (arrêt n° 260), préc., d'autre part.

⁸¹³ A. HUET, note sous CA Paris 10 novembre 1971 *Mack Trucks*, *Clunet* 1973 p. 258.

des critères tels que le lieu où se situe une personne morale ou le lieu de réalisation du fait dommageable en témoignent. À chaque fois l'intervention du juge est indispensable pour éclaircir la teneur et la signification de ces différentes notions. Le modèle rigide et abstrait de la règle de droit n'est pas une source de certitude et de prévisibilité absolues. Deux problèmes intrinsèques à leur énoncé conduisent à relativiser ces vertus⁸¹⁴. D'une part, les opérateurs juridiques ne sont jamais confrontés à une règle de droit, mais à son énoncé linguistique. Or, la polysémie caractérise souvent les termes utilisés⁸¹⁵. D'autre part, la généralité qui s'impose au législateur comporte le risque de lacunes ou de réponses impropres en ce qui concerne des situations très complexes⁸¹⁶. À chaque fois, une intervention du juge paraît nécessaire. Par conséquent, le recours à une notion ouverte s'insère dans une évolution marquée par le déplacement du pôle du système juridique du législateur vers le juge. En l'occurrence, les membres de la Commission EDH assurent la prévisibilité par le biais d'une objectivation maximale du lien suffisant. Il résulte, au premier chef, d'éléments purement matériels de sorte que l'internationalité du litige apparaît comme inéluctable. Cela suppose nécessairement la conscience de cette internationalité de la part des plaideurs, ce qui explique que la recherche d'éléments d'extranéité pertinents se tourne de façon privilégiée vers des faits établis, pouvant être connus de tous, plutôt que vers des concepts juridiques dont le sens et la réalité dépendent de l'ordre juridique au travers duquel ils sont appréhendés. Si la notion de domicile diverge selon les États, le « lieu de vie », proche de la résidence habituelle, est un fait et constitue une donnée ouverte qui peut être cernée par tous. Peu importe que l'initiative de l'activité transfrontière soit imputable au défendeur ou au demandeur dès lors que l'un et l'autre ont conscience, ou plutôt connaissance, de la portée et de la dimension spatiale de cette activité. Du point de vue de la Convention européenne des droits de l'homme, tout juge relevant des ordres juridiques présentant des attaches connues des parties avec cette activité ont un titre à exercer leur compétence générale. C'est d'ailleurs cette idée sous-jacente de prévisibilité qui amène M. Peter Schlosser⁸¹⁷ à considérer comme éventuellement contraires à la Convention pour défaut de lien suffisant entre le for et le litige les règles de compétence fondées uniquement sur la nationalité du demandeur⁸¹⁸, les règles qui subordonnent la compétence civile à la compétence pénale⁸¹⁹, la compétence *in rem* ou *quasi in rem*⁸²⁰ ou encore la

⁸¹⁴ J. D. GONZALES-CAMPOS, *loc. cit.*, p. 251.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 252.

⁸¹⁶ *Ibidem.*

⁸¹⁷ P. SCHLOSSER, « Jurisdiction in international litigation. The issue of human rights in relation to national law and to the Brussels convention », *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXIV, 1991, p. 5.

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 23 et s..

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 24 et s..

compétence fondée sur le lieu de l'acquittement d'une obligation purement pécuniaire⁸²¹. Mme Christelle Chalas⁸²² a repris, sous réserve de quelques tempéraments, cette critique des articles 5-1, 5-3 et 5-4 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968⁸²³.

174. Ce souci de prévisibilité pose évidemment le problème du nombre d'éléments et de leur consistance permettant de constater l'existence d'un lien suffisant entre le for et le litige. Dans ces termes, il renvoie au premier chef à la compatibilité des fors dits exorbitants⁸²⁴, qui représentent le minimum de liaison envisageable entre le for et le litige, à la CEDH. D'une manière générale, la doctrine se montre hostile à l'égard des chefs de compétence de cette nature et leur adresse de nombreux reproches qui se nourrissent désormais des droits et libertés conventionnellement garantis⁸²⁵. Outre la faible probabilité d'une reconnaissance à l'étranger d'une décision rendue par un juge dont la compétence internationale repose sur un chef exorbitant et le risque accru de fraude au jugement⁸²⁶, et sous réserve de la valeur intrinsèque des critères utilisés au regard de la Convention⁸²⁷, ces titres de compétence

⁸²⁰ *Ibid.*, p. 25 et s..

⁸²¹ *Ibid.*, p. 31 et s..

⁸²² C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 432 et s., n° 487 et s..

⁸²³ Articles 5-1, 5-3 et 5-4 du Règlement du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ; l'article 5-1 a d'ailleurs été précisé en raison des difficultés d'application qu'il avait suscitées.

⁸²⁴ Encore faut-il déterminer ce qui est exorbitant ou impropre par rapport à ce qui est normal ! (A. MIAJA DE LA MUELA, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI* 1972 volume I p. 80). La question n'appelle pas forcément de réponse tranchée, car, ainsi que le fait remarquer M. Schlosser, certains chefs de compétence peuvent se révéler exorbitants uniquement dans certaines situations particulières. En d'autres termes, une règle de compétence dont la valeur intrinsèque des rattachements ne pose aucune difficulté au regard de la Convention, peut, dans sa mise en œuvre concrète, aboutir à une violation du droit au procès équitable pour insuffisance du lien entre le litige et le for compétent (*loc. cit.*, p. 6). Cf. également la définition assez complexe du for exorbitant donnée par M. Buisson (*La notion de for exorbitant (étude de droit international privé)*, Thèse Paris II, 1996). En effet, de son point de vue, « est un for exorbitant, toute règle de rattachement juridictionnelle internationale édictée par un État, qui permet à ce dernier d'exercer abusivement son pouvoir de juridiction, parce que le ou les rattachements retenus par la règle juridictionnelle avec le litige, ne sont pas effectifs » (p. 169). Pourtant, par la suite, l'auteur ne s'attache pas à circonscrire la notion d'effectivité, mais introduit une analyse téléologique de ce qu'il nomme les règles de rattachement juridictionnel direct (sur les justifications de cette terminologie, p. 89 et s.). Elles sont déraisonnables lorsqu'on cherche en vain leur fondement rationnel au travers des objectifs de bonne administration de la justice, de la commodité des plaideurs, de la protection du défendeur (*actor sequitur forum rei*) et de l'intérêt légitime de l'État (p. 291). En somme, « le for exorbitant ne peut être justifié par aucune de ces considérations ; au contraire, l'objectif d'une telle règle est de toujours privilégier, indépendamment de la matière litigieuse, l'intérêt d'un plaideur, le demandeur, au détriment de l'autre, le défendeur » (p. 291).

⁸²⁵ En ce qui concerne la place réservée aux fors exorbitants dans l'ordre juridique communautaire lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans la Communauté, cf., F. K. JUENGER, « La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la courtoisie internationale. Réflexions d'un américain », *RCDIP* 1983 p. 37.

⁸²⁶ P. BUISSON, *opere citato*.

⁸²⁷ H. MUIR WATT, « Droit international et procédure civile », *Rép. Proc. Civ.*, Dalloz, 1995 : relativement aux articles 14 et 15 du Code civil, « on peut penser que la "contrainte procédurale" pesant sur la seule partie étrangère est à elle seule constitutive d'une violation de la Convention » (n° 20 et 21). Voir cependant Civ. 1^{ère}

encourent parfois la critique de revêtir un caractère discriminatoire, tels les articles 14 et 15 du Code civil⁸²⁸. Cependant, il n'est pas certain que le respect de la CEDH et du droit au procès équitable implique une condamnation définitive des fors exorbitants. En ce qui concerne, par exemple, le privilège de juridiction fondé sur la nationalité, M. Patrick Courbe constate qu'aucune solution tranchée ne peut être fournie. Quel serait, en effet, l'intérêt d'un demandeur français de saisir un tribunal français, en matière patrimoniale, si l'étranger ne possède aucun bien en France sur lesquels l'exécution du jugement sera réalisée, et, en matière extra-patrimoniale, si l'étranger n'a pas d'intérêts en France ? L'hypothèse inverse constituerait « *la preuve que le défendeur a des liens avec la France, de sorte qu'il pouvait s'attendre à ce qu'une juridiction française soit saisie* »⁸²⁹. C'est ainsi que l'auteur expliquait l'obstination de la Cour de cassation à appliquer les articles 14 et 15 du Code civil sans aucune allusion à la Convention européenne des droits de l'homme qu'elle n'hésite pourtant pas à invoquer en d'autres occasions. Et aujourd'hui, la confrontation de ces articles à la CEDH ou plus généralement aux droits fondamentaux ne débouche pas sur une condamnation de principe des critères de compétence qu'ils instituent⁸³⁰. M. Georges Droz place également la sécurité et la prévisibilité au cœur de la matière. Elles doivent tout autant bénéficier au demandeur, l'essentiel étant qu'il « *sache à quoi s'en tenir et puisse en toute sécurité préparer sa cause, investir les sommes nécessaires à la présentation de ses arguments et finalement être entendu* »⁸³¹. Ces différentes opinions ont le mérite de mettre en lumière la

30 mars 2004 *JCP* 2004.II.10097 note V. Egea, *JCP* 2004.IV.2084, *Deffrénois* 2004 article n° 38012 p. 1235 obs. J. Massip, *RCDIP* 2005 p. 89 note L. Sinopoli, *Clunet* 2005 p. 790 note I. Barrière Brousse : la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir considéré que l'exclusivité de l'article 15 du Code civil n'a pas porté atteinte au droit au procès équitable du plaideur de nationalité américaine.

⁸²⁸ H. BATIFFOL, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé français », in *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Journée de Luxembourg, 31 mai au 4 juin 1961*, Dalloz, 1965, p. 460, spéc. p. 465 ; A. MIAJA DE LA MUELA, *loc. cit.*, p. 20 ; C. KOHLER, « La CJCE et le droit international privé », *TCFDIP, années 1993-1994, 1994-1995*, Pédone, 1996, p. 74. Cf. également F. K. JUENGER, *loc. cit.*, p. 37, qui reproche au système communautaire d'avoir injustement étendu ces privilèges de juridiction au point de créer une discrimination au détriment des personnes résidant à l'extérieur de l'Europe communautaire (cf. également P. SCHLOSSER, *loc. cit.*, p. 5). Au contraire, M. Patrick Courbe doute de leur caractère discriminatoire précisément en raison de leur consolidation communautaire (« Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 261). Plus nuancé, M. Dany Cohen hésite à condamner le système communautaire dans la mesure où il a pour effet de réduire le domaine de la discrimination (« La CEDH et le droit international privé », *RCDIP* 1989 p. 463). Voir encore Civ. 1^{ère} 30 mars 2004, préc. : la Haute juridiction estime que l'exclusivité de l'article 15 du Code n'emporte aucune « *discrimination inadmissible* ».

⁸²⁹ P. COURBE, *loc. cit.*, p. 261. Cf. également C. CHALAS, *op. cit.*, p. 416 et s., n° 468 et s..

⁸³⁰ Voir Soc. 10 juillet 2001 *Palmero inédit titré* (explicitement) et Civ. 1^{ère} 30 mars 2004, préc. (implicitement : bien que la Cour de cassation ne se réfère pas explicitement à la CEDH, elle apprécie l'exclusivité de l'article 15 du Code civil au regard du droit au procès équitable et de l'interdiction des discriminations lesquels évoquent irrésistiblement les articles 6 et 14 de la Convention).

⁸³¹ G. A. L. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP, années 1993-1994, 1994-1995*, Pédone, 1996, p. 104. L'auteur considère néanmoins que la meilleure façon d'y parvenir

difficulté à arrêter ce qu'est un for exorbitant. Certes, ce caractère peut s'attacher abstraitement à une règle de compétence, mais, ainsi que le montre l'exemple fourni par M. Courbe, il peut s'effacer dans la mise en œuvre concrète de la règle envisagée. C'est dire encore que la notion s'illustre par sa relativité⁸³². Par ailleurs, la nature même du contrôle réalisé par les juges strasbourgeois sur les critères de compétence fait obstacle à toute réponse tranchée. Ce n'est qu'en scrutant la réalité des différents points de contact entre le for et le litige que, le cas échéant, une violation de la Convention se révélera. Ainsi, des chefs de compétence, *a priori* à l'abri de toute critique, pourront apparaître aussi, voire plus contraignants que d'autres, traditionnellement tenus pour exorbitants⁸³³. Par exemple, en matière délictuelle, la victime a la possibilité de saisir soit le juge dans le ressort duquel l'événement causal se situe, soit le juge dans le ressort duquel le dommage a été subi, dans l'hypothèse où le fait générateur et le préjudice éprouvé ne sont pas localisés au même endroit⁸³⁴. Ce chef de compétence se justifie doublement « *parce que l'ordre social est intéressé à la réparation du dommage causé à la victime et que l'enquête doit être dirigée par un tribunal siégeant à proximité du lieu du délit* »⁸³⁵. En application de cette règle, légitime, peut-on pour autant admettre qu'un voyageur, victime d'un préjudice causé par l'explosion d'une bouteille d'eau gazeuse achetée dans son pays d'origine, poursuivie devant les juridictions du pays où il se situe actuellement le vendeur ou le fabricant de l'instrument du dommage ? De la même manière, si une machine a été acquise en Espagne et que plusieurs années après elle se trouve au Puerto Rico, est-il équitable que le vendeur originel soit attiré devant les tribunaux de ce dernier État ? Ces exemples, empruntés à M. Peter Schlosser, illustrent les difficultés résultant du caractère fortuit, et donc imprévisible, du lieu où s'est

passé par la détermination de règles de compétence internationale précises et rigides. Il exclut donc toute souplesse dans l'exercice de la compétence, en particulier l'institution du *forum non conveniens*.

⁸³² Cf. H. GAUDEMET-TALLON, « L'introuvable "juge naturel" », in *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 605.

⁸³³ P. SCHLOSSER, *loc. cit.*, p. 6.

⁸³⁴ Article 46 NCPC, applicable en matière internationale en vertu de la jurisprudence Scheffel (Civ. 1^{ère} 30 octobre 1962 Scheffel, préc.) ; article 5-3 du règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (déjà en ce sens, CJCE 30 novembre 1976 aff. 21/76 SA G. J. et la fondation Rheinwater c/ SA Mines de potasse d'Alsace RCDIP 1977 p. 563 note P. Bourel, JDI 1977 p. 728 obs. A. Huet, Dalloz 1977 p. 613 note G. A. L. Droz) ; voir également, K. KERAMEUS, « La compétence internationale en matière délictuelle dans la convention de Bruxelles », *TCFDIP, années 1991-1992, 1992-1993*, Pédone, 1994, p. 255.

⁸³⁵ Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2001, n° 447, p. 558. Cela traduit un souci de bonne administration de la justice parce que « *la proximité du tribunal de l'objet du litige ou des données de fait dont le litige est issu, est un facteur qui rend le rassemblement par le tribunal des informations nécessaires pour trancher le litige plus facile, plus rapide et plus sûr* » (N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI* 1961 volume III p. 201).

produit l'évènement dommageable⁸³⁶. La situation pourrait devenir encore plus contestable et inéquitable en matière de délit ou quasi-délit commis par le biais d'Internet si l'on admettait la compétence du tribunal dès lors que la page web incriminée est susceptible d'être visualisée dans son ressort⁸³⁷. C'est par ce même caractère fortuit de l'élément fondant la compétence internationale que la compétence *in rem* peut apparaître incompatible avec la Convention. Admettre un procès portant sur plusieurs millions d'euros au seul motif que le défendeur a oublié un objet de faible valeur dans l'État du demandeur qui connaît un tel chef de compétence paraît imprévisible et partant inéquitable faute d'un lien suffisamment consistant entre le for et le litige. C'est selon une logique identique que l'irruption de la compétence fondée sur la nationalité d'un plaideur prend, le cas échéant, une coloration profondément injuste. Sur la base des articles 14 et 15 du Code civil, remarque Mme Hélène Gaudemet-Tallon, « *qu'un français devienne cessionnaire d'un contrat passé à l'origine entre deux étrangers, ou qu'il soit subrogé dans les droits d'un étranger, les tribunaux français deviennent compétents sans qu'à l'origine cette compétence ait été prévisible* »⁸³⁸. Inversement, des chefs de compétence reposant, de prime abord, sur un critère

⁸³⁶ P. SCHLOSSER, *loc. cit.*, p. 31 et s.. Rappelons que la Cour de Justice des Communautés européennes définit « *la notion de matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, point 3, de la convention comme une notion autonome comprenant toute demande qui vise à mettre en cause la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la matière "contractuelle" au sens de l'article 5, point 1* » (CJCE 27 septembre 1988 aff. 189/87 Kalfelis (point 18) *Rec.* p. 5565 ; CJCE 27 octobre 1998 aff. C-51/98 La Réunion européenne SA c/ Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV (point 22) *Rec.* p. 654, *RCDIP* 1999 p. 322 note H. Gaudemet-Tallon, *Clunet* 1999 p. 625 obs. F. Leclerc ; CJCE 1^{er} octobre 2002 aff. C-167/00 Verein Für Konsumenteninformation et Henkel (point 35). Ainsi, en l'absence d'un lien contractuel, l'action du sous-acquéreur contre le fabricant en réparation du préjudice résultant des défauts de la chose est de nature délictuelle (néanmoins, certains expriment des doutes quant à l'applicabilité de l'article 5-3 dans les litiges en responsabilité du fait des produits défectueux, notamment M. Kerameus (*loc. cit.*, p. 260 et s.) ; pour leur exposé et leur réfutation, cf. C. CHALAS, *op. cit.*, p. 450 et s., n° 508 et s.).

⁸³⁷ C. DE HASS, « L'omnipotence du juge français de la propriété intellectuelle face à l'internet ou l'histoire d'une incompétence largement ignorée », *LPA* 13 novembre 2001 n° 226 p. 8 ; É. JAYME, « Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation », *RCADI* 2000 tome 282 p. 25. À moins de considérer que le défendeur, en utilisant un vecteur de communication accessible à l'échelle planétaire, doit s'attendre à être poursuivi n'importe où (en ce sens, voir A. HUET, note sous Civ. 1^{ère} 9 décembre 2003 Société Castellblanch, *Clunet* 2004 p. 879). Cela apparaîtrait néanmoins aussi déraisonnable que de présumer la connaissance de cette éventualité chez tous les vendeurs de biens meubles dans la mesure où ils sont, *a priori*, aisément transportables. La Cour de cassation admet cependant la compétence des juridictions françaises pour connaître d'une action en contrefaçon d'une société française en raison de l'utilisation de sa marque sur un site web étranger, fût-il passif (Civ. 1^{ère} 9 décembre 2003 Société Castellblanch *JCP* 2004.II.10055 note C. Chabert, *Clunet* 2004 p. 872 note A. Huet, *Procédures* 2004 n° 3 p. 11 obs. C. Nourissat ; comp. CA Orléans 6 mai 2003 SA Les jolies céramiques sans kaolin *RCDIP* 2004 p. 139 note H. Gaudemet-Tallon, et, TGI Paris 11 février 2003 *Clunet* 2004 p. 491 obs. J.-S. Bergé). Que le juge ne puisse alors connaître de la réparation que du seul préjudice éprouvé en France (CJCE 7 mars 1995 affaire C-68/93 Shevill *Clunet* 1995 p. 543 obs. A. Huet, *Dalloz* 1996 p. 61 note G. Parléani, *RCDIP* 1996 p. 487 note P. Lagarde ; Civ. 1^{ère} 16 juillet 1997 *Clunet* 1998 p. 136 obs. A. Huet) contribue à atténuer la rigueur d'une telle position.

⁸³⁸ H. GAUDEMET-TALLON, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », in *TCFDIP années 1986-1987, 1987-1988*, Éditions du CNRS, 1989, p. 177. La Cour de cassation réserve néanmoins l'hypothèse « *d'une fraude destinée à donner artificiellement compétence à la juridiction française pour soustraire le débiteur à ses juges naturels* » (cf. Civ. 1^{ère} 14 décembre 2004 *Bull.*).

intrinsèquement incompatible avec la Convention, seront, dans le contexte particulier d'une affaire, exempts de tout reproche⁸³⁹. Ainsi, la compétence *in rem* cesse de revêtir un caractère inéquitable lorsque le défendeur possède de nombreux biens et déploie une activité continue dans le for concerné. Les liens entretenus avec ce dernier apparaissent suffisamment denses pour qu'un éventuel procès dans cet État soit prévisible.

175. En conclusion, ne sont pas tant condamnables tous les critères de compétence qui ne reflètent pas l'idée de contacts suffisants entre le for et le litige que les situations dans lesquelles un juge a exercé sa compétence alors que le lien entre le for et le litige n'était pas assez consistant. C'est dire que le respect du droit au procès équitable, à travers l'exigence du lien suffisant, n'aboutit à aucune condamnation de principe des règles de compétence internationale. Tel est l'enseignement et la nécessaire conséquence d'une évaluation *in concreto* de la compétence internationale. L'équité estompe la prévisibilité, naguère principale composante de la justice de droit international privé⁸⁴⁰ et objectif traditionnellement assigné aux règles de compétence générale, mais participe de la bonne administration de la justice. Se confirme ainsi l'évolution de la matière, la prévisibilité tendant « à s'effacer derrière la recherche de la meilleure solution possible au regard des circonstances propres à chaque espèce »⁸⁴¹. Ce contrôle ne saurait rester l'apanage des juges strasbourgeois et il serait souhaitable que les juges des différents États Parties, juges naturels de la Convention⁸⁴², s'approprient et développent cette approche de la compétence internationale. De ce point de vue, la position adoptée par la Chambre sociale de la Cour de cassation selon laquelle « le droit pour une personne de nationalité française d'attirer un étranger devant une juridiction française, qui a pour contrepartie celui d'un étranger de traduire un Français devant une juridiction française, ne porte pas atteinte aux dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des

⁸³⁹ Cf., par exemple, à propos des articles 14 et 15 du Code civil, C. CHALAS, *op. cit.*, p. 416 et s., n° 468 et s.. L'auteur note cependant que les cas dans lesquels la mise en œuvre des articles 14 et 15 du Code civil n'apparaîtra pas excessive seront rares puisqu'ils ne peuvent intervenir qu'à la condition que le défendeur ne soit pas domicilié dans la Communauté (l'article 3-2 du règlement du 22 décembre 2000 exclut en effet le jeu des articles 14 et 15 si le défendeur est domicilié dans la Communauté) et qu'aucune règle ordinaire de compétence internationale n'attribue le litige aux juridictions françaises (Civ. 1^{ère} 19 novembre 1985 Société Cognacs and Brandies from France c/ Société Orliac RCDIP 1986 p. 712 note Y. Lequette, *Clunet* 1986 p. 719 note A. Huet, JCP 1987.II.20810 note P. Courbe, GAJFDIP n° 68, qui consacre le caractère subsidiaire de ces textes : « L'article 14 du Code civil (...) n'a lieu de s'appliquer que lorsqu'aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France »).

⁸⁴⁰ P. COURBE, « L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 236.

⁸⁴¹ *Ibidem*.

⁸⁴² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Collection Droit Fondamental, 7^{ème} édition refondue, 2005, p. 200, n° 142.

libertés fondamentales »⁸⁴³ apparaît très critiquable. L'équilibre qu'il convient d'assurer entre les parties en litige ne saurait en effet résulter de la seule analyse systémique des règles de compétence. Son existence s'apprécie au contraire dans le cas concret. Il convient dès lors de réserver l'incidence des circonstances concrètes de l'affaire et d'éviter en conséquence tout jugement péremptoire. À cet égard, la démarche entreprise par la Première chambre civile de la Cour de cassation relativement au problème sensiblement différent du caractère exclusif de l'article 15 du Code civil paraît plus satisfaisante⁸⁴⁴. C'est en effet « *en l'absence de faits précis concrètement constatés* » qu'il n'affecte pas le droit au procès équitable et qu'il ne constitue pas une discrimination prohibée. En d'autres circonstances, il n'est donc pas exclu qu'elle considère que l'exclusivité heurte la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁴⁵. Malgré l'absence de réactions significatives dans l'ordre interne face à ce prolongement du droit au procès équitable, la défense d'un juste équilibre entre les personnes impliquées dans un litige affecté d'un élément d'extranéité postule un assouplissement de la compétence internationale.

§ II Un assouplissement de la compétence judiciaire internationale

176. Le contrôle *in concreto* de la compétence internationale signifie deux choses. D'une part, la compétence sera reconnue équitable dès lors qu'il existe un lien suffisant entre le for et le litige même si les règles de compétence directe du for dont émane la décision ne donnent pas compétence au juge interne concerné⁸⁴⁶. D'autre part, la compétence revêtira un caractère inéquitable si le lien suffisant fait défaut, indépendamment, une fois encore, des règles de compétence directe de l'État, par hypothèse Partie à la Convention. La pertinence des règles étatiques au regard de la Convention ressort donc très affaiblie au contact de l'exigence du lien suffisant imposé pour la défense de l'équité du procès. Dans la mesure où la compétence internationale se fonde sur la localisation d'un seul élément de rattachement préalablement et abstraitement défini dans l'ordre juridique du juge saisi, isolément, elles apparaissent alors

⁸⁴³ Soc. 10 juillet 2001 Palmero, précité.

⁸⁴⁴ Civ. 1^{ère} 30 mars 2004, précité.

⁸⁴⁵ L. SINOPOLI, note sous Civ. 1^{ère} 30 mars 2004, *RCDIP* 2005 p. 101.

⁸⁴⁶ Cf. Commission 28 février 1996 requête n° 20999/92 Robert Robba c/ Allemagne. La Commission a estimé que le grief était manifestement dénué de fondement, car, d'une part, les juridictions ont pu examiner au fond les arguments avancés par le requérant, et d'autre part, même si les juridictions françaises avaient été compétentes, l'issue du litige aurait été identique. C'est dire, en d'autres termes, que lorsqu'un individu conteste la compétence internationale d'un tribunal devant les organes de Strasbourg sous l'angle du droit au procès équitable, seule l'exigence du lien suffisant présente quelque pertinence. Dès lors que ce lien n'est pas mis en cause, ce qui était le cas en l'espèce, le contrôle du respect du droit au procès équitable ne porte plus sur la compétence, mais uniquement sur le déroulement du procès.

impuissantes à satisfaire aux obligations découlant de la CEDH en la matière. Cette donnée tend à renouveler la question de la compétence internationale en déterminant une approche de celle-ci en terme de proximité⁸⁴⁷. Se trouvent ainsi remis en cause tant la structure des règles de compétence que leur hiérarchie.

177. L'exigence d'un lien suffisant conduit à apprécier la compétence internationale avec une certaine flexibilité. À l'heure actuelle, la seule sanction réside dans le refus de reconnaître la décision émanant d'un juge dont la compétence a excédé une juste et raisonnable limite. Or, elle apparaît nettement insuffisante « *car elle corrige l'effet sans s'attaquer à la source* »⁸⁴⁸ et ne favorise pas l'harmonie internationale. L'enjeu est beaucoup plus vaste et implique de s'orienter soit vers une nouvelle définition des chefs de compétence internationale, soit vers l'éventualité d'un dessaisissement du juge internationalement compétent. L'assouplissement de la compétence internationale que suggère le respect du droit au procès équitable impose de recourir à un système d'application générale. Tous les chefs de compétence se trouvent en effet concernés. Si le cas des compétences dites exorbitantes ne pose guère de difficulté, celui des compétences dites ordinaires doit également être envisagé. Bien sûr, en dépit de leur rigidité dans les systèmes continentaux, ces dernières, claires et précises, s'inspirent très souvent d'un principe de proximité⁸⁴⁹ qui n'est pas sans évoquer l'exigence européenne du lien suffisant. Le for du domicile du défendeur dans les matières mobilière et personnelle, le for du lieu de situation de l'immeuble en matière réelle, le for du lieu du fait dommageable en matière délictuelle, le for du lieu de conclusion ou d'exécution du contrat en matière contractuelle ou encore le for du lieu d'ouverture de la succession en matière successorale constituent autant d'exemples attestant la réalité et la vitalité de cette inspiration. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles Mme Christelle Chalas, pourtant favorable à l'attribution au juge d'un pouvoir modérateur dans l'exercice de sa compétence, s'oppose à l'introduction d'un mécanisme à vocation générale⁸⁵⁰. Cependant, l'influence de la proximité

⁸⁴⁷ Au sens où Paul Lagarde entend ce terme, c'est-à-dire en ce qu'il « *exprime simplement l'idée (...) du rattachement d'un litige aux tribunaux d'un État avec lequel il présente, sinon les liens les plus étroits, du moins un lien étroit* » (« Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1986 tome 196 p. 25).

⁸⁴⁸ P. LAGARDE, *loc. cit.*, p. 156.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 132.

⁸⁵⁰ Cf. *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 533, n° 591: « *En conclusion, contrairement aux pays de common law, où la doctrine du forum non conveniens revêt un domaine d'application générale, l'accueil d'une institution comparable en droit international privé français ne saurait qu'être limité. Ces limites sont fondées sur le respect dû à un système de compétence qui, à bien des égards, a fait preuve de son efficacité et de son bien-fondé. Ainsi la correction judiciaire de la compétence internationale est-elle exclue lorsque cette dernière repose sur*

s'épuise dans la définition de la règle de compétence et des critères sur lesquels elle se fonde et ne joue, par la suite, plus aucun rôle⁸⁵¹, quand bien même le résultat auquel la règle aboutit serait en contradiction avec l'objectif présidant à son élaboration. Il n'est donc pas exclu que la mise en œuvre concrète de ces règles méconnaisse la justice procédurale ce qui justifie de prévoir, y compris à leur encontre, un moyen permettant de s'assurer de l'existence d'un lien suffisant entre le litige et le for saisi. Peu importe enfin l'exclusivité de la règle de compétence bien que la Cour de justice des communautés européennes tienne pour « *évident que les juridictions auxquelles est accordée une compétence exclusive sont celles qui sont les mieux placées pour juger les litiges dont il s'agit* »⁸⁵². Pourtant, tel n'est pas toujours le cas, notamment au regard de l'efficacité des preuves. Ainsi que le relève M. Huet, « *si l'article 16-1 permet de concentrer toutes les contestations devant les juridictions du lieu de l'exécution de l'obligation caractéristique, ces juridictions peuvent être en réalité fort éloignées du lieu où l'obligation litigieuse -telle l'obligation de payer le loyer- devait s'exécuter* »⁸⁵³. En d'autres termes, un système d'application générale s'impose que les règles de compétence reposent sur un lien personnel⁸⁵⁴ ou sur le pouvoir physique⁸⁵⁵ ou qu'elles incluent l'idée de proximité. Il s'agira alors d'instaurer une proximité *a priori* évincée dans le premier cas et de restaurer une proximité dont la réalisation a échoué⁸⁵⁶ dans le second. Il

l'autonomie de la volonté, sur le souci de protéger certaines catégories de plaideurs ou sur la faveur que la règle actor sequitur forum rei accorde au défendeur. À l'inverse la corrélation qui existe entre protection et proximité en droit de la famille justifierait que l'office du juge soit conçu plus soupagement en ce domaine. Mais, là encore, la structure de certaines règles de compétence pourra parfois s'opposer à ce résultat ». Ces propos, néanmoins, n'empêchent pas l'auteur de reconnaître les failles du modèle continental bâti en vue de la justice procédurale, car, d'une part, outre les fors exorbitants, l'application des fors raisonnables peut se révéler exorbitante, et d'autre part, la recherche de la justice s'accommode mal d'un système rigide (p. 367 et s. ; n° 402 et s.).

⁸⁵¹ P. LAGARDE, *loc. cit.*, p. 132.

⁸⁵² CJCE 14 décembre 1977 aff. 73/77 Theodorus Engelbertus Sanders c/ Ronald Van Der Putte, point 11.

⁸⁵³ A. HUET, « La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle », *TCFDIP années 1981-1982*, édition du CNRS, 1985, p. 20.

⁸⁵⁴ Tels les articles 14 et 15 du Code civil.

⁸⁵⁵ Telle la *transient rule* des systèmes de common law.

⁸⁵⁶ Ainsi que le relève Mme Christelle Chalas, quel mal y a-t-il à instaurer un pouvoir modérateur qui, en visant le même objectif de justice procédurale que les règles de compétence internationale, pourrait l'aider à se réaliser (*op. cit.*, p. 367 et s. ; n° 402 et s.). Cette vocation générale de la flexibilité tend également à remettre en cause la hiérarchie des compétences. Aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, il importe peu que les droits nationaux qualifient certaines compétence d'impérative ou d'exclusive ; seule importe la proximité entre le for et litige. Néanmoins, même si ces chefs de compétence sont susceptibles d'être remis en cause, les hypothèses dans lesquelles elle se produira effectivement seront quasiment nulles parce qu'il sera extrêmement rare qu'un for soit considéré comme manifestement inapproprié lorsque sa compétence est impérative. De même, le fait que les règles de compétence trouvent leur source dans le droit supra-national et singulièrement celui de l'Union européenne ne saurait constituer un motif pertinent de déroger aux stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH 30 juin 2005 requête n° 45036/98 Bosphorus c/ Irlande JCP A 2005 n° 1311 note D. Szymczak). Par conséquent, il est indispensable que les États Parties s'assurent que ces règles respectent le droit au procès équitable au risque de s'exposer à la mise en œuvre de leur responsabilité internationale. Si cela passe par un assouplissement de la compétence internationale, cet ensemble normatif doit s'y plier.

appartient aux ordres juridiques internes d'élaborer un tel système, car en l'état de la jurisprudence européenne, la Convention ne fournit aucun chef de compétence positif. En affirmant, dans la décision *B. A.*, que les juridictions britanniques n'ont pas enfreint la Convention en exerçant leur compétence du fait de l'existence d'un lien suffisant, la Commission suggère, *a contrario*, qu'un juge de l'un quelconque des États Parties à la Convention ne saurait se reconnaître compétent sans avoir préalablement constaté l'existence d'un tel lien. Aux États d'assurer la traduction et l'expression de cette formule générale au sein de leur ordre juridique, soit en l'intégrant parmi les éléments déterminant la compétence internationale de leurs tribunaux, soit en instaurant un mécanisme permettant la modération de leur compétence générale en fonction des données concrètes de chaque litige, ou enfin en combinant les deux précédentes méthodes.

178. La flexibilité peut, en premier lieu, jouer *a priori*, c'est-à-dire dans l'élaboration même des règles de compétence internationale directe et tendre à ériger la proximité en condition positive de la compétence. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle « *la règle de droit énumère certains chefs virtuels de compétence internationale, qui ne seront retenus dans une espèce déterminée que s'ils sont en quelque sorte actualisés ou complétés par l'existence de liens concrets entre les parties ou le litige et l'État du for* »⁸⁵⁷. Cette méthode correspond à la doctrine du *forum conveniens* bien connue des systèmes de common law⁸⁵⁸ et trouve une illustration dans l'Order XI des Rules of the Supreme Court qui permet une extension de la compétence des juridictions britanniques lorsque le défendeur se trouve à l'étranger. Pour obtenir du tribunal l'autorisation de notifier une assignation à l'étranger, la réalisation de l'un des chefs de compétence facultatif et complémentaire consigné dans l'Order XI est nécessaire. Le juge n'acceptera de se reconnaître compétent que s'il existe en outre un lien concret entre l'ordre juridique britannique et le litige. Par conséquent, il incombe au demandeur de rapporter la double preuve que la situation se trouve visée par l'Order XI (point of jurisdiction) et que le tribunal apparaît, dans les circonstances de l'espèce, approprié (point of discretion), étant entendu que le premier élément ne permet en aucun cas de présumer du second. Cette technique qui offre au juge la possibilité d'exercer sa compétence pour des motifs liés à l'exigence de proximité n'est pas propre aux systèmes de common law⁸⁵⁹. Elle se retrouve

⁸⁵⁷ P. LAGARDE, *loc. cit.*, p. 134.

⁸⁵⁸ C. CHALAS, *op. cit.*, p. 130 et s., n° 128 et s. ; P. Lagarde, *loc. cit.*, p. 134 et s..

⁸⁵⁹ Le système américain se rapproche de cette hypothèse, mais en constitue en quelque sorte une version extrême puisque dans le droit de la compétence les liens concrets entretenus entre le for et le litige permettent seuls d'établir la compétence du juge saisi sans l'appui d'éléments préalablement définis. Ainsi, à côté des

également, de façon plus ou moins avouée et de façon plus ou moins explicite, dans certains systèmes continentaux, et singulièrement la France. À titre d'exemple, la doctrine⁸⁶⁰ cite l'article 92 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile qui laisse au juge la faculté de soulever d'office son incompétence lorsque l'affaire « *échappe à la connaissance de la juridiction française* »⁸⁶¹, les fors de nécessité qui requièrent une proximité pour leur mise en œuvre⁸⁶² ou encore, jusqu'en 1995⁸⁶³, la liberté conférée au juge par l'arrêt Nassibian⁸⁶⁴ d'affirmer sa compétence sans doute en considération de la proximité entre l'ordre juridique français et le litige, complément nécessaire de la seule saisie-arrêt⁸⁶⁵. Dans le même ordre d'idée, la Cour de Justice des Communautés européennes concède aux juges nationaux le pouvoir d'apprécier l'opportunité de leur compétence pour l'application de l'article 6-2 du règlement du 22 décembre 2000 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale qui dispose que le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut également être attiré « *s'il s'agit d'une demande en garantie ou d'une demande en intervention, devant le tribunal saisi de la demande originaire, à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé* ». Outre l'extension de compétence qu'autorise ce texte à l'égard d'un tiers domicilié dans un autre État contractant quand bien même le défendeur à l'action principale n'est pas domicilié dans le for saisi⁸⁶⁶, la Cour a précisé, dans l'affaire *Kongress Agentur Hagen GmbH*⁸⁶⁷, que cet article ne revêtait pas un caractère impératif et n'obligeait donc pas la juridiction saisie au principal à consentir à la demande d'appel en garantie. De plus, « *sous réserve de ne pas porter atteinte à l'effet utile de la Convention en la matière* », le juge a la possibilité de recourir aux règles procédurales de son droit national afin de considérer la recevabilité de la demande⁸⁶⁸. Le juge communautaire admet ainsi que la compétence posée à

critères de compétence traditionnels (A. MIRANDES, *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des États-Unis*, Économica, 2002, p. 147 et s.), la compétence des tribunaux américains est admissible au regard des exigences découlant de la *due process clause* uniquement s'il existe des contacts minimums unissant le défendeur au for (p. 90 et s.) et si son exercice revêt un caractère raisonnable (p. 121 et s.) apprécié selon un certain nombre d'intérêts.

⁸⁶⁰ C. Chalas, *op. cit.*, p. 372 et s., n° 407 et s. ; P. Lagarde, *loc. cit.*, p. 135 et s..

⁸⁶¹ C. Chalas, *op. cit.*, p. 372 et s., n° 408 et s..

⁸⁶² C. Chalas, *op. cit.*, p. 375 et s., n° 410 et s. ; P. Lagarde, *loc. cit.*, p. 137.

⁸⁶³ Civ. 1^{ère} 17 janvier 1995, précité.

⁸⁶⁴ Civ. 1^{ère} 6 novembre 1979 Nassibian, précité.

⁸⁶⁵ C. Chalas, *op. cit.*, p. 376 et s., n° 412 et s. ; P. Lagarde, *loc. cit.*, p. 136.

⁸⁶⁶ CJCE aff. 365/88 15 mai 1990 *Kongress Agentur Hagen GmbH c/ Zeehage B V Recueil* 1990 p. 1845, *RCDIP* 1990 p. 564, *Clunet* 1991 p. 499 obs. A. Huet, points 11 et 12.

⁸⁶⁷ *Ibidem*.

⁸⁶⁸ *Ibidem*, point 22.

l'article 6-2 relève de l'appréciation souveraine des tribunaux⁸⁶⁹, car si « *le lien de connexité entre la demande au fond et la demande d'appel en garantie suffit à établir la compétence du juge saisi de la demande en garantie* »⁸⁷⁰, cette compétence demeure facultative et laisse au juge le pouvoir de la décliner. Là encore, il est permis de penser que ces derniers n'exerceront leur compétence que s'il existe des éléments établissant un lien suffisant entre le for et le litige, à la stricte condition, néanmoins, que les règles procédurales de leur droit national leur permettent de procéder ainsi et que les éléments dont il sera tenu compte ne portent pas atteinte à l'effet utile de la Convention⁸⁷¹.

Cette démarche donne l'occasion au juge saisi d'une demande relative à un litige comportant un élément d'extranéité de vérifier l'existence d'un lien suffisant et partant de s'assurer qu'en exerçant sa compétence, il respectera l'équité du procès.

179. Néanmoins, il n'est pas certain qu'elle constitue le moyen le plus adéquat pour satisfaire aux exigences découlant de la Convention.

D'une part, conférer à cette méthode une portée générale paraît difficile, car cela impliquerait une refonte totale du droit de la compétence internationale tant des États de droit civil que des États de common law. Alors que les premiers ne la connaissent que de manière très parcellaire et informelle, les seconds lui réservent un champ d'application très limité. Une modification d'une telle ampleur n'est guère envisageable, ni même souhaitable.

D'autre part, outre que le remède se révélera largement disproportionné par rapport au mal, le contenu et la mise en œuvre des normes portant sur la compétence internationale étant globalement satisfaisant, la généralisation de cette méthode introduirait un facteur d'insécurité et d'imprévisibilité nuisible à une saine gestion des relations privées internationales. Une incertitude *a priori* sur la compétence ne manquerait pas de favoriser des débats systématiques sur celle-ci et offrirait aux parties la possibilité d'invoquer ce moyen à des fins purement dilatoires. Il en résulterait une rupture de l'égalité entre les différents plaideurs.

Enfin, cette approche va bien au-delà des exigences de la Convention en la matière. En effet, en subordonnant la compétence internationale à la condition que des rattachements concrets complètent un point de contact abstrait prédéfini, cette doctrine du *forum conveniens* cherche

⁸⁶⁹ P. NORTH, « La liberté d'appréciation de la compétence (jurisdictional discretion) selon la Convention de Bruxelles », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 376.

⁸⁷⁰ CJCE aff. 365/88 15 mai 1990 *Kongress Agentur Hagen GmbH c/ Zeehage B V*, préc., point 11.

⁸⁷¹ Par exemple, que le juge décline sa compétence au motif que le tiers est domicilié dans un État contractant autre que celui du juge saisi (cf. P. NORTH, *loc. cit.*, p. 376).

à établir que la compétence du juge saisi apparaisse comme la plus appropriée pour connaître de la cause. Or, l'article 6 de la CEDH impose simplement qu'il existe un lien suffisant, soit, en d'autres termes, que la compétence du juge saisi ne soit pas inappropriée. Certes, la Convention ne constitue qu'un minimum, mais eu égard aux inconvénients qu'engendrerait une généralisation de cette méthode, opter pour une autre voie paraît préférable.

180. La proximité peut, en second lieu, jouer *a posteriori* et influencer l'exercice d'une compétence internationale certaine et établie. Cette approche consiste à permettre au juge de décliner une compétence préalablement affirmée s'il lui apparaît qu'il n'est pas le mieux placé pour connaître du litige. Elle évoque la doctrine du *forum non conveniens*⁸⁷² dans laquelle « *il est légitime [de] voir l'expression juridictionnelle du principe de proximité* »⁸⁷³. Cette exception de procédure, en vigueur dans les systèmes de common law sous différentes formes⁸⁷⁴, s'attire traditionnellement l'hostilité des pays de droit civil en raison de son inutilité et de l'incertitude dont elle est porteuse⁸⁷⁵.

Ces objections ne sont pourtant pas définitives. L'apparition de cette institution dans les systèmes de common law s'est imposée afin de pallier les excès de la *transient rule* en vertu de laquelle le juge est investi d'une compétence internationale dès lors que le défendeur se trouve physiquement dans son ressort juridictionnel et qu'une assignation lui a été notifiée. C'est pourquoi un tel tempérament serait inutile dans les pays de droit civil puisque les règles de compétence ont été établies en considération des intérêts procéduraux des parties et d'une bonne administration de la justice. Or, est-il besoin de le rappeler, non seulement ces ordres juridiques connaissent des chefs de compétence aussi incommodes que la *transient rule*⁸⁷⁶,

⁸⁷² Pour une présentation très riche, cf. C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, Première partie (p. 31 et s.).

⁸⁷³ C. CHALAS, *op. cit.*, p. 341, n° 381.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 38 et s..

⁸⁷⁵ Cf. en particulier, la condamnation sans appel de cette institution par M. Droz (notamment, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP, années 1993-1994, 1994-1995*, Pédone, 1996, p. 103 et s.). De son point de vue, « *il appartient aux États d'offrir ou de ne pas offrir des compétences exorbitantes. Certes, on pourra préférer en doctrine telle compétence à telle autre, voire condamner toute compétence exorbitante, mais si un système juridique en offre, il doit s'y tenir, et ne pas retirer d'une main ce qu'il avait offert de l'autre et livrer les droits du demandeur à l'arbitraire* » (p. 107). Afin de remédier aux inconvénients liés aux compétences exorbitantes, l'auteur propose de recourir à la distinction entre le for de jugement et le for de raisonnement, c'est-à-dire permettre que la demande ne soit pas nécessairement jugée selon les règles de conflit du for (p. 107). Outre la complexité d'une telle démarche (cf. l'intervention de M. Loussouarn à la suite de la communication précitée de G. A. L. Droz, p. 117), elle se révèle également imprévisible pour les parties et inadéquate à restaurer l'équilibre entre les parties dans l'hypothèse où ce sont des avantages procéduraux qui ont été recherchés et non des avantages de fond (pour une critique détaillée, cf. C. CHALAS, *op. cit.*, p. 423 et s., n° 475 et s.).

⁸⁷⁶ Il suffit pour s'en convaincre de se référer à la liste noire dressée en annexe du règlement communautaire relatif à la compétence, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

mais encore il n'est pas exclu que des chefs de compétence de prime abord raisonnables se révèlent inadaptés dans une espèce déterminée.

Quant au grief d'imprévisibilité, Mme Christelle Chalas a démontré dans sa thèse qu'un tel pouvoir modérateur pouvait largement y échapper, sous réserve que les conditions et le régime de son exercice fassent l'objet d'un strict encadrement⁸⁷⁷.

Qu'une partie de la doctrine se montre plus ouverte et estime que, par son rôle correctif, elle sied particulièrement aux systèmes de compétence rigide n'a donc rien de surprenant⁸⁷⁸. Cette position se trouve confortée du fait de l'adoption par certains ordres juridiques continentaux de règles inspirées, soit explicitement⁸⁷⁹, soit implicitement⁸⁸⁰, de la doctrine du *forum non conveniens*. Bien que la flexibilité de la compétence internationale directe soit peu commune aux pays de droit civil et en dépit de l'hostilité récurrente manifestée par la Cour de cassation à l'égard d'une modération de la compétence internationale des juridictions françaises lorsqu'elle se fonde sur les articles 14 et 15 du Code civil⁸⁸¹, une évolution n'est donc pas à

Néanmoins, ces règles retrouvent leur empire et bénéficient d'un élargissement de leur domaine dès lors que le défendeur est domicilié en dehors de la Communauté. Dans cette hypothèse, les problèmes qu'elles suscitent ne reçoivent donc aucune solution satisfaisante (F. K. JUENGER, « La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la courtoisie internationale. Réflexions d'un américain », *RCDIP* 1983 p. 37). Cf. également l'aveu de la Cour de cassation à l'occasion d'un arrêt du 30 mars 2004, préc. : « l'application de la règle de compétence exclusive de l'article 15 n'est pas plus exorbitante que celle (...) tirée du droit de l'État de Floride qui fonde la compétence de la juridiction américaine sur la résidence temporaire du demandeur dans cet État ».

⁸⁷⁷ C. Chalas, *op. cit.*, Seconde partie (p. 353 et s. et spécialement p. 581 et s., n° 629 et s.).

⁸⁷⁸ Ainsi, Mme Mirandes estime qu'elle « serait mieux venue dans un système de civil law, où elle permettrait que des considérations de bon sens reprennent le terrain laissé à une justice parfois éloignée des réalités concrètes » (*op. cit.*, p. 265, n° 382). De même, Mme Chalas estime que « contrairement à l'idée répandue selon laquelle le pouvoir discrétionnaire est mieux adapté à un système de compétence très large, son développement soit, en réalité, plus cohérent au sein d'un dispositif de règles plus étroites, avec lesquels il entretient un lien logique, lorsque, dans les circonstances particulières de l'espèce, elles manquent leur objectif » (*op. cit.*, p. 341, n° 380). Cf. également H. MUIR WATT, « Qui a peur de la compétence exorbitante ? », *Justice* 1995 n° 2 p. 332 : à l'égard des privilèges de juridiction résultant des articles 14 et 15 du Code civil « la solution la plus équilibrée serait de conférer au juge saisi la faculté de décliner, par une décision motivée, l'exercice de sa compétence » (p. 339).

⁸⁷⁹ Cf. par exemple l'article 3135 du Code civil du Québec issu d'une loi du 18 décembre 1991 : « Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige, une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie, décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige » (pour un commentaire, cf., J.-G. GASTEL, « Commentaire sur certaines dispositions du Code civil du Québec se rapportant au droit international privé », *Clunet* 1992 p. 655 et s. ; E. GROFFIER, « La réforme du droit international privé québécois », *RCDIP* 1992 p. 592 et s. et p. 606 et s.).

⁸⁸⁰ Telles les exceptions de litispendance et de connexité internationales (pour un tel rapprochement, cf. C. CHALAS, *op. cit.*, p. 379 et s., n° 415 et s.).

⁸⁸¹ Voir, par exemple Civ. 1^{ère} 18 décembre 1990 *RCDIP* 1991 p. 759 note B. Ancel ; également Civ. 1^{ère} 9 décembre 2003 *Bull. I* n° 247 p. 197 : la Haute juridiction estime que viole les articles 14 et 15 du Code civil le tribunal de grande instance qui, pour confirmer l'ordonnance d'incompétence territoriale rendue par le juge des tutelles du tribunal d'instance du 16^{ème} arrondissement de Paris, énonce que, « s'agissant de la protection d'un majeur, la compétence judiciaire ne saurait dépendre de la nationalité de l'intéressé, mais de sa résidence, le juge étranger étant mieux placé pour prendre les mesures de protection qui s'imposeraient ». La solution se justifierait eu égard au fondement des compétences établies par les articles 14 et 15 du Code civil. Puisqu'elles expriment la souveraineté française, il serait incohérent de les soumettre à un pouvoir modérateur procédant

exclure ; le souci de respecter la CEDH constitue une raison supplémentaire de s'engager dans cette voie. Il ne s'agit pas de transposer l'institution du *forum non conveniens* telle qu'elle existe au Royaume-Uni ou ailleurs, mais de concevoir un mécanisme acceptable pour les ordres juridiques continentaux. À cet égard, afin de préserver un maximum de sécurité et de prévisibilité, le caractère exceptionnel de la remise en cause de la compétence internationale se révèle indispensable. En outre, il importe que le mécanisme apparaisse en adéquation avec les objectifs poursuivis par la Convention européenne des droits de l'homme en la matière, c'est-à-dire, à titre principal, éviter que la cause ne soit tranchée par un juge qui entretient un lien manifestement insuffisant avec elle.

La première condition à l'exercice du pouvoir modérateur du juge supposerait donc rapportée la preuve de l'inadéquation de sa compétence internationale eu égard aux données concrètes du litige. Ce point de départ évoque le *clearly inappropriate forum test* de la variante australienne du *forum non conveniens*⁸⁸². En outre, il conviendrait de doubler ce premier élément d'une condition positive consistant à démontrer qu'il existe, à l'étranger, un for plus approprié pour connaître de l'affaire. Se contenter de la première condition engendrerait des difficultés inextricables et mènerait à des impasses, ainsi que l'atteste l'expérience australienne. En effet, dans l'hypothèse d'une dispersion des différentes composantes du litige dans plusieurs ordres juridiques, quel serait l'intérêt pour le juge dont la compétence est contestée de renoncer à cette dernière au profit d'un juge étranger dont la compétence apparaîtrait à peine plus opportune que la sienne⁸⁸³. Malgré une certaine redondance, tant il est vrai que l'établissement du caractère plus approprié du juge étranger conduira parfois à constater l'absence d'un lien suffisant entre le litige et le juge devant lequel le débat relatif à la compétence s'est élevé, et d'un dépassement des prévisions de la Convention en ce domaine, celle-ci n'allant pas jusqu'à exiger la recherche du for le plus adéquatement compétent⁸⁸⁴, les deux conditions assureraient le cantonnement du pouvoir modérateur. Par voie de conséquence, elles contribueraient à réduire de façon substantielle l'insécurité et

d'une logique toute différente de proximité (cf. É. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, LGDJ, 1999, p. 88 et s., n° 130 et s. ; dans le même sens, L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004, p. 299, n° 331).

⁸⁸² C. CHALAS, *op. cit.*, p. 589 et s., n° 637 et s..

⁸⁸³ C. CHALAS, *op. cit.*, p. 593 et s., n° 643 et s.. Par exemple, l'hypothèse d'un délit commis dans un État A par un ressortissant d'un État B à l'encontre d'un ressortissant d'un État C résidant dans un État D et ayant souffert le préjudice dans un État E où il a été hospitalisé ; ou encore l'hypothèse d'une faillite d'un établissement de crédit dont le siège est situé dans un État A, qui est majoritairement détenu par une personne ressortissante d'un État B et qui est implanté dans une soixantaine d'États.

⁸⁸⁴ Néanmoins, la seule preuve du caractère inapproprié du juge, on l'a vu, rencontre des limites qu'il convient de surmonter.

l'imprévisibilité qui lui sont inhérentes. Surtout, « *par cette formulation restrictive, c'est la transformation d'une règle d'exception en fondement de la compétence juridictionnelle internationale qui est évitée* »⁸⁸⁵.

Une telle approche de la compétence internationale tend à renouveler sensiblement le débat concernant les clauses attributives de juridiction lorsqu'elles ont pour objet la désignation d'un for dépourvu d'un lien suffisant avec le litige. Dans cette hypothèse, de telles manifestations de volonté s'analysent en une renonciation à l'un des droits garantis par la Convention, celui de voir sa cause entendue et tranchée par un juge dont la proximité avec cette dernière est avérée⁸⁸⁶. L'élection d'un for, quel qu'il soit, appelle donc le respect de la part des États Parties à la Convention et l'appréciation de sa validité s'effectue à l'aune des critères dégagés par les juges strasbourgeois en matière de renonciation aux stipulations conventionnelles⁸⁸⁷. Le droit français semble en accord avec ces conséquences dans la mesure où les clauses attributives de juridiction sont valables dès lors que le litige comporte un élément d'extranéité⁸⁸⁸ sans qu'il soit nécessaire qu'il existe un lien sérieux entre le pays désigné et la cause⁸⁸⁹. Le règlement de Bruxelles du 22 décembre 2000⁸⁹⁰ reflète les mêmes orientations⁸⁹¹.

⁸⁸⁵ C. CHALAS, *op. cit.*, p. 598, n° 647.

⁸⁸⁶ Quoique les organes strasbourgeois n'aient jamais explicitement qualifié les clauses d'élection du for de renonciation au droit au procès équitable envisagé sous l'angle de l'exigence d'un lien suffisant, ils ne manifestent aucune hostilité à leur encontre (cf., par exemple, Commission 6 mars 1989 requête n° 12603/86 Vincent Gauthier c/ Belgique : « *La Commission relève que le déclinatoire de compétence ne résulte nullement d'une initiative unilatérale de l'État en cause, mais bien d'une clause d'élection de juridiction que l'intéressé a souscrit en 1965. Or, elle estime que l'article 6 § 1 ni aucun autre article de la Convention n'interdit expressément que de telles clauses soient prévues* » ; Commission 28 février 1996 requête n° 20999/92 Robert Robba c/ Allemagne).

⁸⁸⁷ Sur la renonciation, voir, par exemple, P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001.

⁸⁸⁸ Civ. 1^{ère} 17 décembre 1985 Compagnie de signaux et d'entreprises électriques GAJFDIP n° 72, RCDIP 1986 p. 537 note H. Gaudemet-Tallon.

⁸⁸⁹ Com. 19 décembre 1978 : « *que la société Europa Carton et la société Cifal avaient choisi le tribunal de commerce de Zurich d'un commun accord pour se garantir un recours à la juridiction d'un "pays tiers" et dans le souci de faciliter la solution de leurs difficultés communes* » ; voir les commentaires de H. Gaudemet-Tallon (*Clunet* 1978 p. 367, spécialement p. 372 et s.) et les observations plus nuancées de A. Huet (*RCDIP* 1979 p. 617, spécialement p. 622 et s.). Cf. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 613, n° 454-2.

⁸⁹⁰ Article 23.

⁸⁹¹ P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 250, n° 351.

Évidemment, l'exercice du pouvoir modérateur ne saurait engendrer une violation d'une autre disposition de la Convention, en particulier le droit d'accès au juge et le droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable⁸⁹².

Le respect du premier implique non seulement que le tribunal étranger plus approprié se reconnaisse compétent, mais également qu'en vertu de son droit national, la saisine d'une juridiction incompétente, même étrangère, entraîne une interruption de la prescription ou tout au moins que l'action ne se heurte pas à une fin de non recevoir fondée sur ce seul motif. Bien sûr, il est toujours possible de se référer au droit étranger pour s'en assurer. Cependant, sa connaissance et la prévisibilité de sa mise en œuvre parviendront rarement à un degré de certitude suffisamment élevé pour éviter tout risque d'une atteinte à la substance même du droit d'accès, soit un déni de justice. Par ailleurs, l'unilatéralité des règles de conflit de juridictions et la circularité des ordres juridiques font que le juge d'un État ne peut jamais contraindre un juge étranger à se reconnaître compétent. Une autre option consisterait à exiger du défendeur qu'il ne conteste la compétence de ce juge étranger ni au cours de l'instance directe, ni, le cas échéant, au cours de l'instance en *exequatur*. Toutefois, là encore, l'efficacité d'une injonction émanant du juge devant lequel le débat sur la compétence s'est déroulé reste difficile à évaluer ; des problèmes liés à son exécution se poseraient inévitablement. Certes, imposer au défendeur qu'il verse auprès du tribunal prêt à renoncer à sa compétence une caution propre à couvrir les sommes auxquelles il pourrait être condamné dans l'instance étrangère permettrait de prévenir ou de minorer les effets d'une opposition à l'*exequatur* de cette décision défavorable ; mais cette option présente le défaut de ne régler qu'une partie de la question. Aussi, afin de parer à toute éventualité, et ne pas risquer un déni de justice, il serait préférable de jouer sur les effets du pouvoir modérateur. Son exercice n'entraînerait pas le dessaisissement du juge, mais simplement un sursis à statuer⁸⁹³. De la sorte, le demandeur aurait l'assurance d'obtenir une décision sur le fond de sa prétention.

Du point de vue du délai raisonnable, et dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas disposée à voir dans l'élément d'extranéité de la situation une circonstance de nature à influencer notablement son appréciation du respect de ce droit

⁸⁹² Ces aspects sont envisagés par Mme Christelle Chalas respectivement sous l'angle du déni de justice (*L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 668 et s., n° 716 et s.) et des manœuvres dilatoires (p. 682 et s., n° 733 et s.).

⁸⁹³ L'idéal consisterait à réaliser un transfert de compétence, ce qui implique une très forte volonté de coopération entre les États et n'est donc guère envisageable en l'état actuel du droit positif (cf. C. CHALAS, *op. cit.*, p. 680 et s., n° 730 et s.).

fondamental⁸⁹⁴, il importe d'instaurer des garde-fous afin d'éviter que l'exception ne serve de moyen dilatoire ou ne retarde trop l'issue du litige. Affectant la compétence, l'exception devrait être soulevée *in limine litis* dans le but d'évacuer rapidement ce contentieux préalable, les contestations empruntant la voie du contredit dans lequel la partie concernée expliquerait en quoi le for n'est manifestement pas approprié et désignerait le ou les juges étrangers les mieux placés pour statuer. En outre, elle aurait à supporter les frais de l'instance relative à la compétence dans laquelle elle a succombé et s'exposerait à une amende civile en cas d'abus.

Conçu dans le respect de la sécurité et de la prévisibilité de la compétence juridictionnelle internationale et des autres dispositions de la CEDH susceptibles d'être affectées par son exercice, le pouvoir modérateur permettrait la vérification de l'existence d'un lien suffisant entre le litige et le for et, le cas échéant, le rétablissement de l'équité procédurale. Son efficacité suppose qu'il puisse être mis en œuvre sur l'initiative des parties ou d'office par le juge⁸⁹⁵, sauf à constater que le silence des intéressés correspond à un choix délibéré, car, dans cette hypothèse, le pouvoir modérateur n'a plus lieu de jouer, les parties ayant précisément renoncé à cette garantie issue de l'article 6 § 1 de la Convention⁸⁹⁶.

181. La flexibilité peut encore résulter d'une combinaison des deux précédentes méthodes selon deux modalités. En premier lieu, il est envisageable de les faire coexister en assignant à chacune d'elle un domaine d'application déterminé, c'est-à-dire appliquer l'idée du *forum conveniens* aux chefs de compétence exorbitante et réserver la doctrine du *forum non*

⁸⁹⁴ Cf. CEDH 20 décembre 2001 requête n° 27937/95 Bayrak c/ Allemagne. Dans cette affaire, à l'occasion de laquelle un ressortissant turc avait assigné une banque irakienne devant les juridictions allemandes qui se sont finalement déclarées incompétentes au bout de huit ans de procédure, la Cour rappelle que « *le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie selon les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par sa jurisprudence, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes* » (§ 28). Or, si la Cour « *admet que la procédure présentait une certaine complexité du fait de son lien de rattachement à l'étranger et des questions de droit en découlant, telle la compétence territoriale des tribunaux allemands* » (§ 30), cela ne l'a pas empêché de conclure au manquement de l'Allemagne à l'article 6 § 1 de la Convention. Certes, l'élément d'extranéité ne saurait justifier tout délai, mais il pourrait appeler un certain assouplissement du contrôle opéré par la Cour. Celle-ci s'y refuse et opterait même pour une sévérité accrue à l'égard d'une situation de ce genre, car, « *eu égard aux délais prévisibles du fait que l'affaire était régie par le droit turc et aux conséquences procédurales en découlant, la Cour estime qu'une certaine diligence s'imposait* » (§ 32). Voir également, CEDH 6 avril 2004 requête n° 75116/01 Karalyos et Huber c/ Hongrie et Grèce, § 33 : « *Bien que le cas ait soulevé de difficiles questions de droit relatives à la loi étrangère, la Cour considère que la durée de la procédure ne saurait s'expliquer par ce seul fait* » (« *Notwithstanding that the case gave rise to difficult legal issues of foreign law, the Court considers that the length of the case cannot be explained by this fact alone* »).

⁸⁹⁵ *Contra*, à l'exception de la matière gracieuse, C. CHALAS, *op. cit.*, p. 683 et s., n° 734 et s..

⁸⁹⁶ Ajoutons encore que ce pouvoir modérateur constituerait un moyen efficace de lutter contre le *forum shopping* (C. CHALAS, *op. cit.*, p. 318 et s., n° 351 et s. ; N.-A. DIAB, *Le tribunal internationalement compétent en droit libanais et français*, LGDJ 1993, p. 54 et s. ; L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 161, n° 145).

conveniens aux règles de compétence ordinaires⁸⁹⁷. La difficulté serait alors de distinguer clairement les compétences exorbitantes et celles qui ne le sont pas ; pour ce faire, même s'il est possible de se référer à l'annexe I du règlement du 22 décembre 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁸⁹⁸, l'exercice semble fort aléatoire. En second lieu, il serait concevable d'opérer une juxtaposition des deux méthodes. Cependant une telle éventualité, inspirée du droit américain de la compétence judiciaire, doit être rejetée, car le pouvoir modérateur sur la compétence introduirait encore plus de souplesse dans un système qui en aurait déjà beaucoup⁸⁹⁹.

182. En vertu du principe de subsidiarité, il appartient aux États Parties de choisir les moyens les plus aptes à satisfaire aux exigences de la Convention. La flexibilité des règles de compétence internationale n'est pas l'unique solution qui s'offre aux Hautes Parties contractantes. Une modification adéquate des normes existantes en constitue une autre, semble-t-il plus acceptable pour les systèmes qui érigent la prévisibilité de la compétence en valeur cardinale. Ainsi, en ce qui concerne les règles communautaires de compétence, et seulement dans leur relation avec les États tiers, un pouvoir modérateur présenterait certainement l'avantage d'empêcher leur application démesurée et renforcerait leur objectif, c'est-à-dire attribuer une compétence au tribunal le plus approprié⁹⁰⁰. Toutefois, il engendrerait une incertitude en opposition avec un autre objectif poursuivi par ce corps de règles, la sécurité juridique⁹⁰¹. En outre, toujours pour raisonner sur l'expérience

⁸⁹⁷ C. CHALAS, *op. cit.*, p. 239, n° 257.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 239, n° 258.

⁸⁹⁹ C'est d'ailleurs l'une des raisons pour laquelle le droit des États-Unis d'Amérique de la compétence fait l'objet de sévères critiques (cf. A. MIRANDES, *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des États-Unis*, Économica, 2002, *passim*).

⁹⁰⁰ H. GAUDEMET-TALLON, « Le "forum non conveniens", une menace pour la convention de Bruxelles ? (À propos de trois arrêts anglais récents) », *RCDIP* 1991 p. 520.

⁹⁰¹ H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, p. 520. L'impératif de sécurité et de prévisibilité (point 38), de même que le caractère obligatoire du système de compétence mis en place (point 37), ont ainsi amené la CJCE à condamner fermement le recours à l'exception de *forum non conveniens* (CJCE 1^{er} mars 2005 aff. C-281/02 *Owusu c/ Jackson*). La juridiction d'un État contractant ne saurait donc décliner la compétence qu'elle tire de l'article 2 du Règlement de Bruxelles « *au motif qu'une juridiction d'un État non contractant serait un for plus approprié pour connaître du litige en cause, même si la question de la compétence d'une juridiction d'un autre État contractant ne se pose pas ou que ce litige n'a aucun autre lien de rattachement avec un autre État contractant* » (point 46). Néanmoins, le droit communautaire n'est pas complètement hermétique au pouvoir modérateur du juge. En atteste l'article 15 du Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs qui autorise le juge à renvoyer l'affaire à une juridiction mieux placée pour en connaître (sur cette disposition, voir, par exemple, C. NOURISSAT, « Entrée en application le 1^{er} mars 2005 du Règlement "Bruxelles II bis" : un instrument unique pour le contentieux communautaire de la famille », *Procédures* 2005 n° 3 p. 4 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'articulation du droit international

communautaire, un tel pouvoir modérateur, connu seulement de trois ordres juridiques, la Grande-Bretagne, l'Irlande et les Pays-Bas⁹⁰², souffrirait d'un manque d'unité⁹⁰³ et introduirait « *un facteur d'hétérogénéité dans la culture juridique qui se profile derrière le système de compétence mis en place par le Règlement "Bruxelles I"* »⁹⁰⁴ ; donc, soit cette institution s'étend au Continent, soit elle s'estompe là où elle existe⁹⁰⁵. Par conséquent, si cette dernière solution prévalait, les difficultés trouveraient leur dénouement dans l'affinement des règles existantes⁹⁰⁶. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968⁹⁰⁷ puis sa communautarisation par le règlement du conseil du 22 décembre 2000⁹⁰⁸ témoignent du recours à ce procédé. Néanmoins, il ne permet qu'imparfaitement de répondre aux exigences de la Convention qui implique une réaction rapide de la part de l'organe habilité à modifier la norme dont les effets se révèlent incompatibles avec elle afin d'éviter une sanction de la part de ses gardiens⁹⁰⁹. En effet, ainsi que l'illustre l'affaire *Vermeire*⁹¹⁰, l'élaboration d'une réforme tendant à mettre en conformité le droit national au droit européen ne dispense pas le juge de s'assurer que la décision qu'il rend ne viole pas les dispositions de la

privé et de la procédure », in A.-M. Leroyer et E. Jeuland, *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, p. 94).

⁹⁰² Article 429-c § 11 du Code de Procédure civile : « *The courts shall not have jurisdiction if the petition has insufficient connection with the legal sphere of the Netherlands* » (cf. J. D. GONZALES-CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI* 2000 tome 287, p. 271, note 701).

⁹⁰³ H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, p. 521.

⁹⁰⁴ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, p. 94. En effet, dans le système mis en place par le règlement, la compétence est un droit pour le plaideur qui s'en prévaut alors que dans les systèmes de common law la compétence n'est que l'expression de la souveraineté.

⁹⁰⁵ Mme Gaudemet-Tallon se montre favorable à la seconde solution (*loc. cit.*, p. 521).

⁹⁰⁶ H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, p. 523. M. Kerameus partage également ce souci d'assurer la prévisibilité des solutions (« La compétence internationale en matière délictuelle dans la convention de Bruxelles », *TCFDIP, années 1991-1992, 1992-1993*, Pédone, 1994, p. 266). Une solution identique est préconisée par M. Droz (« *Delendum est forum contractus ?* (vingt après les arrêts De Bloos et Tessili interprétant l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968) », *Dalloz* 1997 chron. p. 356).

⁹⁰⁷ Dans sa version originale, l'article 16 (article 22-1 du règlement du 22 décembre 2000) attribuait, en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, une compétence exclusive aux tribunaux de l'État dans lequel l'immeuble était situé. Or, la mise en œuvre de cette stipulation pouvait se révéler particulièrement inadéquate dans l'hypothèse d'une location de vacances de courte durée. Afin de supprimer toute difficulté, une règle spéciale a été introduite par la Convention de San Sébastien. Désormais, l'article 16-1-b (article 22-1 al. 2 du règlement du 22 décembre 2000) prévoit qu'« *en matière de baux d'immeubles conclus en vue d'un usage personnel temporaire pour une durée maximale de six mois consécutifs, sont également compétents les tribunaux de l'État contractant dans lequel le défendeur est domicilié, à condition que le propriétaire et le locataire soient des personnes physiques et qu'ils soient domiciliés dans le même État contractant* » (cf. H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, p. 516).

⁹⁰⁸ L'exemple le plus notable concerne la réforme de la compétence en matière contractuelle ; le règlement comporte une nouvelle rédaction de l'article 5-1 et comprend (article 18 et s.) des dispositions spécifiques en matière de contrats individuels de travail (sur les inconvénients engendrés par l'ancienne rédaction de l'article 5-1 et sa critique, voir, par exemple A. HUET, « La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle », *TCFDIP années 1981-1982*, édition du CNRS, 1985, p. 17, et plus encore G. A. L. DROZ, *loc. cit.*, p. 351).

⁹⁰⁹ Les évolutions du système communautaire ont ainsi été très lentes à se mettre en place.

⁹¹⁰ CEDH 29 novembre 1991 requête n° 12849/87 *Vermeire c/ Belgique* *GACEDH* n° 63.

Convention⁹¹¹. En outre, dans le même ordre d'idée, la pesanteur d'une réforme est un élément qui ne doit pas être négligé, en particulier si la norme incriminée prend sa source dans une convention internationale ou dans un texte communautaire. Dans le premier cas, la réforme devra recueillir l'assentiment de l'ensemble des États Parties, dont certains se soucieront peu s'ils ne sont pas soumis à la juridiction de la Cour ; dans le second, la réforme rencontrera peut-être des résistances, l'Union n'étant pas encore Partie à la CEDH⁹¹².

183. Aussi, puisque la flexibilisation de la compétence internationale qu'implique l'exigence d'un lien suffisant postule « *une attitude fondée sur l'induction, la pondération et le pragmatisme* »⁹¹³, la solution la plus raisonnable consisterait à prévoir une clause d'exception permettant au juge, dans certaines circonstances précises, de décliner sa compétence. Un tel pouvoir modérateur exercé *a posteriori* n'est pas à redouter du point de vue de la sécurité juridique parce que les occasions dans lesquelles il jouera seront sans doute peu fréquentes. Les règles de compétence directe apparaissent, en effet, globalement positives ; élaborées dans un esprit d'équité procédurale, dans l'immense majorité des hypothèses, celui-ci se répercutera au stade de leur mise en œuvre. L'incertitude affectera donc principalement les fors exorbitants, mais elle sera toute relative, car, en y recourant, les plaideurs sauront à quoi s'en tenir. Loin de heurter les objectifs du droit international privé, les exigences découlant de la CEDH les renforcent et contribuent à leur pleine réalisation. Elles absorbent les impératifs de localisation et de proximité du juge compétent et les érigent en valeur matérielle. Ne pas faire juger n'importe quoi par n'importe qui devient une fin en

⁹¹¹ Les faits à l'origine de l'affaire *Vermeire* ressemblaient de très près à ceux de l'affaire *Marckx* à l'occasion de laquelle la Cour avait retenu la responsabilité de la Belgique 12 ans auparavant. Afin d'éviter un nouveau constat de violation de l'article 8 de la Convention combiné à l'article 14, le gouvernement belge soutenait que l'arrêt *Marckx* impliquait une réforme profonde du droit interne de la filiation et des successions qui ne s'est concrétisée que dans une loi du 31 mars 1987. Or, dans un souci de sécurité juridique, elle se trouvait dépourvue d'effet rétroactif, si bien que les litiges nés après 1979 continuaient à être régis par des normes dont les résultats avaient été jugés incompatibles avec la Convention (§§ 23-24). Et, eu égard à la complexité de la tâche, aucun manque de diligence ne peut être imputé au législateur belge. L'argument n'a pas convaincu la Cour : « *La liberté de choix reconnu à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 (nouvel article 46) ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme, au point de contraindre la Cour à rejeter en 1991, pour une succession ouverte le 22 juillet 1980, des griefs identiques à ceux qu'elle a accueillis le 13 juin 1979* » (§ 27).

⁹¹² Situation qui pourrait évoluer à la faveur de l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, signé à Strasbourg le 13 mai 2004. Son article 17 insère en effet un nouveau paragraphe 2 dans l'article 59 qui précise que « *l'union européenne peut adhérer à la présente convention* ». Voir également l'article I-9 2) du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (*JOUE* n° C-310 du 16 décembre 2004) aux termes duquel « *l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* ». Sur ce point, voir, par exemple, F. BENOÎT-ROHMER, « Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution », *RTDE* 2005 p. 261, spéc. p. 279 et s..

⁹¹³ J. D. GONZALES-CAMPOS, *loc. cit.* p. 55.

soi, ce qui tend, sous l'impulsion de la CEDH, à affermir la cohérence de l'ordre international.

CONCLUSION DU TITRE I

184. L'ordre international apparaît cohérent et harmonieux lorsque les individus impliqués dans une relation privée internationale ont eu l'opportunité de saisir un tribunal compétent pour statuer sur leur cause. Toutefois, la réalisation de l'objectif de coordination assigné au droit international privé manque de constance. Les exigences des intérêts étatiques gouvernent encore de façon prépondérante plusieurs règles et mécanismes qui troublent la cohérence et l'harmonie recherchées⁹¹⁴. Le rôle perturbateur de la souveraineté se manifeste de façon remarquable à travers les immunités de juridiction et les privilèges de nationalité tels les articles 14 et 15 du Code civil⁹¹⁵. Et, bien que l'évolution générale de la matière tende à le minorer, il conserve vigueur et actualité. Désormais, il bute contre le rôle correcteur de la CEDH, singulièrement son article 6. Le droit d'accès au juge est, par souci d'effectivité, si richement développé que, potentiellement, il pourrait conduire à supprimer l'intégralité des obstacles empêchant une saisine utile des juridictions instituées par les Hautes Parties contractantes. Tous ces obstacles, cependant, ne sont pas synonymes d'incohérence ou de disharmonie, et, nourri de considérations internationalistes, l'accès au juge se conçoit différemment selon que la situation présente un élément d'extranéité ou en est dépourvue. Si l'individu n'a pas le choix de la juridiction compétente, à tout le moins doit-il avoir accès à une juridiction quelle qu'elle soit. Si l'individu se heurte à une immunité de juridiction, à tout le moins doit-il ou devrait-il disposer d'une autre voie raisonnable pour faire valoir ses droits. Par-là, la CEDH renforce l'illicéité internationale de la plus grave des incohérences qui puisse affecter l'ordre international, c'est-à-dire le déni de justice.

185. Finalement, nulle opposition ne peut-être relevée entre la Convention et l'objectif de coordination et, d'une certaine manière, leur concordance revêt une nature surprenante. L'exigence d'un lien suffisant, dérivée du droit au procès équitable, l'illustre avec éclat. Certes, elle n'a pas vocation à désigner le juge le plus adéquatement compétent, mais elle constitue assurément une garantie de bonne justice, la proximité présumant la particulière aptitude du juge à trancher le litige qui lui est soumis. Ainsi, la proximité n'est plus seulement une vague directive pour les règles du droit international privé ; elle est, sous l'influence

⁹¹⁴ L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004, p. 274, n° 301.

⁹¹⁵ É. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, LGDJ, 1999, p. 88 et s., n° 130 et s..

européenne, une valeur matérielle. Il convient donc de l'instaurer là où elle fait défaut et de la restaurer lorsque, dans le cas concret, elle est tenue en échec. Cette insensible modification des fins du droit international privé, que la CEDH accompagne, consolide et affine, notamment en influençant les règles qui les concrétisent, se laisse également observer du point de vue des normes qu'un juge effectivement et équitablement compétent aura à mettre en œuvre.

TITRE II

LA COORDINATION NORMATIVE

186. Après qu'un juge effectivement et équitablement compétent a été saisi, la Convention européenne des droits de l'homme prolonge son influence sur les procédés techniques permettant de résoudre la ou les questions de droit soulevées par la relation privée internationale ou de donner effet, au sens large, aux décisions étrangères qui s'y rapportent. Elle intervient donc non seulement en matière de coordination judiciaire, mais également en matière de coordination normative, qu'il s'agisse de normes générales ou de normes individuelles⁹¹⁶. Une fois encore l'affirmation peut surprendre dans la mesure où aucune stipulation conventionnelle ne traite directement des situations affectées d'un élément d'extranéité. C'est en vain que l'on chercherait dans le texte européen des dispositions dont la physionomie ou la structure évoquent les méthodes utilisées dans ce domaine du droit international privé. Par ailleurs, s'agissant uniquement de déterminer les effets d'une norme et de choisir la réglementation qui va fournir la solution du litige, comment un procédé technique et *a priori* désincarné pourrait-il tomber sous l'empire de garanties substantielles ? De ce point de vue, il semble indifférent de recourir à une méthode plutôt qu'à une autre en ce qui concerne le problème du conflit de lois ou de soumettre l'efficacité des décisions étrangères à telle ou telle formalité. Ce qui compte, en dernière analyse, n'est-ce pas la façon dont le rapport sera réglé au fond ?

Pourtant, les différentes options envisageables ne sont pas à l'abri d'une contrariété aux droits et libertés que les États membres du Conseil de l'Europe et Parties à la CEDH se sont engagés à reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction. Que l'on songe simplement au traitement d'une situation internationale par rapport à celui d'une situation purement interne. Bien qu'elles soient dans une large mesure analogues, la première fait l'objet de règles particulières. N'y a-t-il pas là une atteinte au principe de non-discrimination ? L'interrogation peut paraître fantaisiste eu égard à la spécificité des relations privées internationales et à l'esprit d'ouverture présidant à leur réglementation. Il est en effet classique d'admettre que d'une manière ou d'une autre le juge met en œuvre une loi étrangère dont le contenu se révèle

⁹¹⁶ Du point de vue du normativisme kelsénien, il est en effet possible de considérer les décisions de justice comme des normes dont la validité se trouve cependant limitée au cas d'espèce. Cf. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, LGDJ, 1997, p. 63 et s., n° 76 et s..

le cas échéant sensiblement différent de celui de son homologue du for. Face à une situation internationale, il ne saurait être fait systématiquement appel à la *lex fori* ; « *d'autres droits avec lesquels ces situations sont plus ou moins liées semblent pouvoir et même devoir être appliqués si l'on veut arriver à des solutions justes et raisonnables* »⁹¹⁷. Il est tout aussi classique de donner effet à des décisions qui consacrent des solutions qui n'auraient jamais pu être obtenues si le juge du for avait été saisi en premier lieu. Cependant, faute de stipulation propre à la matière, rien n'assure l'évidence d'une réponse négative au regard des exigences de la CEDH, lesquelles pourraient alors constituer un frein à la coordination, la suppression de la discrimination éventuellement constatée supposant de gérer semblablement relations internes et relations internationales.

De même, conséquence de la circularité des ordres juridiques, et faute de convention internationale, l'État décide seul si et dans quelle mesure une décision étrangère produira des effets dans son ordre juridique. Les rapports juridiques boiteux résultant alors de son opposition éventuelle sont révélateurs d'un défaut de coordination et n'ont jamais été considérés que comme des accidents regrettables, certes, mais inéluctables. Cependant, la discontinuité du statut d'un individu ne constitue-t-elle pas une atteinte à son droit au respect de sa vie privée ou familiale ? La réponse dépend notamment de la certitude du défaut de reconnaissance. En effet, s'il est simplement prétendu que la décision affectant les liens familiaux d'un individu ne sera pas reconnue dans l'ordre juridique de l'État dont il possède la nationalité, la Commission a estimé que la situation ne présentait aucune incompatibilité avec les articles 8 et 12 de la Convention⁹¹⁸. En revanche, si le défaut de reconnaissance de ce qui a été jugé à l'étranger est avéré, un conflit avec la Convention est susceptible d'apparaître, non pas directement, mais par le biais d'une « *extension de la protection de certains droits garantis à des domaines non expressément protégés par elle* »⁹¹⁹, caractéristique du phénomène de la protection par ricochet. En ce sens, la CEDH se présente comme un facteur stimulant la coordination des ordres juridiques. C'est dire que son incidence est indirecte et, comme telle, elle risque d'emporter des conséquences fâcheuses, soit qu'elle aboutisse à neutraliser l'extranéité des situations soumises directement au juge du for et donc à effacer leur spécificité, soit qu'elle conduise à la reconnaissance et à l'exécution de décisions étrangères qui normalement n'auraient dû produire aucun effet ou qui n'auraient pu en

⁹¹⁷ M. K. YASSEEN, « Principes généraux de droit international privé », *RCADI* 1965 volume III p. 392.

⁹¹⁸ Commission 9 janvier 1995 requête n° 20765/92 *Batali c/ Suisse*. Comp. CEDH 6 mai 2004 requête n° 70807/01 *Monique, Oriane et Lilian Hussin c/ Belgique* : « *la Cour reconnaît que le refus d'accorder l'exequatur des jugements du tribunal de district de Siegburg a représenté une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des requérantes, ainsi qu'une atteinte à leur droit au respect des biens* ».

⁹¹⁹ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2002, p. 313, n° 151.

produire qu'à certaines conditions. Il convient cependant de relativiser la portée de l'immixtion de la CEDH dans ce domaine. Loin des bouleversements redoutés, l'attitude des juges de Strasbourg témoigne d'une grande prudence et illustre les capacités d'adaptation de la Convention aux situations les plus diverses. Elle accompagne, encadre et renforce l'évolution des règles de droit international privé dont la diversification, la spécialisation et la matérialisation⁹²⁰ constituent les traits marquants. L'influence de la CEDH se décline alors selon deux perspectives bien distinctes selon qu'elle intéresse les situations créées dans le for (chapitre I) ou celles constituées à l'étranger (chapitre II).

⁹²⁰ J. D. GONZALES-CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI* 2000 tome 287 ; B. AUDIT, « Le droit international privé à la fin du vingtième siècle : progrès ou recul ? », *RIDC* 1998 p. 421.

Chapitre I Les situations créées dans le for

187. La Convention européenne des droits de l'homme constitue-t-elle un facteur de coordination en ce qui concerne les situations créées dans le for, c'est-à-dire dans l'hypothèse où les individus impliqués dans une relation affectée d'un élément d'extranéité ont saisi le juge d'un État Partie ? En d'autres termes, la Convention est-elle susceptible d'orienter la réglementation technique des rapports privés internationaux ? À cet égard, on ne peut manquer de relever la pauvreté du texte européen sur le sujet. Il contient uniquement des garanties substantielles ou procédurales dont il semble difficile de déduire des indications relatives à la place qu'il convient de réserver à l'élément d'extranéité. Le droit au respect de la vie privée et familiale ou le droit au respect des biens, par exemple, respectivement inscrits aux articles 8 et 1 du Protocole n° 1, n'imposent rien de plus aux États que d'assurer leur sauvegarde et leur promotion dans les solutions apportées aux cas concrets. Aucun d'eux ne prescrit une attitude particulière pour la détermination de la règle applicable aux relations privées internationales. Ils n'intéresseraient que la teneur du fond et non celle de la technique qui permet de parvenir au résultat.

188. Parmi tous les articles de la Convention, seul l'article 14 se détache pour prendre une résonance singulière. En prohibant les discriminations, il conduit à une nouvelle évaluation de la pertinence du traitement dissemblable des relations interne et internationale. Certes, son rayonnement est tempéré en raison de son absence d'indépendance par rapport aux autres clauses normatives de la CEDH⁹²¹, toutefois, quatre aspects lui confèrent une portée loin d'être négligeable. En premier lieu, comme la Cour l'a très tôt affirmé, « *si cette garantie n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement (...) les "droits et libertés reconnus dans la Convention", une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire* »⁹²². De tels motifs révèlent que les juges de Strasbourg attribuent une portée autonome à l'interdiction de la discrimination⁹²³. C'est dire, souligne M. Renucci, « *qu'à défaut de pouvoir être invoqué*

⁹²¹ J.-F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 108, n° 58.

⁹²² CEDH 23 juillet 1968 requêtes n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64 Affaire linguistique belge, § 9.

⁹²³ M. BOSSUYT, « Article 14 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La CEDH, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 478 ; M.-A. EISSEN, « L' "autonomie" de l'article 14 de la

isolément, l'article 14 peut par conséquent être violé seul »⁹²⁴. En second lieu, la jurisprudence développe une conception extrêmement large du lien entre la discrimination et l'un des droits garantis ; ce qui tend à ériger ce texte, dans certaines espèces, en norme quasiment indépendante⁹²⁵. En troisième lieu, elle exploite au maximum le caractère simplement indicatif de la liste des motifs de discrimination prohibés inscrite à l'article 14. Que l'élément inspirant la distinction établie par la loi interne y figure ou n'y apparaisse pas n'a aucune importance⁹²⁶. Les juges strasbourgeois estiment même inutile de rechercher sur quoi se fonde la différence de traitement et se contentent de la constater⁹²⁷. Enfin, l'article 14 est parfois identifié comme un concept amplificateur de la Convention⁹²⁸. En effet, à lui seul, le principe de non-discrimination n'apporte rien « *mais quand on peut le placer sous le parrainage d'un droit déjà consacré il permet d'étendre la protection de la CEDH à des hypothèses qui n'avaient pas été spécialement retenues* »⁹²⁹, en l'occurrence le traitement des

convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission », in *Manifestations d'hommage à Polys Modinos*, Pédone, 1968, p. 122 ; P. LAMBERT, « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RTDH* 1998 p. 497 ; F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Thémis, 2^{ème} édition, 2004, p. 74 et s.. D'après la jurisprudence constante de la Cour, « *l'article 14 complète les autres clauses normatives de la Convention et des protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour la "jouissance des droits et libertés" même sans manquement à leurs exigences et, dans cette mesure possède une portée autonome* » (CEDH 28 mai 1985 requêtes n° 9214/80, 9473/81, 9474/81 Abdulaziz, Cabalès et Balkandali c/ Royaume-Uni, § 71 ; CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98 Odièvre c/ France, § 54, *RTDC* 2003 p. 375 note J.-P. Marguénaud, *JCP* 2003.II.10049 note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre).

⁹²⁴ J.-F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 116, n° 61.

⁹²⁵ G. GONZALEZ, « Le protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA* 2002 p. 115 ; J.-F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 116, n° 61. M. P. Lambert (*loc. cit.*, p. 501) cite en ce sens l'évolution des expressions employées par la Cour au fil de ses arrêts : les mesures se « *rattachent* » à l'exercice d'un droit garanti (CEDH 6 février 1976 requête n° 5589/72 Schmidt et Dahlstrom c/ Suède, § 39) ; « *la matière du litige n'échappe pas entièrement à l'empire du texte qui se combine avec l'article 14* » (CEDH 23 novembre 1983 requête n° 8919/80 Van Der Musselle c/ Belgique, § 43) ; les mesures critiquées se situent « *dans le domaine du droit* » (CEDH 28 mai 1985 requêtes n° 9214/80, 9473/81, 9474/81 Abdulaziz, Cabalès et Balkandali c/ Royaume-Uni, § 71). Voir également, F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *op. cit.*, p. 76 et s., M. Sudre relevant dans l'arrêt *Fretté* le point culminant de l'émancipation de l'article 14 dans la mesure où les juges de la Cour paraissent procéder à une application anticipée du Protocole n° 12 (CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97 Fretté c/ France, § 32 (*Dalloz* 2002 p. 935, *JCP* 2002.10074 note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre, *Dalloz* 2002 p. 2569 obs. C. Courtin, *JCP* 2002.I.153.6 obs. A. Marmisse, *JCP* 2002.I.157.21 obs. F. Sudre, *Droit de la famille* 2002 chron. n° 19 note A. Debet)).

⁹²⁶ M. BOSSUYT, *loc. cit.*, p. 477.

⁹²⁷ CEDH 28 novembre 1984 requête n° 8777/79 Rasmussen c/ Danemark : « *Aux fins d'application de l'article 14, il existait donc aux yeux de la Cour une différence de traitement entre M. Rasmussen et son ex-épouse quant à la possibilité de contester en justice la paternité du premier. Il n'y a pas lieu de rechercher sur quoi elle se fondait, la liste dressée à l'article 14 n'étant pas limitative* » (§ 34).

⁹²⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. 32 et s..

⁹²⁹ J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p. 34. Ce qui a permis aux organes de la Convention d'intégrer dans son champ d'application principalement des questions de droit civil ou de droit social. L'annexion à la Convention des nom et prénom des individus est une illustration remarquable de ce phénomène. Dans un premier temps, c'est une combinaison de l'article 8 avec l'article 14 qui a conduit la Cour à constater la violation d'une mesure

relations privées internationales. Par conséquent, il convient de relativiser les limites à l'applicabilité de l'article 14 d'autant qu'elles présentent un caractère temporaire puisque le Protocole n° 12, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2005 à l'égard de 11 États⁹³⁰, confère, en son article 1⁹³¹, une totale indépendance à la prohibition des discriminations⁹³². Faute d'une jurisprudence très fournie, son incidence sur les méthodes de coordination demeure relativement incertaine. Cependant, il comporte le risque d'affecter le principe même du recours par les États Parties à une méthode de coordination en les obligeant notamment à traiter de manière identique situations interne et internationale. Si leur liberté est alors incontestablement réduite, elle n'est pas pour autant anéantie. Une réglementation spécifique des relations privées internationales demeure possible. Et, dans la mesure où nulle stipulation de la Convention de Rome ne s'analyse en une technique de coordination, il est tentant d'en déduire que les États ont toute latitude pour élire une méthode de coordination et organiser la coordination. Bien que l'occasion de l'affirmer ne se soit jamais présentée aux organes de la Convention, ce postulat semble néanmoins guider leur jurisprudence en la matière. Ainsi, la marge de manœuvre des États varie selon que l'on envisage la question de l'adoption d'une méthode de coordination (section I) ou celle de son choix (section II).

Section I L'étendue de la liberté de recourir à une méthode de coordination

189. L'assimilation radicale au national n'est pas l'idéal du droit international privé. Ce serait en effet supprimer toute solution de conflit de lois, « *conséquence extrême à laquelle personne ne s'avisera de recourir* »⁹³³. Aussi, « *nul ne prétend défendre aux tribunaux d'appliquer, suivant les cas, la loi étrangère à côté de la loi du for* »⁹³⁴. C'est admettre, à l'inverse, la spécificité des relations privées internationales, laquelle justifie suffisamment

étatique en matière de nom. Par la suite, c'est sans le secours de l'article 14 qu'elle a envisagé les mesures relatives aux nom et prénom. Désormais, ses décisions se fondent directement et uniquement sur l'article 8.

⁹³⁰ L'Albanie, l'Arménie, la Bosnie-Herzégovine, Chypre, la Croatie, la Finlande, la Géorgie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, les Pays-Bas, Saint-Marin et la Serbie-Monténégro.

⁹³¹ « Article 1 Interdiction générale de la discrimination : La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation ».

⁹³² G. GONZALEZ, *loc. cit.*, p. 113 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p. 36 ; Rapport explicatif, www.conventions.coe.int.

⁹³³ F. RIGAUX, « Les notions d'égalité et discrimination en droit international privé belge », in *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Journée de Luxembourg, 31 mai au 4 juin 1961*, Dalloz, 1965, p. 452.

⁹³⁴ W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *RCDIP* 1963 p. 217.

leur traitement singulier par rapport aux relations purement internes. Cela est si bien intégré qu'il ne semble pas nécessaire de s'y appesantir davantage. L'objet caractéristique des règles de droit international privé réside dans les faits et les rapports qui apparaissent comme liés principalement à la vie matérielle externe⁹³⁵. Elles « *doivent être considérées comme visant à établir un règlement différent du règlement normal, pour des faits pour lesquels la règle générale qui concerne les faits de la même catégorie ne se manifeste pas comme conforme aux caractères particuliers des faits mêmes* »⁹³⁶. La différenciation ainsi établie est-elle de nature à heurter, dans son champ d'application, la prohibition des discriminations inscrite à l'article 14 de la CEDH ? Instinctivement, une réponse négative paraît s'imposer. Selon le même raisonnement, si un rapport commercial appelle un règlement différent d'un rapport civil c'est parce qu'il se distingue par son but commercial ou par ses sujets qui ont la qualité de commerçant⁹³⁷. Or, ni la Commission EDH, ni la Cour n'ont condamné une règle de droit commercial et plus généralement une règle de droit spécial par cela seul que son contenu se différencie du droit commun. Cela s'explique par l'objet et le but de l'article 14 de la Convention. Ainsi que la Cour l'a précisé en maintes occasions, il « *protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues* »⁹³⁸. En d'autres termes, « *il n'y a différence de traitement que si une distinction est introduite entre des situations analogues ou comparables* »⁹³⁹. Aussi, les organes de la Convention ne sauraient envisager les règles de droit international privé au titre de l'article 14 dès lors que des situations différentes font l'objet d'une réglementation différente. Le texte est tout simplement observé. S'inscrivant dans cette logique, M. Bischoff se demandait même si, à l'inverse, « *l'application systématique de la lex fori pourrait être considérée comme contraire à l'article 14* »⁹⁴⁰, ce à quoi M. Franz Matscher avait apporté une réponse positive parce que « *ce serait de la discrimination à l'envers et c'est concevable* »⁹⁴¹. Loin de cet optimisme, les

⁹³⁵ R. AGO, « Règles générales de conflit de lois », *RCADI* 1936 tome 58 p. 281. L'auteur exprime encore cette idée en définissant les règles de droit international privé « *comme étant des normes, qui, dans l'ordre juridique de l'État, donnent naissance, au moyen d'un procédé indirect, à une discipline juridique spéciale pour une catégorie donnée de faits et de rapports* » (p. 313).

⁹³⁶ R. AGO, *loc. cit.*, p. 281.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 251 et s..

⁹³⁸ CEDH 23 novembre 1983 requête n° 8919/80 Van Der Musselle c/ Belgique, § 46 ; CEDH 18 février 1991 requête n° 12033/86 Fredin c/ Suède, § 60 ; CEDH 22 octobre 1996 requêtes n° 22083/93 et 23095/93 Stubbings et autres c/ Royaume-Uni, § 72 ; CEDH 11 janvier 2001 requête n° 24650/94 P. M. c/ Italie, § 53.

⁹³⁹ F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *op. cit.*, p. 78.

⁹⁴⁰ Intervention à la suite de la communication de M. Matscher, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 230.

⁹⁴¹ F. MATSCHER, *loc. cit.*, p. 230. Au demeurant, l'observation pourrait même trouver un appui dans la jurisprudence de la Cour puisqu'elle estime, depuis l'arrêt *Thlimmenos* (CEDH 6 avril 2000 requête n° 34369/97

juges de Strasbourg se situent dans une perspective toute différente qui aboutit à nier la nature profondément spécifique et jusque là acquise des relations affectées d'un élément d'extranéité. Leur assimilation aux relations purement internes emprunte deux voies, la première consistant à déclarer l'analogie des deux hypothèses (§ I), la seconde à développer une argumentation sans égard pour la complication internationale du cas examiné (§ II).

§ I L'analogie des situations interne et internationale

190. L'analogie entre les situations interne et les situations affectées d'un élément d'extranéité n'a jamais été explicitement affirmée. Toutefois, elle résulte nécessairement d'un certain nombre de décisions et arrêts rendus par les organes de la Convention. Elle paraît donc acquise et à divers égards s'expose à une critique (A) qu'il convient néanmoins de nuancer puisque le phénomène d'assimilation n'aboutit pas, en dépit des apparences, à la négation de l'élément d'extranéité et de la spécificité qu'il imprime à la relation de droit privé (B).

A Le caractère critiquable de l'affirmation implicite de l'analogie

191. Au regard du principe de non-discrimination, la justification d'une différence de traitement commence par la question centrale de « *l'analogie ou de la comparabilité des situations* »⁹⁴² ; laquelle conditionne la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité de la disposition pertinente en la matière. Or, personne ne soutient sérieusement la thèse de la similarité des relations privées internationales et des relations privées internes. Comme le soulignait Batiffol, « *autant il paraît choquant de traiter différemment un italien et un français quant à la jouissance des droits civils, autant il paraît naturel de refuser le divorce à des époux italiens domiciliés en France parce que la loi italienne prohibe le divorce* »⁹⁴³. Prolongeant et généralisant l'idée, M. Franz Matscher en déduit logiquement qu' « *un traitement différencié des relations juridiques comportant un élément d'extranéité et de celles n'en comportant pas (ce qui est inhérent au droit international privé) ne constitue donc pas en soi une discrimination au sens de l'article 14* »⁹⁴⁴. Il paraît ainsi signifier que, par nature,

Thlimmenos c/ Grèce, préc.), que le droit à la non discrimination est violé si l'État n'applique pas une réglementation différente aux personnes dont les situations sont sensiblement différentes (§ 44).

⁹⁴² F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *op. cit.*, p. 78.

⁹⁴³ H. BATIFFOL, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé français », in *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Journée de Luxembourg, 31 mai au 4 juin 1961*, Dalloz, 1965, p. 464.

⁹⁴⁴ F. MATSCHER, *loc. cit.*, p. 215.

les situations de droit international privé se singularisent. Et, si, en elles-mêmes, les règles qui s'y rapportent ne revêtent pas un caractère discriminatoire, c'est bien en raison de la particularité des situations qu'elles sont appelées à régir. En dépit du ton qu'il emploie, son raisonnement d'ensemble sur la question laisse apparaître quelques doutes fissurant la sérénité rassurante de son affirmation.

192. D'une part, il semble la fonder, non sur l'applicabilité, ou plutôt l'inapplicabilité de la proportionnalité au titre de l'article 14 de la Convention, mais sur sa mise en œuvre. En effet, la raison qui l'amène à adopter son point de vue réside dans le fait qu' « *il est entendu qu'un traitement différencié ne constitue pas une discrimination, lorsqu'il repose sur des motifs objectifs* »⁹⁴⁵. L'explication avancée ouvre alors d'autres perspectives. Si les règles de droit international privé échappent au grief de discrimination, ce ne sera qu'à l'issue d'un contrôle approfondi mené jusqu'à son terme. C'est donc prendre le risque d'aboutir au constat d'une distinction injustifiée et, par voie de conséquence, inciter l'État à traiter de manière identique relations privées internes et internationales, ce qui constituerait alors un frein notable à l'entreprise de coordination des ordres juridiques.

193. Cette crainte se nourrit d'autre part non seulement de l'analyse d'un travail doctrinal, mais également de la jurisprudence de la Commission EDH citée par M. Franz Matscher. Aux requêtes qui posaient la question de savoir si « *le traitement différent des relations de droit ne comportant pas d'élément d'extranéité d'une part, et qui, par cela sont régies exclusivement par la loi nationale de l'État du for et, d'autre part, des relations comportant des éléments d'extranéité, pour lesquelles la loi du for prévoit des règles matérielles spécifiques ou renvoie à des lois matérielles étrangères, qui, à l'occurrence, sont moins favorables pour l'intéressé, peuvent constituer une discrimination au sens de l'article 14* »⁹⁴⁶, l'auteur observe que la Commission EDH a apporté une réponse négative. À première vue, la remarque vient conforter l'idée initiale d'une singularité des situations privées internationales plus qu'elle ne la dessert. Pourtant, la décision déjà citée de la Commission EDH du 10 mars 1981⁹⁴⁷ tend à la remettre en cause. La requérante soutenait, notamment, que la législation néerlandaise en matière d'adoption internationale présentait un caractère discriminatoire du fait qu'elle

⁹⁴⁵ F. MATSCHER, *loc. cit.*, p. 215. Voir également, H. BATIFFOL, *loc. cit.*, p. 460, pour qui les variantes dans le statut personnel ne sont guère critiquables parce qu' « *il y a une relation objective entre la différenciation instituée et la relation de fait* » (p. 464).

⁹⁴⁶ F. MATSCHER, *loc. cit.*, p. 216.

⁹⁴⁷ Commission 10 mars 1981 requête n° 8896/80 X c/ Pays-Bas *Recueil* p. 176.

appliquait des critères différents dans le cas d'un enfant hollandais. Après avoir rappelé la compétence de la loi nationale pour régler l'exercice du droit de fonder une famille découlant de l'article 12 de la CEDH, la Commission EDH énonce qu' « à cet égard, la question se pose de savoir si la différence de traitement imposée en l'occurrence à la requérante et à son mari peut être considérée comme répondant à un dessein objectif et raisonnable, et non pas une mesure disproportionnée par rapport au but poursuivi »⁹⁴⁸. Les commissaires ont de la sorte complètement éludé le problème sous l'angle de l'analogie des deux situations mises en balance dans la requête puisqu'ils entreprennent directement le contrôle au fond de la mesure incriminée. Cela signifie qu'implicitement la stipulation conventionnelle en cause est opérante et donc, qu'à leur sens, la différence de traitement entre les adoptions internes et internationales concerne des situations comparables.

194. Se trouve ainsi consommée l'assimilation des deux catégories de rapport attestant une négation certaine, sans toutefois être totale⁹⁴⁹, de la spécificité de l'élément d'extranéité. La démarche est critiquable notamment parce qu'elle est entreprise sans aucune justification. Regrettable du point de vue du droit européen des droits de l'homme (1) en ce qu'elle reflète une tendance lourde de la jurisprudence des organes de la Convention et néglige une opération importante du contrôle de la non-discrimination⁹⁵⁰, cette attitude demeure incompréhensible d'un point de vue internationaliste (2).

⁹⁴⁸ Commission 10 mars 1981 requête n° 8896/80 X c/ Pays-Bas. Voir également, Commission 18 décembre 1973 requête n° 5913/72 X c/ Irlande : en l'espèce le requérant estimait que la législation irlandaise alors en vigueur relative à la taxation des libéralités contrevenait à l'article 1 du Protocole n° 1 combiné à l'article 14 au motif qu'elle imposait des taux d'imposition variables, notamment entre les enfants adoptés. Seuls ceux dont l'adoption avait été prononcée en vertu du droit irlandais bénéficiaient du taux de 1 %. En revanche, dès lors que l'adoption découlait de la mise en œuvre d'une loi étrangère, le taux s'élevait à 10 %. Or, adopté en Angleterre en application de la loi anglaise, le requérant relevait de la seconde catégorie. La Commission déclara cependant la requête irrecevable pour défaut manifeste de fondement parce que « gardant à l'esprit les différences existant d'un État à l'autre dans les conditions à l'adoption et dans les procédures d'adoption ainsi que les différences dans les statuts résultant de telles adoptions », elle estima que les distinctions opérées par la législation incriminée étaient raisonnables et objectives, et, partant, n'étaient pas discriminatoires (« Bearing in mind the differences in the conditions for adoption and in adoption procedures from one country to another and the differences in status resulting from such adoption, the Commission finds that this test was reasonable and objective and therefore not discriminatory »). Par conséquent, elle suggère déjà l'idée d'une analogie entre les deux situations dans la mesure où elle a dû examiner la question sur le fond pour constater le respect de l'article 14 de la Convention.

⁹⁴⁹ Cf. *infra* n° 201.

⁹⁵⁰ Pour une mise en lumière de cette importance, cf. R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, p. 295 et s., n° 275 et s..

1 Au regard du droit européen des droits de l'homme

195. Les arrêts et décisions de la Cour et de la Commission EDH demeurent assez flous sur la question de l'analogie des situations dont la différence de traitement conditionne l'examen de la justification objective et raisonnable. Alors qu'ils devraient poser les jalons d'une réponse à deux interrogations majeures, que comparer et comment comparer⁹⁵¹, M. Sudre relève que, d'une manière générale, « *l'opération de qualification en situations analogues ne semble obéir ni à une méthodologie ni à des critères précis* »⁹⁵². Par exemple, dans l'affaire *Van Der Musselle*⁹⁵³, la Cour conclut à l'absence d'analogie entre la profession d'avocat et les autres professions judiciaires et parajudiciaires quant à l'obligation d'assistance judiciaire en s'appuyant sur le fait que « *chacune d'elles se caractérise par un ensemble de droits et d'obligations dont il apparaît artificiel d'isoler un aspect donné* »⁹⁵⁴. En matière de prescription de l'action civile, les victimes de dommages intentionnels et accidentels ne peuvent passer pour se trouver dans une situation comparable puisque les premières se « *rendront peut-être plus facilement compte qu'elles ont un motif d'action* »⁹⁵⁵, affirme-t-elle dans l'affaire *Stubbings*. La Cour mentionne encore « *les différences fondamentales qui existent entre un propriétaire et un locataire* »⁹⁵⁶ pour écarter le grief de discrimination entre les différentes législations applicables. De même, elle estime que la « *situation d'une personne condamnée par défaut n'est pas comparable à celle d'une personne condamnée à l'issue d'une procédure contradictoire, dans la mesure où il y a eu comparution du prévenu à son procès dans le premier cas mais non dans le second* »⁹⁵⁷. Ces quelques arrêts révèlent l'impossibilité de systématiser les éléments pertinents aux fins d'établir l'analogie des situations⁹⁵⁸. Au fond, cela résulte d'un examen assez sommaire des cas concrets et procède d'un raisonnement jugé parfois « *déconcertant* »⁹⁵⁹ sans qu'il s'en dégage une orientation

⁹⁵¹ R. HERNU, *op. cit.*, p. 296, n° 275.

⁹⁵² F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *op. cit.*, p. 79. Comp. J.-F. FLAUSS, obs. sous CEDH 27 juillet 2004 requêtes n° 55480/00 et 59330/00 Sidabras et Dziautas c/ Lituanie, *AJDA* 2005 p. 542 : « *En raisonnant comme elle le fait, la Cour verse dans un existentialisme juridique érigeant sa propre subjectivité en critère de la comparabilité des situations sujettes à une différence de traitement* ».

⁹⁵³ CEDH 23 novembre 1983 requête n° 8919/80 Van Der Musselle c/ Belgique.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, § 46.

⁹⁵⁵ CEDH 22 octobre 1996 requêtes n° 22083/93 et 23095/93 Stubbings et autres c/ Royaume-Uni, § 73.

⁹⁵⁶ CEDH 11 janvier 2001 requête n° 24650/94 P.M. c/ Italie, § 54.

⁹⁵⁷ CEDH 16 octobre 2001 requête n° 38055/97 Eliazar c/ Pays-Bas, § 41 (*Clunet* 2002 p. 249 obs. O. B.).

⁹⁵⁸ Cf. également, CEDH 23 octobre 1997 requêtes n° 21319/93, 21449/93 et 21675/93 National and Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society and the Yorkshire Building Society c/ Royaume-Uni, § 89 ; CEDH 28 juin 2001 requête n° 24699/94 Vgt Verein Gegen Tierfabriken c/ Suisse, § 87 (différence quant à l'objet d'une publicité).

⁹⁵⁹ S. GARCIA-JOURDAN, « De la transition démocratique en Lituanie à la consécration du droit d'exercer une activité professionnelle dans le secteur privé (À propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie* du 27 juillet 2004) », *RTDH* 2005 p. 373.

bien définie. Quoi de comparable, en effet, entre les « *différences fondamentales* » d'inspiration objective évoquées dans l'affaire *P. M. contre l'Italie* et le « *peut-être* » d'inspiration subjective et contingente avancé dans l'affaire *Stubbings* pour justifier l'absence d'analogie. Tout au plus pourrait-on se risquer à déduire de l'affirmation selon laquelle les « *États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure les différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique* »⁹⁶⁰ que seules des différences essentielles sont de nature à rompre la relative unité de deux situations. Il s'agit d'une nécessité sans laquelle l'interdiction de la discrimination perdrait son sens puisque, dans l'absolu, il n'existe pas deux situations identiques, chacune se singularisant d'une manière ou d'une autre. Si bien qu'à exiger une comparaison en tout point il en résulterait un glissement de l'opération de la recherche d'une analogie à la recherche d'une impossible identité, chaque situation n'étant alors comparable qu'à elle-même. Dans le cas des relations privées internationales, le problème provient du fait que l'analogie avec les situations purement internes procède d'une ellipse⁹⁶¹. Par conséquent, il est impossible de connaître avec certitude les motifs qui ont conduit la Commission EDH à tenir pour équivalente les adoptions internes et internationales, et sans doute plus généralement, les rapports juridiques internes et internationaux.

196. Considérée de manière implicite, la question de l'analogie semble faire l'objet d'un traitement assurément regrettable et contestable au regard du droit européen des droits de l'homme. L'absence d'une réflexion approfondie sur les points de convergence et de divergence des situations interne et internationale est d'autant plus malencontreuse si l'on se rapporte au droit international privé.

2 Au regard du droit international privé

197. S'il est évident que les matières envisagées par le droit interne et le droit international privé sont les mêmes, il ne paraissait pas moins certain que les deux disciplines les abordent sous des angles qui leur sont propres. Alors que le premier « *décide en considération des*

⁹⁶⁰ CEDH 28 novembre 1984 requête n° 8777/79 Rasmussen c/ Danemark, § 40 ; CEDH 22 octobre 1996 requêtes n° 22083/93 et 23095/93 Stubbings et autres c/ Royaume-Uni, § 72 ; CEDH 11 octobre 2001 requête n° 30943/96 Sahin c/ Allemagne, § 56 (*JCP* 2002.I.105.19 obs. F. Sudre).

⁹⁶¹ Les cas dans lesquels les juges strasbourgeois prennent soin de justifier l'analogie sont au demeurant assez rares. Cf., néanmoins : CEDH 18 février 1999 requête n° 29515/95 Larkos c/ Chypre, § 30 ; CEDH 26 novembre 2002 requête n° 36541/97 Blüchen c/ République Tchèque, § 72 (problème du versement de l'allocation de retraite à diverses catégories d'anciens militaires).

seuls intérêts français, dans l'ambiance du seul ordre social français »⁹⁶², le second « *considère les situations plus complexes, imprégnées de données étrangères* »⁹⁶³ et « *décide, sinon dans l'ambiance d'un ordre international encore mal discerné, du moins dans la compréhension d'ordres sociaux sans doute divergents* »⁹⁶⁴. En prenant pour point de départ la logique qui sous-tend les règles de droit international privé, la rupture entre les rapports internes et internationaux s'impose. Les deux corps de règles s'adressent à deux catégories distinctes de fait. En effet, la qualification interne ou internationale d'une situation aura pour conséquence la mise en œuvre de normes spécifiques obéissant à une philosophie nettement séparée⁹⁶⁵. À cet égard, quelle que soit la conception de la relation privée internationale retenue, la décision de la Commission EDH affirmant implicitement son analogie avec la relation interne ne saurait se justifier.

198. Selon une première opinion, est internationale la situation dans laquelle, subjectivement ou objectivement⁹⁶⁶, il est possible de relever l'existence d'un ou plusieurs éléments étrangers⁹⁶⁷. La relation internationale est subjective lorsqu'elle « *présente à l'organe étatique qui la contemple (...) un élément d'extranéité* »⁹⁶⁸ et objective lorsqu'elle « *met en cause deux ou plusieurs pays, par ses éléments intrinsèques* »⁹⁶⁹. Pour que les règles du droit international privé s'appliquent, il « *faut et il suffit (...) que la relation soit subjectivement internationale* »⁹⁷⁰, c'est-à-dire qu'un de ses éléments, notamment la

⁹⁶² P. LOUIS-LUCAS, « Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé », *Clunet* 1962 p. 858.

⁹⁶³ *Ibidem*.

⁹⁶⁴ *Ibidem*.

⁹⁶⁵ Il s'agit de la conception privatiste du droit international privé qui s'oppose à la conception classique selon laquelle « *toutes les relations privées sans exception doivent être objet des règles de droit international privé, toutes par conséquent doivent être soumises au premier chef au droit international privé* » (Q. ALFONSIN, « Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury. Tome I, Droit international privé et public*, Dalloz, 1960, p. 28).

⁹⁶⁶ Sur cette distinction, cf. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 3 et s., n° 5.

⁹⁶⁷ Il s'agit du critère théorique de l'internationalité identifié par M. Alfonsin au sein de la conception privatiste (*loc. cit.*, p. 29).

⁹⁶⁸ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 4, n° 5. En effet, ainsi que le précisent les auteurs, « *selon le point de vue adopté, l'identité de l'élément d'extranéité change : pour un juge italien la relation de deux italiens domiciliés en France est internationale par le domicile* » (n° 5, p. 4) alors qu'elle l'est par la nationalité pour un juge français. Voir également J.-M. JACQUET, « La fonction supranationale de la règle de conflit de lois », *RCADI* 2001 tome 292 p. 213 et s..

⁹⁶⁹ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 4, n° 5. Dans cette hypothèse, le rattachement à deux ou plusieurs États existe en soi de sorte que « *si un organe étatique est saisi, quel qu'il soit, son appréciation du caractère international ou non, en ce sens, de la relation ne peut varier* » (p. 4, n° 5).

⁹⁷⁰ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 4, n° 5.

nationalité, le domicile, la situation d'un bien, le lieu de conclusion d'un contrat ou encore de la célébration d'un mariage, soit étranger⁹⁷¹.

En droit français, il appartient aux parties⁹⁷² d'en faire état. Ainsi, aux termes de la jurisprudence française, si les éléments de fait qui impriment à la relation litigieuse son caractère international n'ont pas été révélés aux juges du fond, l'affaire, au plan contentieux, sera de droit interne⁹⁷³. Or, dans l'affaire précitée du 10 mars 1981⁹⁷⁴ soumise à la Commission EDH, la relation offrait une configuration objectivement internationale par la diversité des nationalités et des domiciles des personnes impliquées⁹⁷⁵. D'ailleurs, l'État défendeur avait mis en œuvre des normes spécifiquement internationales. Alors que tout conduisait au constat de la singularité de la situation, les commissaires ont raisonné sur la base d'une analogie avec un rapport dont les éléments se seraient concentrés en un unique ordre juridique. De ce point de vue la décision apparaît fort contestable et ne saurait même pas

⁹⁷¹ Conception de l'internationalité qui résulte par exemple d'une lecture combinée des articles 1-1 et 3-3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles (cf. P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 518, n° 700).

⁹⁷² Bien que cela puisse aboutir à la mise à l'écart de la règle de conflit du for et donc de la loi étrangère éventuellement compétente à ce titre ou de toute autre règle de droit international privé et que le juge se trouve dans l'obligation de trancher le litige « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » (art. 12 al. 1 NCPC), il « ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat » (art. 7 al. 1 NCPC). Il est tenu par les allégations des parties et n'a pas la possibilité d'en introduire même en respectant le principe du contradictoire (T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2^{ème} édition, 2002, p. 191, n° 259 ; Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland se montrent plus nuancés, cf. *Droit judiciaire privé*, Litec, 4^{ème} édition refondue, 2004, p. 398, n° 694). En somme, « la maîtrise des parties sur le fait ne se trouve donc pas réellement entamée, même si, indirectement, le juge peut provoquer l'introduction d'un fait dans le débat en sollicitant des explications des parties » sur la base de l'article 8 du NCPC (T. LE BARS, *op. cit.*, p. 193, n° 260).

⁹⁷³ Civ. 1^{ère} 11 juillet 1961 Bertoncini *GAJFDIP* n° 32-34, *RCDIP* 1962 p. 124 note H. Batiffol, *Clunet* 1963 p. 132 note B. Goldman. Cette décision réalise une application anticipée des principes directeurs du procès civil qui intégreront le Nouveau Code de Procédure Civile en 1975 (B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, n° 32-34, p. 297). Il conviendrait peut-être de nuancer l'assertion à la lumière de deux arrêts rendus le 26 mai 1999 (Civ. 1^{ère} 26 mai 1999 Société Mutuelles du Mans *IARD RCDIP* 1999 p. 707 note H. Muir Watt, *GAJFDIP* n° 74-78 ; Civ. 1^{ère} 26 mai 1999 Belaïd *RCDIP* 1999 p. 707 note H. Muir Watt, *JCP* 1999.II.10192 note F. Mélin, *Defrénois* 1999 p. 1261 obs. J. Massip, *GAJFDIP* n° 74-78). Lorsque le litige porte sur des droits dont les parties ont la libre disposition, il semble nécessaire que la connaissance de l'extranéité de la situation parvienne au juge à l'initiative des parties (Civ. 1^{ère} 26 mai 1999 Société Mutuelles du Mans *IARD*, préc. : « la cour d'appel a légalement justifié sa décision sur le fondement de la loi française, dès lors qu'aucune des parties n'avait invoqué la convention de La Haye du 15 juin 1955 pour revendiquer l'application d'une loi étrangère (cnqs) ». En revanche, si les droits en litige sont indisponibles, une telle connaissance paraît relever de son office (Civ. 1^{ère} 26 mai 1999 Belaïd, préc. : « attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, d'office, quelle suite devait être donnée à l'action en application de la loi personnelle de la mère, qui, selon les éléments de procédure, était titulaire d'une carte de résident (cnqs), la cour d'appel a méconnu les exigences des textes susvisés »). Cependant, il n'est pas tenu à l'impossible. Encore faut-il donc au minimum que les éléments de procédure suggèrent l'existence d'un élément d'extranéité à défaut de le révéler explicitement.

⁹⁷⁴ Commission 10 mars 1981 requête n° 8896/80 X c/ Pays-Bas.

⁹⁷⁵ Pour mémoire, la requérante d'origine polonaise avait acquis les nationalités britannique et néerlandaise, son époux était un ressortissant néerlandais et l'enfant qu'ils souhaitaient adopter de nationalité polonaise. En outre, alors que le domicile du couple se trouvait aux Pays-Bas, l'enfant résidait en Pologne.

se justifier au regard d'une conception plus restrictive, et sans doute plus pertinente, de l'internationalité.

199. Selon une seconde opinion, en effet, se contenter de l'existence d'un ou de plusieurs éléments étrangers est insuffisant en raison de l'imprécision du critère mobilisé⁹⁷⁶. Ainsi, M. Pierre Louis-Lucas, analysant les contrats patrimoniaux qui ressortissent au droit international privé, estime « *que le caractère international d'un contrat ne peut résulter que du fait (mais en résulte alors nécessairement) qu'un, au moins, de ses éléments objectifs (origine de sa cause, situation de son objet, localisation de son exécution) possède un rattachement national différent de celui qui est impliqué par ses autres données* »⁹⁷⁷. Généralisant sa réflexion, il considère alors que l'internationalité de l'ensemble des situations juridiques procédera uniquement de la dispersion dans l'espace de leurs composantes objectives et non de la condition ou de l'attitude (nationalité, résidence, centre d'activité) de leurs participants⁹⁷⁸. Sa doctrine propose un affinement du critère de l'internationalité et tend à mettre en lumière de manière certaine la nature profondément spécifique des relations relevant du droit international privé, lesquelles ne sauraient, par conséquent, être assimilées aux relations purement internes. Une fois encore, la décision de la Commission EDH ne convainc pas. Loin d'inviter à approfondir le sens de la distinction entre les situations interne et internationale, elle se borne à postuler leur analogie. Au regard du cas d'espèce, il ne faisait pourtant aucun doute que la localisation des éléments constitutifs de l'adoption envisagée lui conféraient une dimension internationale.

⁹⁷⁶ P. LOUIS-LUCAS, *loc. cit.* p. 860. En outre, il n'est pas toujours conforme aux données positives. Par exemple, le droit international uruguayen répute relations nationales les contrats qui se concluent et s'exécutent en Uruguay et relations internationales les contrats qui se concluent et/ou s'exécutent à l'étranger (Q. ALFONSIN, *loc. cit.*, p. 29). Un tel affinement se constate aussi en France dans la mesure où l'internationalité d'un contrat se détermine non seulement en fonction d'un critère juridique, mais également en fonction d'un critère économique (Civ. 17 mai 1927 Pélissier du Besset *D. P.* 1928.I.25 concl. Matter, note H. Capitant ; ainsi (cf. Civ. 1^{ère} 11 octobre 1989 *Bull. civ.* n° 311), il n'est pas exclu qu'un contrat de prêt conclu en France entre deux personnes résidant en France revête un caractère international s'il doit donner lieu à un paiement international ou, à tout le moins, s'il est destiné à financer une opération du commerce international). Dans le même sens, M. Wengler remarque que le fait qu'un produit soit fabriqué dans un État A ne suffit pas à susciter une interrogation sur le droit applicable au contrat de vente ou de location dont il ferait l'objet dans un État B (W. WENGLER, « L'évolution du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP* 1990 p. 658 ; voir également, *Id.*, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *RCDIP* 1963 p. 220).

⁹⁷⁷ P. LOUIS-LUCAS, *loc. cit.*, p. 884.

⁹⁷⁸ P. LOUIS-LUCAS, *loc. cit.*, p. 884. Pour une conception voisine, voir, Q. ALFONSIN, *loc. cit.*, p. 35 et s. ; également J.-L. ELHOUEISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *Clunet* 2003 p. 39, pour qui l'extranéité s'identifie ou devrait s'identifier avec le critère de rattachement défini par la règle de conflit.

200. En définitive, il semble que l'option retenue par la Commission EDH d'assimiler relations interne et internationale ne soit susceptible d'appeler qu'une condamnation sans nuance. Le cas illustre suffisamment la distance qui sépare le droit européen des droits de l'homme et le droit international privé, la logique de celui-ci n'est pas celle de celui-là. Il convient cependant de tempérer les critiques parce que la négation de la spécificité de l'internationalité du litige dans la première étape de l'application de l'article 14 n'implique pas nécessairement et inéluctablement le rejet complet de son incidence à un stade ultérieur du raisonnement. C'est en effet par une mise en œuvre compréhensive du critère de la justification objective et raisonnable de la distinction établie par la loi entre les deux catégories de faits relevant d'une même matière qu'ils prennent en compte l'internationalité de la situation. Et, en dernière analyse, il apparaîtra que derrière l'antinomie premièrement relevée se dissimule une réelle concordance entre la CEDH et le droit international privé.

B Le caractère bénéfique des conséquences de l'analogie

201. Le développement des règles matérielles participe du souci de forger des normes spécifiquement adaptées aux relations privées internationales⁹⁷⁹ qui, à la différence des règles relevant de la méthode conflictuelle, ne procèdent pas à la désignation d'un droit étatique. Elles constituent une réglementation directe des rapports affectés d'un élément d'extranéité et contiennent la solution qu'il convient de leur apporter. Rien d'autre ne les distingue alors des règles substantielles ordinaires que leur objet, les relations purement internes pour les secondes, les relations privées internationales pour les premières⁹⁸⁰. Aussi, leur élaboration et leur application ne présentent-elles pas « *de particularité notable par rapport à celles des règles substantielles de droit commun* »⁹⁸¹. Par conséquent, leur contrôle au regard des impératifs conventionnels ne semble pas devoir subir un quelconque infléchissement. Ce n'est pas parce que l'État intervient dans la vie internationale en édictant des règles qui lui sont propres qu'il se trouve affranchi du respect des droits et libertés découlant de la CEDH et qu'il s'est engagé à garantir à toute personne relevant de sa juridiction.

⁹⁷⁹ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 407, n° 44.8 ; B. AUDIT, « Le droit international privé à la fin du vingtième siècle : progrès ou recul ? », *RIDC* 1998 p. 444 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 67 et s., n° 69 et s. ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 12, n° 19 ; B. OPPETIT, « Le développement des règles matérielles », in *TCFDIP, journée commémorative du Cinquantenaire, problèmes actuels de méthode en droit international privé*, Paris, 23 novembre 1985, éditions du CNRS, p. 121. Cette méthode de coordination répond à l'objection adressée aux règles de conflit de rattacher à la loi d'un seul État un rapport qui en intéresse plusieurs (cf. W. WENGLER, *loc. cit.*, p. 503).

⁹⁸⁰ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 407, n° 44.8 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 99, n° 135.

⁹⁸¹ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 100, n° 136.

Cependant, en se différenciant par leur contenu des règles internes se rapportant à la même question, les règles matérielles de droit international privé expriment « *le seul moyen efficace de rendre compte de la spécificité des rapports internationaux* »⁹⁸². Elles postulent donc très clairement la singularité de la vie internationale et soulignent, dans leur champ d'application, le défaut d'analogie entre les situations purement internes et les situations internationales. Pourtant, remarque Mme Gaudemet-Tallon, « *s'il est certain qu'on ne peut toujours traiter également situations internes et situations internationales, il est vrai aussi qu'un traitement systématiquement inégalitaire est souvent injustifié* »⁹⁸³. Or, c'est précisément à l'occasion d'une étude de la compatibilité d'une règle matérielle hollandaise avec la Convention que la Commission EDH a affirmé la similitude des deux situations. *A priori* négatrice de la spécificité de la complication internationale du rapport, l'affirmation permet en réalité de s'assurer de l'adéquation de la règle matérielle à cette donnée en autorisant un examen au fond au titre de la prohibition des discriminations. Le point de vue adopté est d'autant plus appréciable que le cantonnement, évoqué par certains⁹⁸⁴, des règles matérielles aux seules relations internationales indépendantes des milieux nationaux n'est pas avéré puisqu'elles se sont développées dans des secteurs relevant de la méthode conflictuelle. Le domaine de l'adoption internationale où se côtoient règles matérielles et règles de conflit de lois en atteste⁹⁸⁵. Par ailleurs, quand bien même s'agirait-il effectivement d'une situation

⁹⁸² Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 67, n° 69.

⁹⁸³ H. GAUDEMET-TALLON, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des conventions de La Haye), in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 190. Voir également, H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973 tome 139 p. 75 : « *Certes il est possible de dire, et cela l'est en matière de conflits de lois, que la seule existence de points de rattachement avec différents pays suffit à donner à la situation un caractère international. Mais, et c'est ici une seconde raison de la limitation des règles matérielles, si la pluralité de rattachement autorise le choix d'une loi, elle ne justifie pas de plein droit des règles matérielles spécifiques. En effet la difficulté de distinguer entre les relations proprement internes et internationales ne tient pas tant à l'élément formel, l'existence de rattachements multiples, mais à l'influence de cette pluralité sur la nature de la situation* » (p. 109).

⁹⁸⁴ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 411, n° 44.12. Comp. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 74, n° 76 et B. OPPETIT, *loc. cit.*, p. 129, pour qui les règles matérielles ne sont appelées à prospérer que dans le domaine du commerce international.

⁹⁸⁵ Cf. article 370-3 du Code civil : alors que l'alinéa 1 pose une règle de conflit, l'alinéa 2 réserve une place à la loi personnelle de l'adopté selon une méthode différente de la précédente que l'alinéa troisième rejette. La présence de règles matérielles se vérifiait également dans la jurisprudence antérieure (Civ. 1^{ère} 7 novembre 1984 Torlet *RCDIP* 1985 p. 533 note Simon-Depitre, *Clunet* 1985 p. 434 note H. Gaudemet-Tallon, *Dalloz* 1985 p. 459 note E. Poisson-Drocourt ; Civ. 1^{ère} 31 janvier 1990 Pistre *RCDIP* 1990 p. 519 note E. Poisson-Drocourt, *JCP* 1991 II.21635 note H. Muir Watt, *GAJFDIP* n° 67-69 ; Civ. 1^{ère} 10 mai 1995 Fanthou *Defrénois* 1996 article n° 36272 n° 6 obs. J. Massip, *RCDIP* 1995 p. 547 note H. Muir Watt, *Clunet* 1995 p. 626 note F. Monéger) à l'entrée en vigueur de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale (pour un commentaire, cf. P. LAGARDE, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », *RCDIP* 2001 p. 275 ; M.-C. LE BOURSICOT, « Commentaire de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *RJPF* 2001 n° 3 p. 6 ; F. MONÉGER, « L'adoption internationale après la loi du 6 février 2001 », *Droit de la famille* juillet 2001 p. 4 ; H. MUIR WATT, « La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale », *Clunet* 2001 p. 995).

indépendante des milieux nationaux, ce qui est douteux, et non d'une situation participant à la vie sociale de plusieurs ordres internes à l'égard de laquelle la méthode conflictuelle s'imposerait⁹⁸⁶, l'exemple retenu suffit à révéler le caractère mouvant et évolutif des deux catégories⁹⁸⁷ ouvrant un très vaste domaine aux règles matérielles. Dès lors, il importe de vérifier que la solution spécifique qu'elles posent s'inspire des caractéristiques des relations privées internationales et non de l'arbitraire, justifiant ainsi leur différence par rapport aux règles internes relatives à la même question. L'efficacité du contrôle européen dépend de sa capacité à intégrer les exigences de la vie internationale, ce dont témoigne la décision précitée de la Commission EDH prononcée le 10 mars 1981⁹⁸⁸.

202. En l'espèce, la requérante estimait avoir fait l'objet d'un traitement discriminatoire dans la mesure où le droit hollandais recourt à des critères différents selon qu'il s'agit d'une adoption interne ou d'une adoption internationale. Les règles matérielles incriminées soumettaient la réalisation du projet à la double condition que les enfants étrangers n'aient pas atteint l'âge scolaire en vigueur aux Pays-Bas et que la différence d'âge entre l'enfant et chacun des parents candidats à l'adoption ne dépasse pas 40 ans. Or, au moment de l'établissement des relations avec le couple néerlandais, les deux enfants polonais étaient âgés de plus de 6 ans. Examinant la proportionnalité de l'ingérence de l'État dans le droit de fonder une famille issu de l'article 12 de la Convention, la Commission EDH considère alors que cette condition est « *un critère objectif, qui se fonde sur l'idée que les enfants étrangers recueillis, issus d'une culture et d'un environnement social différents, doivent recevoir les rudiments d'enseignement scolaire, notamment de l'enseignement de la langue, à l'âge où la scolarité devient obligatoire pour les enfants néerlandais, de façon à faciliter leur insertion sociale aux Pays-Bas et à réduire au minimum, autant qu'il se peut, les effets dommageables qu'a pu provoquer leur départ de leur pays d'origine* »⁹⁸⁹. Puisqu'elle correspond « *à des impératifs légitimes et à l'intérêt des enfants étrangers recueillis* »⁹⁹⁰, en l'édicant, les autorités néerlandaises n'ont pas agi de manière contraire à l'article 14 combiné avec l'article 12 de la CEDH. Ainsi, loin de nier la spécificité de l'élément d'extranéité, l'affirmation implicite de l'analogie des situations internes et internationales permet un contrôle des normes

⁹⁸⁶ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 411, n° 44.12.

⁹⁸⁷ D'ailleurs, elles semblent davantage spécifier le règlement du rapport international que les situations auxquelles il s'applique. Alors que la règle de conflit l'inscrit dans la dépendance des ordres juridiques nationaux, la règle matérielle l'en affranchit.

⁹⁸⁸ Commission 10 mars 1981 requête n° 8896/80 X c/ Pays-Bas *Recueil* p. 176.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 181.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 182.

matérielles de droit international privé qui intègre la singularité et les exigences de la matière. En effet, le constat de non-violation de la Convention ne procède pas seulement d'une mise en balance de l'intérêt de l'État et des droits de l'individu, mais également des intérêts de l'ordre international auxquels renvoie sûrement la mention, sans autre précision, des « *impératifs légitimes* ». Les membres de la Commission EDH ont ainsi l'occasion d'évaluer la pertinence et la justesse d'une règle propre aux relations privées internationales. Dès lors qu'elle répond à leur singularité, sa compatibilité avec la CEDH ne pose pas de difficulté, ce qui signifie que, sous réserve de la conventionnalité de leur teneur, des règles matérielles interne et internationale se rapportant à la même question peuvent coexister au sein d'un même ordre juridique⁹⁹¹. En revanche, la mise à l'écart de la méthode conflictuelle pour promouvoir une solution différente du droit interne ne se justifie plus s'il devient impossible d'établir le lien entre les exigences de la vie internationale et la règle matérielle.

203. Dans cette hypothèse, le recours à une règle matérielle de droit international privé encourt la critique et se place en porte à faux avec la prohibition des discriminations. L'ouverture du contrôle au fond n'aboutit pas à entériner l'option retenue par l'État défendeur, mais donne lieu, au contraire, à un examen attentif susceptible d'entraîner un constat de violation de la Convention, ce que ne manque pas de souligner la Commission EDH dans la décision déjà citée du 10 mars 1981. Évoquant le point en litige, à savoir si la différence de traitement imposée en l'occurrence à la requérante et à son mari peut être considérée comme répondant à un dessein objectif et raisonnable, et non pas comme une mesure disproportionnée par rapport au but poursuivi, elle précise que « *cette question peut toutefois demeurer indécise* »⁹⁹². L'incertitude dont elle fait part est une allusion à la seconde condition, également non satisfaite par le couple néerlandais, relative à l'écart maximum entre l'âge de l'enfant et celui de chacun des deux parents candidats à l'adoption. De 50 ans pour les adoptions internes, il est abaissé à 40 ans pour les adoptions internationales. La Commission EDH n'a pas cru bon de s'attarder sur la légitimité de la distinction ainsi établie puisque, quoi qu'il en ait été, les enfants que la requérante et son mari souhaitaient adopter avaient dépassé l'âge scolaire, condition propre aux relations internationales et justifiée par leur singularité. C'est dire que le problème de la compatibilité de la seconde condition avec la prohibition des discriminations reste ouvert. Or, il est permis de douter de la pertinence d'un

⁹⁹¹ Par conséquent, cette conception laisse intact la valeur de la théorie italienne de la réception (R. AGO, « Règles générales de conflit de lois », *RCADI* 1936 tome 58 p. 294 et s.) selon laquelle les règles de conflit de lois sont des règles sur les sources du droit.

⁹⁹² Commission 10 mars 1981 requête n° 8896/80 X c/ Pays-Bas *Recueil* p. 182.

critère plus restrictif pour les adoptions internationales. En quoi, en effet, les exigences et les impératifs de la vie internationale conduisent-elles à requérir une différence d'âge plus faible entre l'adopté et les adoptants ? Si, en accroissant les difficultés pour mener à bien le projet d'une adoption internationale, le but poursuivi consiste à lutter contre le trafic international d'enfants, le moyen utilisé est fort mal choisi et paraît même teinté d'arbitraire. À défaut de revêtir un caractère objectif et raisonnable, le critère, présenté comme spécifique aux relations internationales, semble inexorablement conduire à un constat de violation de la Convention. Loin de rendre compte de la particularité de la vie internationale, il constitue une entrave et nuit au développement des rapports privés internationaux. Là ne sont pas les objectifs d'une règle matérielle en particulier et du droit international privé en général qui trouve alors dans la CEDH, par le biais de l'interdiction des discriminations, un instrument de nature à favoriser et protéger ses fins. Les solutions qu'elle contient doivent répondre aux exigences de l'ordre international. C'est dire que les lois d'application immédiate, en traitant de manière identique des situations présumées similaires, n'ont à satisfaire qu'aux impératifs matériels de la Convention.

204. Le second aspect de l'assimilation des relations privées internationales aux relations purement internes risque, en revanche, de compromettre irrémédiablement l'entreprise de coordination des ordres juridiques en ce que la négation de l'internationalité prend une tournure plus définitive.

§ II La négation de l'internationalité de la situation

205. Affirmer, même implicitement, l'analogie des relations internes et internationales conduit obligatoirement à s'interroger sur le rôle et l'incidence de l'internationalité de la situation. Elle se trouve alors, dans une certaine mesure, prise en compte. En outre, rien n'empêche de lui réserver une autre considération à un stade ultérieur de l'analyse du respect des droits des individus. En ce sens, le contrôle opéré présente, en dépit des apparences, quelque légitimité. En revanche, le raisonnement qui s'abstrait radicalement de la complication internationale du rapport de droit privé apparaît définitivement contestable à un double titre. D'une part, il aboutit à nier purement et simplement l'élément d'extranéité. D'autre part, il est le produit d'une manœuvre douteuse qui consiste, pour le juge, à ne pas répondre à la question soulevée devant lui. Révélatrice d'un certain malaise quant à la justification de la différence de traitement entre la relation privée internationale à constituer

dans le for et la relation du même ordre dont tous les éléments se concentrent dans ce for, l'hypothèse ne se rencontre pas seulement à Strasbourg. Les juridictions internes adoptent parfois une attitude similaire.

206. Un arrêt rendu le 6 juillet 2001 par la Cour constitutionnelle d'Italie⁹⁹³ en est une illustration remarquable. Saisie à titre préjudiciel par le Tribunal des mineurs de Catanzaro, elle était invitée à se prononcer sur la constitutionnalité de certaines dispositions de la loi du 15 janvier 1994 introduisant dans l'ordre juridique italien la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. En l'espèce, un père italien avait soustrait l'enfant commun à sa mère qui exerçait le droit de garde en Suisse. Conformément au dispositif conventionnel, repris dans la législation interne, le juge italien dans le ressort duquel se trouvait le lieu du séjour irrégulier a ordonné le retour immédiat de l'enfant en Suisse. Or, l'enfant refusait de se prêter à l'exécution de la décision. En outre, son père avait obtenu la garde provisoire à l'occasion d'une instance en séparation de corps qu'il avait engagée. Il a alors sollicité la révocation puis la suspension de l'ordonnance à la lumière des circonstances postérieures. Le tribunal refusa d'accéder à la première demande, mais s'interrogeait sur l'éventualité de faire droit à la seconde en dépit de l'interdiction faite au juge qui avait pris l'ordonnance de retour immédiat de la réviser, que ce soit d'office ou à la requête d'une partie, et bien que la possibilité d'une révision apparût difficilement compatible avec le caractère immédiatement exécutoire de l'ordonnance. Du point de vue du Tribunal des mineurs de Catanzaro, la constitutionnalité de l'institution aurait été incertaine, en particulier, au regard de l'article 3 de la Constitution⁹⁹⁴ puisqu'elle avait établi une inégalité de traitement entre les enfants relevant de la convention et les mineurs italiens lesquels auraient bénéficié d'une toute autre protection et d'une toute autre considération. En effet, dans une situation similaire, mais purement interne, lorsque l'ordonnance de retour rencontre des difficultés d'exécution, la procédure civile italienne ménage quelques possibilités de révision que la loi de transposition de la Convention du 25 octobre 1980 exclut dans l'hypothèse d'une soustraction transfrontière.

Très clairement, les juges du fond posaient la question de la légitimité du traitement différencié des relations internes et internationales au regard du principe d'égalité. Pourtant, la

⁹⁹³ Cour constitutionnelle d'Italie 6 juillet 2001 *RCDIP* 2002 p. 346 note B. Ancel.

⁹⁹⁴ « *Tous les citoyens partagent la même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques (...)* ».

Cour constitutionnelle a rejeté de façon assez lapidaire le grief fondé sur l'article 3 « *en l'absence d'une quelconque discrimination entre mineurs italiens et étrangers, dès lors qu'à conditions semblables la convention s'applique aux uns et aux autres selon des modalités identiques* »⁹⁹⁵. En d'autres termes, le dispositif conventionnel n'est pas condamnable puisqu'il ne distingue pas en fonction de la nationalité. Si son analyse ne néglige pas l'élément d'extranéité, en revanche, elle ne répond pas à la requête qui lui était soumise et en cela, le raisonnement reste très discutable. En refusant de s'interroger sur l'adéquation de la réglementation spécifique issue de la loi de 1994 avec l'internationalité qui la fonde, elle a manqué de souligner sans ambiguïté la singularité de la situation affectée d'un élément d'extranéité. Assurément, le procédé étonne. Annotant l'arrêt, M. Ancel souligne que « *les deux hypothèses sont si nettement séparées l'une de l'autre qu'une discrimination paraît bien improbable, sauf à retirer toute pertinence au phénomène de la frontière* »⁹⁹⁶. Par conséquent, il estime qu'« *il était effectivement inutile d'épiloguer* »⁹⁹⁷. Au contraire, il aurait sans doute été utile de faire de plus amples commentaires sur le sujet, à commencer par répondre à la question qui était posée. Le fait d'esquiver le problème engendre des doutes et ce n'est pas le résoudre que d'affirmer péremptoirement que le phénomène de la frontière emporte certaines conséquences nécessaires⁹⁹⁸. Certes, la Cour constitutionnelle ne nie pas la complication internationale de la situation, mais son raisonnement aboutit à lui conférer une sorte d'immunité en refusant de prendre en compte la pertinence du grief soulevé devant elle. Mieux vaudrait aborder le problème de front, quitte à sanctionner des adaptations que ne commande pas l'internationalité du rapport. Confrontée, en substance, à la même difficulté, la Cour européenne des droits de l'homme est allée encore plus loin dans cette voie et le sens de sa jurisprudence s'en trouve sensiblement modifié.

207. Dans une affaire jugée le 7 novembre 2000⁹⁹⁹, la requérante, de mère française et elle-même de nationalité française, soutenait qu'elle avait été victime d'une discrimination du fait de l'application de la loi allemande à sa demande de reconnaissance de sa filiation légitime à l'égard d'un ressortissant allemand. Pour cette raison, elle estimait avoir rencontré des obstacles qui n'auraient pas été opposés à un enfant français dans une situation purement interne. Française et domiciliée en France, elle n'aurait pu bénéficier des droits attachés à son

⁹⁹⁵ Cour constitutionnelle d'Italie 6 juillet 2001 *RCDIP* 2002 p. 350.

⁹⁹⁶ B. ANCEL, note sous Cour constitutionnelle d'Italie 6 juillet 2001, *RCDIP* 2002 p. 354.

⁹⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁹⁸ En l'occurrence, l'interdiction faite au juge qui a rendu l'ordonnance de non retour de la modifier.

⁹⁹⁹ CEDH 7 novembre 2000 requête n° 47128/99 Lucette Zvoristeanu c/ France.

statut. En effet, alors que la loi française admet un tempérament à la nullité du mariage, la loi allemande ne prévoyait rien dans les circonstances particulières de l'espèce. Après avoir rappelé que l'article 14 « *protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues* »¹⁰⁰⁰, La Cour a jugé la requête manifestement mal fondée en observant que « *la requérante, qui n'a pas de statut apparent d'enfant légitime et notamment pas la possession d'état incontestable et dénuée d'équivoque d'enfant de couple, ne se trouve pas dans une situation analogue à celle d'enfants qui demandent à bénéficier de la putativité (conformément à l'article 202 du Code civil) afin de rétablir une filiation légitime correspondant à une situation antérieure* »¹⁰⁰¹. La Cour avait alors l'occasion de se prononcer clairement sur l'analogie des situations interne et internationale et le cas échéant d'apprécier les aménagements qu'implique un rapport mettant en jeu plusieurs ordres juridiques. Cependant, à l'instar de la Cour constitutionnelle d'Italie, elle n'a pas répondu à la question posée. Bien que le débat portât sur le bien-fondé de l'application d'une norme étrangère, la Cour a développé son argumentation autour de la conventionnalité du refus de faire bénéficier la requérante des dispositions de l'article 202 du Code civil français, ce refus étant rapporté aux conditions d'applicabilité du texte en cause et non à l'extranéité de la situation¹⁰⁰². Il est évident, dès lors, que l'affaire ne faisait apparaître aucune discrimination, comme il était évident que la loi italienne d'incorporation de la Convention du 25 octobre 1980 n'instaurait aucune différence de traitement entre les enfants italiens et les enfants étrangers relevant les uns et les autres de son champ d'application. En d'autres termes, la question de l'internationalité est restée en suspens, ce qui est susceptible de deux interprétations.

Selon la première, la Cour a combiné un raisonnement par ellipse et un raisonnement *a fortiori*. Implicitement, elle aurait admis le défaut d'analogie entre la situation de la requérante et celle d'un enfant français impliqué dans une relation purement interne. Simplement, elle n'aurait pas estimé nécessaire de fonder sa conclusion sur cet élément puisque *a fortiori* la requérante ne se trouvait même pas dans une situation comparable à celle d'une personne bénéficiant de l'article 202 du Code civil. Ainsi, la situation internationale ne serait pas comparable à son homologue interne. Pour quelle raison, cependant, la Cour aurait-elle modifié les termes du débat ?

Selon la seconde, les juges strasbourgeois ont nié l'internationalité de l'affaire en ne considérant que la question de l'applicabilité de la loi française. Or, tel semble être le sens de

¹⁰⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰⁰¹ *Ibidem.*

¹⁰⁰² Prise de position fort critiquable dans la mesure où l'article 202 du Code civil n'a nullement été mis en œuvre dans la procédure interne.

cet arrêt puisqu'il existe une contradiction entre le grief formulé par la requérante, qui se plaignait de l'application de la loi allemande, et sa reformulation par la Cour, qui transpose la question sur le terrain de la distinction opérée par la loi française pour le bénéfice de la putativité entre les enfants ayant le statut apparent d'enfant légitime et les autres¹⁰⁰³.

Par conséquent, si la requérante avait rapporté la preuve des éléments constitutifs de la possession d'état d'enfant légitime, la Cour aurait conclu à la méconnaissance du droit de la requérante à ne pas subir de discrimination. En effet, même si distinguer n'est pas discriminer, seule l'extranéité de la situation aurait pu constituer le motif propre à justifier un constat de non-violation. Or, dans la mesure où les juges ont évincé cette circonstance dans la formulation même de la question posée, il est peu probable qu'elle revienne à un stade ultérieur de leur raisonnement. L'assimilation des relations privées internationales et internes est alors complète et la négation de la spécificité inhérente à l'internationalité totale. Enlever toute pertinence au phénomène n'est sûrement pas la meilleure voie pour traiter les difficultés qu'il peut susciter, d'autant qu'elle risque de conduire à l'anéantissement du droit international privé et, partant, de ruiner des siècles d'effort de coordination des ordres juridiques.

208. En assimilant les relations interne et internationale au regard de la CEDH, les organes de Strasbourg offrent une jurisprudence qui attire des critiques plus ou moins virulentes selon le procédé employé à cette fin. Deux voies sont utilisées et la seconde apporte une réponse peu adéquate à la difficulté. Celle-ci est contournée puisque les juges optent pour la négation

¹⁰⁰³ L'affirmation traditionnelle selon laquelle, depuis sa réforme par la loi du 3 janvier 1972, l'article 202 du Code civil accorde aux enfants le bénéfice de la putativité de façon inconditionnelle (A. BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, Litec, 10^{ème} édition, 2001, p. 78, n° 142 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome II. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Thémis, Droit privé, 21^{ème} édition refondue, 2002, p. 650 ; G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 7^{ème} édition, 2001, p. 307, n° 191 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Précis Dalloz, 6^{ème} édition, 1996, p. 339, n° 417), mérite en effet d'être nuancée. Encore faut-il, tout d'abord, rapporter la preuve du mariage. Rationnellement, en effet, cette « *légitimité par autorité de la loi* » (J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *La famille. Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1993, p. 168, n° 375) ne saurait jouer lorsqu'il n'existe pas de mariage du tout, même nul (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 2004, p. 127 et s., n° 273 et s. ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome I, troisième volume. La famille*, Montchrestien, 7^{ème} édition par L. Leveneur, 1995, p. 175, n° 806-1 ; J. FOYER, « Réflexions sur l'article 202 du Code civil », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 469, spéc. p. 472 et s.). Indépendamment de la théorie de l'inexistence, il s'agit alors de respecter la distinction entre le mariage et le simple concubinage. En outre, il appartient à l'enfant de prouver la légitimité de sa filiation selon les modes habituels d'établissement de la filiation légitime (H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 175, n° 806-1 ; J. FOYER, *loc. cit.*, 1999, p. 469, spéc. p. 475 et s.). Sa situation juridique ne peut en effet être supérieure à celle de l'enfant issu d'un mariage valide. Or, sans titre ni possession d'état, ce dernier n'a pas davantage la possibilité de démontrer la légitimité de sa filiation.

de la complication internationale du litige. Loin de préserver le traitement spécifique des situations affectées d'un élément d'extranéité, les solutions rendues sur cette base sont susceptibles d'aboutir à un bouleversement très sensible de la matière. Quant à la première, si elle inspire une certaine inquiétude en considérant que situations interne et internationale sont analogues et comparables, elle comporte en réalité des perspectives enrichissantes. Bien qu'elle défende de mener une intéressante réflexion sur le sens de l'internationalité, elle impose, en revanche, d'étudier la spécificité de cette même internationalité en permettant, par l'analogie, un contrôle au fond des règles de droit international privé orienté par les buts qui leur sont assignés.

209. Ainsi, les États Parties à la Convention n'ont pas nécessairement la liberté de traiter de façon différente les relations privées internationales. Encore faut-il que l'extranéité de la situation lui imprime une réelle spécificité pour qu'ils puissent lui réserver une réglementation adaptée ou tout au moins distincte de la réglementation des situations purement internes. Cependant, une fois l'hypothèse vérifiée, ils semblent disposer d'une marge de manœuvre plus étendue pour choisir la méthode de coordination qu'ils jugent la plus convenable et déterminer son contenu.

Section II L'étendue de la liberté de choisir une méthode de coordination

210. Longtemps la règle de conflit de lois multilatérale d'inspiration savignienne a été le paradigme de la résolution du problème du conflit de lois. Elle répondait aux prémisses de la matière selon lesquelles les relations privées internationales sont régies par des lois internes, d'une part, et, l'identification de ces dernières s'opère au moyen d'une règle de conflit¹⁰⁰⁴, d'autre part. Peu à peu, chacune d'elle a fait l'objet de critiques plus ou moins radicales dont le courant doctrinal, initiant ce que l'on a appelé la « crise du conflit de lois »¹⁰⁰⁵ et connu sous le nom de « révolution américaine », constitue le point d'orgue¹⁰⁰⁶. Pour autant, la

¹⁰⁰⁴ B. AUDIT, « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », in *TCFDIP journée commémorative du Cinquantenaire, Paris, 23 novembre 1985*, éditions du CNRS, p. 59.

¹⁰⁰⁵ G. KEGEL, « The crisis of Conflict-of-laws », *RCADI* 1964 tome 112 p. 91.

¹⁰⁰⁶ Pour un aperçu général de ces critiques et de la « crise du conflit de lois », cf., par exemple, B. AUDIT, *loc. cit.*, p. 59 et s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 64 et s., n° 64 et s..

contestation n'a pas engendré un bouleversement complet de la matière¹⁰⁰⁷ ; bien que la méthode conflictuelle soit concurrencée, elle demeure prépondérante. Le droit international privé moderne se trouve ainsi traversé par un mouvement de diversification¹⁰⁰⁸ des procédés permettant d'apporter une réponse aux rapports privés internationaux. Selon des classifications différentes, les auteurs relèvent, outre la classique règle de conflit¹⁰⁰⁹, les lois d'application immédiate et les règles matérielles. En somme, résumant MM. Mayer et Heuzé, soit la règle de droit international privé désigne une règle substantielle¹⁰¹⁰, soit elle est elle-même une règle substantielle¹⁰¹¹. Les États ont le choix de recourir à telle ou telle technique et, en définitive, chacune possède sa rationalité propre au regard de l'entreprise de coordination parce que « *si l'on considère que la fonction générale du droit international privé est d'assurer une réglementation satisfaisante des situations de la vie internationale des personnes en tenant compte des réalités sociales et des impératifs de la justice, force est d'admettre qu'aucun des procédés de réglementation n'est en principe "supérieur" aux autres et que son emploi par le législateur est conditionné aux besoins à satisfaire dans chaque cas* »¹⁰¹². La CEDH n'exerce pas une influence flagrante sur la diversification des règles de droit international privé. Les quelques arrêts pertinents laissent apparaître une marge de manœuvre importante au bénéfice des États.

211. En revanche, une fois la méthode de coordination adoptée, le contrôle européen se montre plus pressant. Certes, la Convention n'impose que très rarement l'édiction d'une règle d'un contenu déterminé, mais la règle de droit international privé ne saurait viser n'importe quelle hypothèse ni poursuivre, sur le plan substantiel, n'importe quelle fin.

212. Ainsi, la liberté étendue dont disposent les États pour choisir la nature de la méthode de coordination (§ I) décroît sensiblement lorsqu'il s'agit de déterminer son contenu (§ II).

¹⁰⁰⁷ Y. LOUSSOUARN, « L'évolution de la règle de conflit de lois », in *TCFDIP, journée commémorative du Cinquantenaire, problèmes actuels de méthode en droit international privé*, Paris, 23 novembre 1985, éditions du CNRS, p. 95.

¹⁰⁰⁸ J. D. GONZALES-CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI* 2000 tome 287, p. 67 et s. ; B. AUDIT, « Le droit international privé à la fin du vingtième siècle : progrès ou recul ? », *RIDC* 1998 p. 438 et s..

¹⁰⁰⁹ Qui elle-même a évolué. Sur cette évolution et ses rapports avec la Convention européenne des droits de l'homme (cf. *infra* n° 235 et s.).

¹⁰¹⁰ P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 82 et s., n° 113 et s..

¹⁰¹¹ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 99 et s., n° 134 et s..

¹⁰¹² J. D. GONZALES-CAMPOS, *loc. cit.*, p. 192.

§ I Un contrôle réduit sur la nature de la méthode de coordination

213. Saisis de situations se rattachant à plusieurs ordres juridiques, les organes de la Convention affichent avec une grande régularité leur indifférence quant à l'origine de la mesure incriminée. Cette attitude trouve une première explication dans le fait que ce qui importe, en dernière analyse, c'est le respect, dans le cas concret, des droits et libertés dont bénéficient les individus au titre de la CEDH. Que cette mesure constitue un emprunt à tel ou tel ordre juridique n'entre pas en ligne de compte. Au surplus, cela participerait de l'idée selon laquelle seules des normes substantielles sont susceptibles de heurter les dispositions conventionnelles. Ainsi, tant le recours aux procédés indirects que le recours à des règles spécifiques à la vie internationale échapperaient au contrôle européen. Si la première proposition comporte une part de vérité¹⁰¹³ et permet d'apporter un éclaircissement sur le phénomène identifié, la seconde, en revanche, ne contribue en rien à le comprendre puisque, en tant que telles, les méthodes de coordination restent soumises aux exigences de la CEDH¹⁰¹⁴. Seule l'opportunité d'adopter une méthode de coordination de préférence à une autre ne relève pas du domaine de la Convention. La marge de manœuvre dont les États disposent alors prend sa source dans l'indifférence témoignée par les organes de la Convention envers l'origine de la mesure incriminée (A), qui implique la relative neutralité du fonctionnement de la méthode de coordination à l'égard de la CEDH (B).

A Une indifférence quant à l'origine de la réglementation sur le fond

214. Le texte même de la Convention laisse augurer une indifférence pour l'origine de la norme applicable. L'article 12 qui garantit le droit au mariage dispose ainsi que « *à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ». En d'autres termes, son existence est liée au contenu des législations internes sans considération de leur origine. Qu'il s'agisse d'une norme du for ou d'une norme étrangère désignée par la règle de conflit du for est sans incidence. La norme de droit international privé, remarque M. Franz Matscher, « *est, en soi, "neutre" vis-à-vis de la Convention, dans la mesure qu'elle ne porte pas atteinte à l'essence* ».

¹⁰¹³ Sous réserve de justifier la responsabilité de l'État Partie qui met en œuvre une norme étrangère. Sur ce point, cf. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre I, n° 421 et s..

¹⁰¹⁴ Sur ce point, cf. *infra* n° 222 et s..

du droit au mariage »¹⁰¹⁵. Une décision *X contre les Pays-Bas*¹⁰¹⁶ illustre la mise en œuvre de cette directive.

La requérante, de nationalité hollandaise et anglaise, et son époux, de nationalité hollandaise, tous deux d'origine polonaise, souhaitaient adopter un enfant polonais. Elle invoquait une violation de l'article 12 du fait de l'obstacle mis par les autorités néerlandaises à son projet. Les dispositions pertinentes soumettaient en effet l'adoption d'un enfant étranger à la double condition que l'enfant n'ait pas atteint l'âge scolaire en vigueur aux Pays-Bas et que la différence d'âge entre les adoptants et l'adopté ne dépasse pas quarante ans. La requérante et son époux ne satisfaisaient ni à l'une, ni à l'autre. Eu égard au libellé de l'article 12¹⁰¹⁷, la Commission EDH a considéré « *que la décision des autorités néerlandaises n'était pas incompatible avec les dispositions de l'article 12, puisque les dispositions nationales pertinentes ne permettaient pas l'exercice de ce droit dans les conditions envisagées par la requérante et son mari* ». Spécialement destinée aux relations privées internationales, la norme de droit international privé en question constituait une règle matérielle d'origine nationale. C'est dire qu'en ce domaine, les Pays-Bas avaient choisi de recourir à une certaine méthode de coordination. L'option retenue n'a nullement influencé le contrôle de la Commission EDH. Indépendamment de leur fonction, la seule question résidait dans la compatibilité aux prescriptions de l'article 12 des règles hollandaises propres aux rapports privés internationaux¹⁰¹⁸. Pour autant, ce constat ne saurait se limiter à ce texte.

215. L'examen de la jurisprudence strasbourgeoise révèle au contraire sa généralisation. Plusieurs décisions de la Commission EDH et de la Cour intervenues aussi bien en matière

¹⁰¹⁵ F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Jean Foyer, in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 215. Comp. M. ENRICH MAS, « Article 12 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 437, où l'auteur considère que rien n'empêche l'application d'une loi étrangère pour la réglementation du droit au mariage, dès lors qu'elle ne l'enfreint pas, puisque les règles de conflit du for constituent des « lois nationales » au sens de l'article 12 de la CEDH (p. 449).

¹⁰¹⁶ Commission 10 mars 1981 requête n° 8896/80 X c/ Pays-Bas, précité.

¹⁰¹⁷ Si la Commission admet qu'au sens de l'article 12 une « famille » puisse être « fondée » par un couple grâce à l'adoption, en revanche il appartient « *aux législations nationales de définir si, et éventuellement à quelles conditions, l'exercice de ce droit par ce moyen devait être autorisé* ». Elle ajoute que, « *comme le stipule cet article, l'exercice de ce droit est régi par les lois nationales* ».

¹⁰¹⁸ Voir également, Commission 5 octobre 1981 requête n° 9057/80 R. G. c/ Suisse : en l'espèce, le requérant estimait que les autorités suisses avaient manqué à son droit au mariage en déterminant sa capacité matrimoniale au regard de la loi argentine, applicable en vertu d'une règle de conflit bilatérale. En effet, le divorce qu'il a obtenu dans son pays d'origine n'entraîne pas la dissolution du lien matrimonial, mais seulement son relâchement. La Commission a toutefois considéré que la référence à la loi étrangère ne soulevait aucune difficulté au titre de l'article 12 puisque ses dispositions n'impliquent pas la reconnaissance du divorce. Une fois encore, l'origine de la mesure querellée n'affecte pas le raisonnement des gardiens de la Convention.

patrimoniales qu'extrapatrimoniales montrent que la question de la légitimité, au regard de la Convention, de l'application d'une règle nationale ou étrangère à la situation affectée d'un élément d'extranéité est, en toute occurrence, non pertinente. Seul importe le résultat concret auquel conduit la mise en œuvre de la mesure étatique. La jurisprudence offre trois exemples de cette tendance.

Le premier¹⁰¹⁹ illustre l'indifférence de la Cour quant à la législation applicable sur le terrain de l'article 8 aux termes duquel chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale. La requérante, de nationalité française, souhaitait obtenir des juridictions françaises l'établissement de sa filiation légitime à l'égard de l'homme avec qui sa mère avait contracté un mariage religieux en la forme mosaïque en Allemagne le 23 mars 1952. Par un arrêt du 16 juillet 1998, la Cour de cassation rejeta le pourvoi de la requérante au motif qu'en vertu de la règle de conflit pertinente, la loi qui annule le mariage a compétence pour régler les conséquences de la nullité et, notamment, le tempérament de la putativité qu'il y a lieu de lui apporter. Or, selon le droit allemand, le mariage célébré à Hambourg sans l'intervention d'un officier d'état civil était inexistant. Il ne pouvait donc produire aucun effet, en particulier à l'égard des enfants. Dans la mesure où les juges strasbourgeois n'ont constaté « rien d'arbitraire ou d'abusif dans cette appréciation, l'obligation de la forme civile du mariage tenant à la sécurité juridique et à la sécurité des relations familiales »¹⁰²⁰, ils déclarèrent la requête manifestement mal fondée. La conclusion s'appuie également sur le fait qu'à supposer même que l'article 202 du Code civil français¹⁰²¹ eût été applicable, par réaction de l'ordre public international français, la requérante n'aurait pu en bénéficier puisqu'elle ne rapportait pas la preuve des éléments constitutifs de la possession d'état d'enfant légitime, seule susceptible de faire présumer l'existence du lien de filiation revendiqué. À ce propos, la Cour « admet que les États ont des raisons légitimes tenant à la sécurité juridique »¹⁰²² d'exiger que cette présomption légale revête un certain nombre de caractères pour être invoquée. La Cour a donc examiné la compatibilité avec l'article 8 de la CEDH d'abord des effets de la loi allemande puis de ceux de la loi française bien qu'elle n'ait pas été mise en œuvre dans l'ordre juridique interne. Ainsi, peu importe l'origine du droit applicable. Tout au plus la complication internationale de la situation amène-t-elle les juges de Strasbourg à l'apprécier

¹⁰¹⁹ CEDH 7 novembre 2000 requête n° 47128/99 Lucette Zvoristeanu c/ France.

¹⁰²⁰ *Ibidem*.

¹⁰²¹ Le mariage qui a été déclaré nul « produit aussi ses effets à l'égard des enfants, quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi ».

¹⁰²² CEDH 7 novembre 2000 requête n° 47128/99 Lucette Zvoristeanu c/ France.

également au regard du droit du for dès lors qu'elle a été envisagée par les juridictions nationales sous l'unique angle du droit étranger.

Une affaire *A. H. contre les Pays-Bas*¹⁰²³ constitue le deuxième exemple. Un citoyen néerlandais célibataire résidant en Belgique souhaitait adopter un enfant abandonné qu'il avait pris en charge. Le droit international privé belge prévoyait l'application distributive des lois nationales des intéressés. Or, le droit hollandais ne permettait pas à un célibataire d'adopter. La Commission EDH déclara la requête irrecevable en raison de son incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention. En effet, alors que le droit d'adopter ne figure pas en tant que tel au nombre des droits garantis, le droit de fonder une famille, au titre de l'article 12, est subordonné à l'existence d'un couple. Sur ce point, on ne peut manquer de relever la concordance entre la législation incriminée et les stipulations conventionnelles. En outre, l'article 8 ne renferme aucune « *obligation positive à la charge de l'État d'accorder un statut particulier, celui de l'adoption, au requérant et à la personne dont il assume la charge* ». Par conséquent, à aucun moment, la mise en œuvre de la loi hollandaise du statut personnel du requérant n'a suscité de difficulté. En tant que telle, son application est, pour reprendre l'expression de M. Franz Matscher, « *neutre* », que ce soit au regard de l'article 12 ou de l'article 8, preuve supplémentaire que la neutralité dépasse le seul droit au mariage.

L'affaire *X contre le Luxembourg*¹⁰²⁴ en est une troisième illustration. En l'espèce, le requérant, de nationalité hongroise, se plaignait du refus que les autorités luxembourgeoises auraient opposé à la déclaration de reconnaissance de son fils et à sa légitimation par mariage subséquent. Par un concours de circonstances¹⁰²⁵, l'enfant avait le statut d'adultérin et le droit luxembourgeois de l'époque n'admettait pas qu'un lien juridique fût établi entre lui et ses auteurs. Bien que la Commission EDH prononçât l'irrecevabilité de la requête pour non-épuisement des voies de recours internes, faute pour le requérant d'avoir saisi un tribunal luxembourgeois, elle aborda néanmoins indirectement le fond de l'affaire. En vertu du droit international privé luxembourgeois, la loi applicable à la cause était la loi hongroise qui non seulement ne faisait pas obstacle à la reconnaissance d'un enfant adultérin, mais encore lui attribuait de plein droit la qualité d'enfant légitime en cas de mariage subséquent de ses parents. D'office, la Commission EDH a vérifié le point de savoir si l'ordre public international luxembourgeois n'aurait pas conduit à l'éviction de la loi étrangère normalement

¹⁰²³ Commission 10 juillet 1975 requête n° 6482/74 *A. H. c/ Pays-Bas*.

¹⁰²⁴ Commission 10 juillet 1973 requête n° 5288/71 *X c/ Luxembourg*.

¹⁰²⁵ Le requérant avait fui la Hongrie pendant la Seconde Guerre mondiale et alors qu'il se trouvait dans un camp de réfugiés on l'informa du décès de son épouse. Il envisagea d'épouser une amie de nationalité hongroise avec qui il eût un fils. Un an avant la célébration du mariage, il apprit que sa femme était encore en vie. C'est la raison pour laquelle l'enfant naturel devint adultérin.

compétente. Or, l'évolution de la législation de l'État défendeur était telle que les commissaires ont estimé peu probable une réaction de l'ordre public, de sorte qu'il n'existait aucune raison justifiant l'abstention du requérant de s'en remettre à la justice du for. L'analyse opérée par la Commission EDH reflète une indifférence quant à la loi qui aurait été appliquée. L'accent est uniquement mis sur la nécessité de sa compatibilité avec les dispositions de la Convention, en l'occurrence l'article 8.

216. Par conséquent, quelle que soit la stipulation en cause, le contrôle des juges strasbourgeois ne concerne que les effets de la mesure étatique incriminée dans le cas concret, sans égard à sa désignation. Au fond, cela revient à reconnaître aux États Parties la liberté d'adopter une méthode de coordination, donc la maîtrise de la qualification interne ou internationale des situations¹⁰²⁶, et, s'ils décident de s'engager dans cette voie, de déterminer la nature de la coordination¹⁰²⁷. Peu importe, en effet, que l'État recourt à une règle matérielle, de source nationale plutôt qu'internationale, de préférence à une règle de conflit de lois¹⁰²⁸, ou qu'il soumette la constitution d'une relation à un mécanisme distributif plutôt qu'à une règle de conflit à rattachement alternatif voire unique¹⁰²⁹. Ainsi que le soulignait M. Franz Matscher lors des débats qui ont suivi sa communication devant le comité français de droit international privé, « *le choix des règles de conflit, comme tel, n'est pas commandé par la Convention* »¹⁰³⁰. La liberté des États dans le choix d'une méthode de coordination demeure importante et la conclusion se trouve à peine tempérée par l'appui que la Convention pourrait apporter à l'autonomie de la volonté.

¹⁰²⁶ Ce qui implique d'admettre que le droit international privé constitue une branche du droit privé qui concerne uniquement des relations particulières, en l'occurrence celles affectées d'un élément d'extranéité. C'est ce que M. Alfonsin nommait la conception privatiste du droit international privé (Q. ALFONSIN, « Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury. Tome I, Droit international privé et public*, Dalloz, 1960, p. 29).

¹⁰²⁷ M. Franz Matscher se montre un peu plus réservé et précise que « *le choix des règles de conflit, opéré par la lex fori, et la manière dont celle-ci a été interprétée et appliquée par les tribunaux de l'État mis en cause, ne constituent une violation de la Convention que dans des hypothèses extrêmes, qui ne se vérifieront qu'exceptionnellement* ». En d'autres termes, les « hypothèses extrêmes » ne signifiant pas jamais, l'ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme n'exclut pas une méconnaissance de la Convention.

¹⁰²⁸ Commission 10 mars 1981 requête n° 8896/80 X c/ Pays-Bas, précité.

¹⁰²⁹ Commission 10 juillet 1975 requête n° 6482/74 A. H. c/ Pays-Bas.

¹⁰³⁰ F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 226.

217. Bien qu'elle garantisse « *le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains* »¹⁰³¹ et qu'elle reconnaisse la notion d'autonomie personnelle reflétant « *un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* »¹⁰³², il n'est pas certain que la question de la légitimité des restrictions étatiques à l'aptitude de la volonté des individus de créer l'internationalité de leur rapport¹⁰³³ ou de choisir la loi applicable¹⁰³⁴ se pose. D'une part, le fait que l'autonomie de la volonté relève de la Convention est douteux et d'autre part, si tant est que la CEDH soit susceptible d'être applicable à son égard, il conviendrait de concilier cet aspect avec la prise de position de la Cour dans l'affaire *Bayrak* à l'occasion de la décision sur la recevabilité¹⁰³⁵.

De prime abord, le droit d'établir et de développer des relations avec autrui et l'autonomie personnelle, déclinaisons du « droit à la vie privée sociale »¹⁰³⁶ inauguré par la jurisprudence *Niemietz*¹⁰³⁷, paraissent pouvoir constituer le siège de l'autonomie de la volonté dans le droit

¹⁰³¹ CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88 *Pretty c/ Royaume-Uni*, § 61 (*JCP* 2002.I.153.6 obs. A. Marmisse, *JCP* 2002.I.157.1 et 13 obs. F. Sudre). Voir également, CEDH 16 décembre 1992 requête n° 13710/88 *Niemietz c/ Allemagne*, préc., où la Cour affirme qu'elle ne « *juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de "vie privée". Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables* » (§ 29). Voir également CEDH 25 novembre 1994 requête n° 18131/91 *Stjerna c/ Finlande*, § 37 ; Commission 12 avril 1996 requête n° 22940/93 *Fornaciari et autres c/ Suisse* ; CEDH 20 mars 2001 requête n° 50614/94 *Taieb dite Halimi c/ France*.

¹⁰³² Notion liée au droit au développement personnel. Cf. CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/02 *Pretty c/ Royaume-Uni*, préc., § 61 ; CEDH 11 juillet 2002 requête n° 28957/95 *Goodwin c/ Royaume-Uni*, § 90 (*Dalloz* 2003 p. 525 obs. C. Birsan, *GACEDH* n° 38) ; CEDH 11 juillet 2002 requête n° 25680/94 *I. c/ Royaume-Uni*, § 70 (*Dalloz* 2003 p. 525 obs. C. Birsan).

¹⁰³³ D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de Terré F.*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 288 et s. ; P. LOUIS-LUCAS, « Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé », *Clunet* 1962 p. 886 et s.. Reconnaître aux parties la possibilité de tenir pour internationale leur relation revient à les faire bénéficier de la loi d'autonomie. Ainsi, bien que la relation, notamment contractuelle, soit purement interne parce que tous ses éléments convergent vers un seul ordre juridique, elles auraient néanmoins la possibilité de la soumettre à une voire plusieurs dispositions étrangères. Cette faculté est consacrée par l'article 3111 du Code civil du Québec (« *l'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte* ») ; cf. J.-G. GASTEL, « Commentaire sur certaines dispositions du Code civil du Québec se rapportant au droit international privé », *Clunet* 1992 p. 645, et l'opinion plus nuancée de E. GROFFIER, « La réforme du droit international privé québécois », *RCDIP* 1992 p. 602).

¹⁰³⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 219 et s., n° 176 et s. et p. 492 et s., n° 374 et s. ; R. VANDER ELST, « Liberté, respect et protection de la volonté en droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 507 ; A. E. VON OVERBECK, « L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 619.

¹⁰³⁵ CEDH 6 juillet 2000 requête n° 27937/95 *Murat Bayrak c/ Allemagne*.

¹⁰³⁶ F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Thémis, 2^{ème} édition, 2004, p. 373, n° 40.

¹⁰³⁷ CEDH 16 décembre 1992 requête n° 13710/88 *Niemietz c/ Allemagne*, précité.

européen des droits de l'homme. En outre, la conviction selon laquelle l'autonomie de la volonté se rattache aux droits de l'homme trouve une expression dans le préambule de la résolution relative à « l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées » adoptée par l'Institut du Droit International lors de sa session de Bâle en 1991¹⁰³⁸. Pour sa part, M. Éric Jayme considère que parmi les droits fondamentaux de la personne humaine « *figure aussi l'autonomie de la personne humaine de conclure des contrats et de déterminer elle-même la loi applicable à ces contrats* »¹⁰³⁹. Pourtant, et bien que la question ne se soit encore jamais posée à Strasbourg, M. Franz Matscher estime, à l'opposé, ce lien peu probable, notamment au titre de l'article 8 de la CEDH¹⁰⁴⁰.

La jurisprudence portant sur les deux volets du « droit à la vie privée sociale » vient d'ailleurs confirmer ce qui n'était alors qu'une intuition. M. Marguénaud, par exemple, analysant les arrêts pertinents en la matière, constate que le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables se trouve enfermé dans des limites particulièrement étroites¹⁰⁴¹ à l'intérieur desquelles l'autonomie de la volonté ne paraît devoir trouver aucune place. Quant au droit au développement personnel, il concerne essentiellement l'identification personnelle et la lutte contre les humiliations publiques¹⁰⁴². En somme, seule la notion d'autonomie personnelle, « *qui promet déjà d'autres applications dynamiques* »¹⁰⁴³, permet de nourrir quelque espoir sur l'extension des garanties conventionnelles à l'autonomie de la volonté. La question demeure ouverte et échappe donc à toute appréciation définitive, car le domaine de la vie privée peut être entendu de façon plus ou moins large et jusqu'à présent sa spécification a bénéficié de la tendance extensive¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁸ « Reconnaissant que l'autonomie de la volonté des parties est également consacrée comme liberté individuelle ».

¹⁰³⁹ É. JAYME, « Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation », *RCADI* 2000 tome 282 p. 36. Voir également, *Id.*, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1995 tome 251 p. 54 et p. 147 et s..

¹⁰⁴⁰ F. MATSCHER, *loc. cit.*, p. 216.

¹⁰⁴¹ F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *op. cit.*, p. 376, n° 40.

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 377, n° 40. Cf. également M. LEVINET, « La juridicité problématique du droit au développement de la personne humaine dans la jurisprudence récente des organes de la Convention européenne des droits de l'homme », in J. Y. Morin et G. Otis (dir.), *Les défis des droits fondamentaux. Actes des 2^{ème} journées scientifiques du Réseau Droits Fondamentaux de l'Agence Universitaire de la Francophonie*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 95, pour qui le droit au développement personnel revêt simplement une dimension économique et sociale.

¹⁰⁴³ F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *op. cit.*, p. 378, n° 40.

¹⁰⁴⁴ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2002, p. 154, n° 86.

Cependant, quand bien même l'article 8 s'étendrait-il de la sorte que la liberté de l'État en matière de coordination serait à peine entamée. La Cour de Strasbourg a déjà eu l'occasion de préciser que « *les règles du droit international privé limitant le libre jeu de l'autonomie de la volonté ne sont pas incompatibles* »¹⁰⁴⁵ avec la Convention. Certes, la décision en question soulevait le problème de la déclaration d'incompétence des juridictions allemandes au regard du droit d'accès issu de l'article 6 § 1 de la CEDH. Néanmoins, une fois indiqué que « *ce droit n'implique pas un droit illimité de choisir le tribunal compétent* », la Cour avait résolu le cas d'espèce. Dès lors, l'affirmation subséquente relative aux rapports entre les restrictions étatiques à l'autonomie de la volonté et la Convention se révèle surabondante et, comme telle, elle est susceptible de se prêter à une généralisation. Par conséquent, sauf à envisager un revirement de jurisprudence, rien dans la CEDH n'oblige les États à accorder à la volonté individuelle plus de place qu'elle n'en occupe actuellement. Si tant est que la Cour de Strasbourg soit disposée à adopter en matière de conflit de lois un raisonnement similaire à celui développé à propos de la compétence internationale, tout au plus consacrerait-elle un droit limité de choisir le droit applicable à la relation. Ainsi, les États ne seraient contraints de laisser aux parties ni le soin de qualifier leur relation d'interne ou d'internationale ni la faculté de déterminer les domaines dans lesquels l'autonomie de la volonté aurait vocation à s'épanouir.

218. Les organes de la Convention concèdent donc aux Hautes Parties contractantes une marge de manœuvre considérable dans le choix d'une méthode de coordination. La décision précitée du 10 juillet 1973, ainsi que l'affaire *Zvoristeanu*¹⁰⁴⁶, suggèrent une accentuation de cet aspect, la Commission EDH et la Cour paraissant manifester la même indifférence à l'égard du fonctionnement interne de la méthode de coordination retenue, dans la mesure où elles envisagent tant l'application de la loi étrangère que son éviction et son remplacement éventuel par la loi du for.

B Une indifférence quant au fonctionnement de la méthode de coordination

219. Parce qu'il importe peu, au regard de la Convention, que la situation soit soumise à une loi étrangère ou à une loi du for, la règle de droit international privé affiche une certaine neutralité. Celle-ci s'exprime encore relativement à la façon dont s'opère le choix de la loi

¹⁰⁴⁵ CEDH 6 juillet 2000 requête n° 27937/95 Murat Bayrak c/ Allemagne.

¹⁰⁴⁶ CEDH 7 novembre 2000 requête n° 47128/99 Lucette Zvoristeanu c/ France.

applicable. Certes, les décisions pertinentes ne comportent que des indications sommaires, leur examen étant limité par l'irrecevabilité de la requête, mais une décision rendue en matière patrimoniale apporte une confirmation très nette de cette tendance¹⁰⁴⁷.

Le requérant, citoyen américain, avait conclu un accord avec la société BP afin d'organiser l'exploitation conjointe d'une concession pétrolière en Libye. À la suite des mesures d'expropriation décidées par la Libye, la BP assigna le requérant devant les tribunaux anglais en fondant sa demande en dommages et intérêts sur la loi anglaise relative aux contrats à exécution impossible. Le requérant soutenait devant la Commission EDH que la procédure sur le fond de l'affaire, en particulier l'application de la loi anglaise au lieu du droit texan, méconnaissait son droit à un procès équitable. En d'autres termes, il mettait en cause la manière dont la règle de conflit du for avait été appliquée et interprétée. À cette question spécifique, la Commission EDH a apporté une réponse très commune. Rappelant les termes de l'article 19 de la Convention¹⁰⁴⁸, elle précise qu'elle n'est « *pas compétente pour examiner une requête relative à des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où ces erreurs lui semblent susceptibles d'avoir entraîné une atteinte aux droits et libertés garantis par la Convention* »¹⁰⁴⁹. Ainsi, même si le fonctionnement de la règle de conflit se révélait défectueux, il ne s'analyserait qu'en une simple erreur de droit exceptionnellement justiciable d'un contrôle européen. Or, en l'espèce, constatant, notamment, que ni le requérant, ni son conseil, n'avaient été empêchés de présenter une argumentation complète sur la question de l'applicabilité de la loi de 1943 réformant le droit de l'inexécution des contrats, la Commission EDH a considéré qu'il ne s'agissait pas là d'un grief faisant problème quant aux droits garantis par l'article 6. Dès lors, sur ce point, la requête apparaissait incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention.

220. La mise en œuvre de la coordination, en d'autres termes, échappe au contrôle européen, car ce qui vaut pour l'article 6 vaut également pour tous les autres articles. Si une erreur de droit ou de fait affecte l'application, par exemple, de la règle de conflit de lois, elle sera prise en compte par les juges strasbourgeois uniquement dans l'hypothèse où elle a pour effet une atteinte à l'un des droits garantis. Or, en matière conflictuelle, c'est la désignation

¹⁰⁴⁷ Commission 4 juillet 1983 requête n° 10000/82 H. c/ Royaume-Uni *Recueil* p. 247.

¹⁰⁴⁸ Ancien article 19 de la Convention : « *Afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties Contractantes de la présente Convention, il est institué : une Commission européenne des Droits de l'Homme (...)* ».

¹⁰⁴⁹ Commission 4 juillet 1983 requête n° 10000/82 H. c/ Royaume-Uni *Recueil* p. 266.

d'une norme substantielle qui constituera la manifestation d'une violation de la Convention. L'examen portera donc seulement sur les résultats concrets engendrés par la loi nationale. Et sur le terrain de l'article 6, il s'agira simplement de savoir si, dans le respect du droit au procès équitable, le requérant a eu la possibilité de présenter son point de vue sur la mise en œuvre de la coordination.

221. Par conséquent, il apparaît que l'indifférence témoignée par la Cour et l'ancienne Commission traduit, au fond, la « neutralité » au regard de la CEDH des règles de droit international privé, et plus précisément des méthodes de coordination, laquelle « neutralité » renvoie à la liberté de États d'adopter la méthode de coordination qu'ils jugent la plus convenable. La Convention ne prescrit aucun critère de rattachement, pas même l'autonomie de la volonté. Toutefois, la latitude des États dans ce domaine n'est pas sans borne. Si la diversification des règles de droit international privé ne paraît rencontrer aucune limite, leur contenu, en revanche, doit s'accommoder aux impératifs conventionnels.

§ II Un contrôle modéré sur le contenu de la méthode de coordination

222. Dès lors que l'État a mis en place un procédé spécifique de réglementation du rapport privé international sa marge de manœuvre décroît singulièrement et il doit alors composer avec les exigences de la Convention. L'observation n'annonce pas un bouleversement de la matière, mais davantage une canalisation des évolutions générales et étroitement imbriquées qui la traversent. La première concerne l'affinement des règles de droit international privé. Soucieux de se rapprocher des réalités sociales et économiques de la vie internationale, les législateurs, au sens large, se sont engagés dans la voie d'une spécialisation des règles de droit international privé¹⁰⁵⁰. Outre l'émergence de règles matérielles régissant dans le détail les situations affectées d'un élément d'extranéité, ce mouvement se traduit par une multiplication des règles de conflit de lois et corrélativement des catégories de rattachement¹⁰⁵¹. De ce point de vue, seul importe que deux situations internationales analogues ne fassent pas l'objet d'un

¹⁰⁵⁰ J. D. GONZALES-CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI* 2000 tome 287 p. 156 et s..

¹⁰⁵¹ Par exemple, dans la codification italienne de 1942, « un nombre très limité de règles de rattachement couvrirait tout le droit privé en se servant de catégories qui correspondraient aux divisions les plus amples du système de droit civil » (T. BALLARINO, « Personne, famille, régimes matrimoniaux et succession dans la loi de réforme du droit international privé italien », *RCDIP* 1996 p. 26). La codification de 1995 opère une rupture en particulier par le biais d'un morcellement plus précis de la matière juridique (*Ibidem*).

traitement différent. La seconde a trait à la matérialisation¹⁰⁵² des règles de droit international privé. Le phénomène explique en partie le développement et le renforcement d'une réglementation directe des relations privées internationales, mais il affecte également le classique objectif de localisation qui désormais s'imprègne ouvertement de valeurs matérielles.

223. La Convention européenne des droits de l'homme ne se situe pas à l'origine de ces évolutions¹⁰⁵³. Toutefois, dans la mesure où elle étend son empire sur les méthodes de coordination, elles devront être compatibles avec les droits de l'homme et les libertés fondamentales garantis. Loin de contrarier les finalités du droit international privé, le contrôle exercé se révèle parfaitement adapté et témoigne de la concordance entre la logique des droits fondamentaux et la logique du droit international privé. La spécialisation de ses règles se trouve alors encadrée (A) et leur matérialisation non pas modifiée, mais simplement orientée (B).

A La spécialisation des règles du droit international privé

224. Le mouvement de spécialisation des règles du droit international privé se heurte au principe de non-discrimination qui, au sens de la Convention, oblige l'État, sauf justification objective et raisonnable, à traiter de manière identique les situations analogues et de manière différente les situations sensiblement différentes. À ce titre, la CEDH jalonne l'entreprise de spécialisation puisque dans le premier cas elle la contiendra (1) alors que dans le second elle la provoquera (2).

1 Une spécialisation contenue

225. Pour l'essentiel, le mouvement de spécialisation des règles de droit international privé résulte d'une volonté d'adapter la règle aux questions concrètes posées par un domaine particulier¹⁰⁵⁴. Quelle que soit la méthode de coordination concernée, il s'oriente dans deux directions complémentaires. Il s'agit soit d'opérer une meilleure localisation du rapport de

¹⁰⁵² J. D. GONZALES-CAMPOS, *loc. cit.*, p. 309 et s..

¹⁰⁵³ Pour un exposé des causes ayant engendré en particulier l'évolution de la règle de conflit de lois, cf. Y. LOUSSOUARN, « L'évolution de la règle de conflit de lois », in *TCFDIP, journée commémorative du Cinquantenaire, problèmes actuels de méthode en droit international privé, Paris, 23 novembre 1985*, éditions du CNRS, p. 80 et s..

¹⁰⁵⁴ J. D. GONZALES-CAMPOS, *loc. cit.*, p. 156.

droit litigieux, soit de parvenir à un règlement satisfaisant de celui-ci¹⁰⁵⁵ et, en ce sens, « *on peut parler d' "affinement" des règles du droit international privé et y voir un progrès* »¹⁰⁵⁶. L'une de ses manifestations les plus remarquables réside dans la multiplication des règles de conflit de lois se rapportant à un même domaine. La répartition de l'ensemble de la matière juridique se fait alors plus précise. À titre d'illustration, combinant les deux aspects de la spécialisation, le droit français a prévu plusieurs règles afin de résoudre les problèmes liés à l'établissement de la filiation¹⁰⁵⁷. En principe, il est régi par la loi nationale de la mère et subsidiairement, lorsque cette dernière n'est pas connue, par la loi nationale de l'enfant. La légitimation et la reconnaissance volontaire font l'objet de règles de conflit alternatives alors que la contestation ou la nullité de la reconnaissance obéissent à une règle de conflit cumulative¹⁰⁵⁸. Enfin, la loi réserve une place particulière à la possession d'état par le biais d'une disposition unilatérale tendant à transformer en « *lois d'application nécessaire, les règles internes qui font produire des effets à la possession d'état* »¹⁰⁵⁹. La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles entrée en vigueur le

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 180.

¹⁰⁵⁶ B. AUDIT, « Le droit international privé à la fin du vingtième siècle : progrès ou recul ? », *RIDC* 1998 p. 447. L'auteur nuance néanmoins son propos puisque, précise-t-il, « *le même phénomène peut être critiqué comme réalisant une atomisation des questions, au détriment de la cohésion des ensembles ; en particulier, là où jadis s'appliquait à un individu une loi unique pour un ensemble de matières décrites comme constituant son "statut personnel", on est aujourd'hui susceptible de voir s'appliquer une pluralité de lois selon les questions y compris dans les rapports avec la même personne : ainsi entre parents et enfants* » (p. 447). Voir également, H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973 tome 139 p. 75 : « *Sans aller jusqu'à dire que dans un ensemble tout se tient, il n'est pas possible de nier un certain caractère systématique du droit dont le dépeçage présente toujours un risque d'incohérence* » (p. 117). Comp. J.-M. BISCHOFF, « Rapport général », in *Travaux de l'association Henri Capitant. Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (journées turques). Tome XXXIX 1988*, Economica, 1990, p. 397. L'auteur se montre assez pessimiste en constatant que les questions réglées par des conventions internationales se trouvent retirées des catégories de rattachement internes auxquelles elles appartenaient auparavant pour constituer des catégories autonomes, telles l'obligation alimentaire ou l'autorité parentale détachées des ensembles plus vastes « effets du divorce » ou « effets de la filiation » (p. 400). Le risque est alors d'en compromettre la cohérence en contribuant « *au morcellement des règles de conflit applicables dans une même matière, ce qui n'est jamais très bon* » (p. 400). Dans le même sens, voir Y. LEQUETTE, « Rapport français », in *Travaux de l'association Henri Capitant. Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (journées turques). Tome XXXIX 1988*, Economica, 1990, p. 467, pour qui le morcellement, du moins dans les domaines du divorce et de la filiation, ne traduit pas un affinement, mais une dislocation du système puisque la fragmentation n'obéit à aucune logique et engendre par conséquent des difficultés de qualification et d'adaptation ainsi que le risque d'incohérence dans le statut d'une même personne selon que la question de son état se pose à titre principal ou à l'occasion, par exemple, d'une demande d'aliments (p. 475).

¹⁰⁵⁷ Article 311-14 à 311-18 du Code civil. Cf. par exemple, J. FOYER, « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droits des personnes et de la famille, liber amicorum*, LGDJ, 1994, p. 127 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 389 et s., n° 603 et s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 449 et s., n° 339 et s..

¹⁰⁵⁸ Selon l'interprétation jurisprudentielle de l'article 311-17 du Code civil. Cf. par exemple, Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999 *Droit de la famille* n° 4 2000 p. 24 n° 55 note H. Fulchiron, *Defrénois* 2000 p. 109 n° 4 obs. J. Massip, *LPA* n° 36 2000 p. 16, ou encore, CA Paris 13 janvier 2000 *Dalloz* 2000 p. 898 note S. Aubert.

¹⁰⁵⁹ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 445, n° 612.

1^{er} avril 1991 est également très révélatrice¹⁰⁶⁰. Elle associe règle de conflit de lois flexible¹⁰⁶¹, règle de conflit en partie rigide¹⁰⁶², règle de conflit alternative teintée de substantivisme¹⁰⁶³ et règle matérielle impérative à caractère unilatéral¹⁰⁶⁴. Tant que la diversité constitue une réponse appropriée à la singularité des hypothèses visées, elle apparaît peu suspecte au regard de la CEDH. En effet, son article 14 de même que son Protocole n° 12 ne sont mis en œuvre que lorsqu'une différence de traitement est constatée entre des situations comparables. À défaut d'analogie, la distinction opérée paraît aller de soi.

226. Quand bien même les situations en question seraient tenues pour équivalentes, la spécialisation des règles de droit international privé n'en serait pas pour autant définitivement entravée. L'affaire linguistique belge, « *qui prend véritablement l'allure d'un grand arrêt de principe* »¹⁰⁶⁵ en matière de prohibition des discriminations, a en effet précisé que « *malgré le libellé très général de la version française ("sans distinction aucune"), l'article 14 n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus. Cette version doit se lire à la lumière du texte, plus restrictif, de la version anglaise ("without discrimination"). En outre et surtout, on aboutirait à des résultats absurdes si l'on donnait à l'article 14 une interprétation aussi large que celle que la version française semble impliquer. On en arriverait, en effet, à juger contraire à la Convention chacune des nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui n'assurent pas à tous une complète égalité de traitement dans la jouissance des droits et libertés reconnus. Or, les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes* »¹⁰⁶⁶. Autrement dit, seule une distinction dépourvue de justification objective et raisonnable sera constitutive de discrimination¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁰ J. D. GONZALES-CAMPOS, *loc. cit.*, p. 192.

¹⁰⁶¹ Cf. l'article 4 relatif à la loi applicable à défaut de choix renvoie à la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat.

¹⁰⁶² Cf. l'article 5 relatif aux contrats conclus par les consommateurs.

¹⁰⁶³ Cf. l'article 9 relatif à la forme.

¹⁰⁶⁴ Cf. l'article 7 relatif aux lois de police.

¹⁰⁶⁵ P. LAMBERT, « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RTDH* 1998 p. 504.

¹⁰⁶⁶ CEDH 23 juillet 1968 requêtes n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64 Affaire linguistique belge, § 10.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.* : « (...) la Cour (...) retient que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Voir également, G. M. UBERTAZZI, « Règle de non-discrimination et droit international privé », *RCADI* 1977 tome

Ainsi, à supposer que les juges strasbourgeois soient saisis du problème, il y a de forte chance pour qu'ils estiment compatible avec la Convention la majeure partie de la spécialisation des règles de conflit de lois. En matière d'obligations contractuelles, par exemple, les contrats conclus par des consommateurs font l'objet de stipulations particulières¹⁰⁶⁸. Alors que l'article 3 de la convention de Rome du 19 juin 1980 consacre la loi d'autonomie pour la détermination des dispositions applicables au fond, les articles 5-2 et 5-3 leur assurent, dans certaines circonstances définies à l'article 5-2, le bénéfice des dispositions impératives contenues dans la loi du pays dans lequel ils possèdent leur résidence habituelle¹⁰⁶⁹. Par ailleurs, si la loi choisie par les parties est celle d'un État extérieur à l'Union Européenne, que le consommateur ou le non-professionnel réside habituellement dans un État membre et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté, les règles protectrices contre les clauses abusives ne sauraient être éludées¹⁰⁷⁰. La spécialisation s'étend enfin à la forme de l'acte puisque contrairement à l'article 9-1 qui ouvre une option entre la loi applicable au fond et la maxime *locus regit actum*, l'article 9-5 renvoie à la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle. Le souci de protection¹⁰⁷¹ qui anime ce régime dérogatoire constitue assurément un but légitime au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. En outre, s'agissant de procéder à un règlement satisfaisant de la relation privée internationale en question par l'élaboration d'une catégorie et de critères de rattachement adéquats, le moyen employé apparaît proportionné au but visé, c'est-à-dire la protection de la partie au contrat réputée faible.

227. À l'inverse, les classements qui ne répondent pas à des motifs objectifs et raisonnables ne sauraient perdurer. Ainsi, la conventionnalité d'un système instaurant des règles de conflit particulières en fonction de la nationalité, de la religion ou de la langue paraîtrait plus que douteuse. Dans cette perspective, la Convention encadre le degré de la spécialisation. Elle pourrait également intervenir en amont et par conséquent provoquer la spécialisation.

157, pour qui le principe de non-discrimination suppose « *que tout classement s'appuie sur une justification raisonnable* » (p. 364).

¹⁰⁶⁸ Cf. par exemple, P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991 p. 287, spéc. p. 313 et s..

¹⁰⁶⁹ Ce qui a pour conséquence, à défaut de l'exclure, d'apporter un tempérament notable à la loi d'autonomie.

¹⁰⁷⁰ Cette règle de conflit de lois unilatérale résulte de l'article L 135-1 du Code de la consommation inspiré par l'article 6-2 de la Directive du Conseil 93/13/CE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

¹⁰⁷¹ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 487, n° 367-1 et p. 506, n° 378-11 ; P. MAYER ET V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 535, n° 731.

2 Une spécialisation provoquée

228. Dans un système poussé à un très haut degré d'abstraction, dans lequel les catégories de rattachement sont conçues en termes très larges, la généralité est perçue comme un gage contre l'arbitraire et les discriminations. Pourtant, la CEDH est encore susceptible d'exercer une influence. En effet, depuis l'arrêt *Thlimmenos*¹⁰⁷², la Cour a donné une nouvelle impulsion à l'interdiction des discriminations en estimant qu'elle ne se bornait pas à prohiber les différences de traitement entre des situations analogues. De son point de vue, « *le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes* »¹⁰⁷³. Par conséquent, si, rationnellement, il est concevable de rattacher une catégorie de rapports à une seule loi, raisonnablement, voire impérativement, selon la portée qu'il convient d'attribuer à la jurisprudence *Thlimmenos*¹⁰⁷⁴, un morcellement est envisageable¹⁰⁷⁵. Par exemple, il est possible de rattacher les obligations alimentaires à une loi unique, celle du créancier d'aliments. À l'inverse, une distinction fondée sur la nature des relations entre le débiteur et le créancier d'aliments peut également se justifier et même s'imposer. De la sorte, on pourrait prévoir une règle de conflit pour les obligations alimentaires entre mari et femme, une autre entre parents et enfants et une dernière pour les autres membres de la famille. Une trop grande généralité de la règle est donc susceptible de poser des difficultés, l'interdiction de la discrimination, telle que l'entend la Cour par l'arrêt *Thlimmenos*, conduisant le cas échéant à engager le mouvement de spécialisation, voire à l'approfondir.

¹⁰⁷² CEDH 6 avril 2000 requête n° 34369/97 *Thlimmenos c/ Grèce*, précité.

¹⁰⁷³ CEDH 6 avril 2000 requête n° 34369/97 *Thlimmenos c/ Grèce*, § 44 ; CEDH 18 janvier 2001 requête n° 27238/95 *Chapman c/ Royaume-Uni*, § 129 (*Clunet* 2002 p. 292 obs. D. L.-D., *GACEDH* n° 39). Dans la jurisprudence postérieure, la formule a sensiblement évolué dans sa version française (CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/02 *Pretty c/ Royaume-Uni*, préc. : « *Il peut également y avoir discrimination lorsqu'un État, sans justification objective et raisonnable, ne traite pas différemment des personnes se trouvant dans des situations substantiellement (cnqs) différentes* » (§ 87)), mais non dans sa version anglaise (CEDH 3 mai 2001 requête n° 32263/96 *Harrison c/ Royaume-Uni* : « *discrimination may arise where States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different* » ; voir également, CEDH 22 mai 2001 requête n° 28575/95 *Clark et autres c/ Royaume-Uni* ; CEDH 14 mai 2002 requête n° 67199/01 *Csepyova c/ Slovaquie*).

¹⁰⁷⁴ Le champ des possibles se révèle en effet très large puisque, après avoir constaté le défaut d'analogie entre les hypothèses visées par une même loi, la Cour n'a pas mené le contrôle au fond à son terme, le constat de violation ne découlant pas de son manque de justification objective et raisonnable ainsi qu'elle l'affirme pourtant, mais du défaut de but légitime de la mesure incriminée (CEDH 6 avril 2000 requête n° 34369/97 *Thlimmenos c/ Grèce*, préc., § 47). La doctrine s'accorde pour y voir la reconnaissance des discriminations positives (F. SUDRE, *JCP* 2001.I.291.10 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *RTDC* 2000 p. 434 et s.). Au-delà, et bien que la jurisprudence postérieure ne permette pas encore de les apprécier, « *les conséquences pratiques de l'arrêt Thlimmenos sont incalculables* » (J.-P. MARGUÉNAUD, *RTDC* 2000 p. 436).

¹⁰⁷⁵ Cf. G. M. UBERTAZZI, *loc. cit.*, p. 364.

À cet égard, la compatibilité avec les exigences de la Convention des dispositions françaises relatives à l'établissement de la filiation dans les situations de conflit de lois se révèle douteuse. S'il est acceptable de lui aménager un régime distinct de ses effets¹⁰⁷⁶ ainsi que d'isoler la question de la filiation adoptive¹⁰⁷⁷, en revanche, la justesse d'une règle unique pour les filiations naturelle et légitime inspire un sentiment réservé. Certes, tant le droit français que le droit européen des droits de l'homme consacre l'égalité des filiations, notamment quant à leur établissement. Valeur cardinale soutenant la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, elle se trouve affirmée de manière éclatante par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Marckx*¹⁰⁷⁸ et depuis lors bénéficie d'une protection importante¹⁰⁷⁹. Aussi, bien que, d'un côté, la Cour reconnaisse le bien-fondé de la protection de la famille traditionnelle¹⁰⁸⁰, à savoir la famille légitime, de l'autre, elle considère que « *seules (...) de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage* »¹⁰⁸¹. Eu égard à ces éléments, l'existence d'une catégorie de rattachement unique en matière d'établissement de la filiation ne paraît pas devoir être remise en cause. Elle semble au contraire s'inscrire dans une perspective égalitaire des filiations¹⁰⁸² et plus généralement des familles naturelle et légitime. Cependant, égalité ne saurait signifier assimilation intégrale¹⁰⁸³, laquelle supposerait de faire abstraction du mariage qui existe dans un cas et non dans l'autre. Les deux situations se révèlent sensiblement différentes et dans la mesure où elles font l'objet d'un traitement identique, celui-ci doit poursuivre un but légitime et répondre à une justification objective et raisonnable, conformément à la jurisprudence *Thlimmenos*. S'agissant de promouvoir l'égalité des

¹⁰⁷⁶ *Contra* M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations (relations entre systèmes laïques et systèmes religieux)*, Dalloz, 2005, p. 303 et s., n° 321.

¹⁰⁷⁷ En effet, « *la question des adoptions internationales (...) constitue presque un monde en soi* » (J.-M. BISCHOFF, *loc. cit.*, p. 398).

¹⁰⁷⁸ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 *Marckx c/ Belgique*, précité.

¹⁰⁷⁹ Par exemple, l'égalité des filiations doit aussi exister en matière successorale. Cf. CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 *Marckx c/ Belgique*, § 49 et s. ; CEDH 28 octobre 1987 requête n° 8695/79 *Inze c/ Autriche*, § 41 et s. ; CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97 *Mazurek c/ France*, § 44 et s..

¹⁰⁸⁰ Les formules ont d'ailleurs évolué avec le temps et le glissement sémantique révèle l'affaiblissement de la valeur de cette finalité. Alors que dans l'arrêt *Marckx* « *la Cour reconnaît qu'il est en soi légitime, voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle* » (§ 40), dans l'arrêt *Mazurek* « *elle estime qu'il ne peut être exclu que le but invoqué par le gouvernement, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré comme légitime* » (§ 50).

¹⁰⁸¹ CEDH 28 octobre 1987 requête n° 8695/79 *Inze c/ Autriche*, § 41 ; CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97 *Mazurek c/ France*, § 41 ; CEDH 3 octobre 2000 requête n° 28369/95 *Camp et Bourimi c/ Pays-Bas*, § 38.

¹⁰⁸² La soumission de l'établissement de la filiation à une règle de conflit unique, alors qu'antérieurement à 1972 il existait une règle propre à chaque filiation, s'imposerait par le souci de respecter l'égalité des filiations (Y. LEQUETTE, « *Le droit international privé et les droits fondamentaux* », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 108, n° 188).

¹⁰⁸³ J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome II. La famille, l'enfant, le couple*, Thémis, Droit privé, PUF, 21^{ème} édition refondue, 2002, p. 335 et s..

filiations¹⁰⁸⁴, et bien que le législateur de 1972 s'en soit départi en réservant deux textes propres à la filiation naturelle¹⁰⁸⁵, la finalité assignée à l'article 311-14 du Code civil satisfait aux exigences conventionnelles. Néanmoins, pour ce faire, le législateur a utilisé un moyen peu adéquat. D'une part, il aboutit à minimiser le rôle du mariage. D'autre part, le critère de rattachement principal, la nationalité de la mère au jour de la naissance de l'enfant, attribue de façon contestable une place privilégiée à l'un des deux époux au détriment de l'autre¹⁰⁸⁶ et conduit à négliger les intérêts du mari ainsi que, dans une certaine mesure, les intérêts de l'enfant¹⁰⁸⁷. En outre, du strict point de vue du droit international privé, sa mise en œuvre peut aboutir à des résultats absurdes¹⁰⁸⁸ dans l'hypothèse où l'enfant de nationalité française¹⁰⁸⁹ est issu de l'union d'un français et d'une étrangère qui par la suite acquiert la nationalité de son époux¹⁰⁹⁰, et que la famille réside en France. Alors que tous les éléments convergent vers l'application de la loi française, il n'est pas exclu que la situation tombe sous l'empire d'une loi étrangère par le jeu de l'article 311-14 du Code civil. D'une manière générale, la solution apparaît artificielle et irréaliste dans la mesure où les relations entre un père et son enfant seront régies par la loi de l'État dont la mère possède la nationalité au jour de la naissance¹⁰⁹¹. Si une analogie peut être faite, et donc un traitement identique justifié, c'est uniquement au

¹⁰⁸⁴ En revanche, l'idée, parfois avancée, selon laquelle la mère « *serait au fond le protecteur naturel de l'enfant* » (cf. l'analyse critique de H. BATIFFOL et P. LAGARDE, « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *RCDIP* 1972 p. 4) ne semble guère avoir de valeur par un manque flagrant d'objectivité.

¹⁰⁸⁵ Articles 311-16 et 311-17 du Code civil. En outre, l'article 311-15 du Code civil instaure des rattachements différents pour la filiation légitime et la filiation naturelle.

¹⁰⁸⁶ Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 109, n° 188. Voir également, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *loc. cit.*, p. 1 ; de leur point de vue, le rattachement retenu était inattendu dans la mesure où l'enfant reste le principal intéressé et, « *par suite, (...) le centre de gravité de la relation de filiation* » (p. 4). En outre, pourrait également se poser le problème de la conventionnalité en soi du critère de rattachement par rapport à l'article 5 du Protocole n° 7 à la Convention qui dispose que « *les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* ». Néanmoins, Mme Léna Gannagé (*La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, p. 84, n° 125) doute de leur contrariété à défaut de présenter une réelle antinomie ; l'article 311-14 du Code civil vise en effet l'établissement de la filiation et non la relation entre les époux à l'instar de l'article 5 du Protocole n° 7.

¹⁰⁸⁷ En effet, sauf à recourir systématiquement à l'exception d'ordre public, il est envisageable que la seule loi applicable refuse le lien de filiation. La prudence et l'intérêt de l'enfant commandent donc de retenir d'autres critères de rattachement lesquels, « *très rapidement, vont différer selon le type de filiation, en raison de la divisibilité de la filiation naturelle d'une part, de l'existence d'une loi des effets du mariage propre à la filiation légitime ou à la légitimation d'autre part* » (J.-M. BISCHOFF, *loc. cit.*, p. 402).

¹⁰⁸⁸ Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 109, n° 188. Voir également, B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} édition, 2000, qui emploie pour sa part le qualificatif d' « *irréaliste* » (p. 591, n° 690).

¹⁰⁸⁹ Article 18 du Code civil : « *Est français l'enfant, légitime ou naturel, dont l'un des parents au moins est français* ».

¹⁰⁹⁰ Article 21-2 du Code civil : « *L'étranger ou apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut, après un délai d'un an à compter du mariage, acquérir la nationalité française par déclaration à condition qu'à la date de cette déclaration la communauté de vie n'ait pas cessé entre les époux et que le conjoint français ait conservé sa nationalité* ».

¹⁰⁹¹ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *loc. cit.*, p. 6. Les auteurs se montrent également critiques à l'égard de la filiation naturelle même si le rattachement apparaît alors moins artificiel.

regard de l'établissement de la filiation maternelle, l'adage *mater semper certa est* supposant qu'il découle de la déclaration de naissance¹⁰⁹². La filiation paternelle, quant à elle, ne saurait être envisagée de manière similaire au sein de la famille légitime et au sein de la famille naturelle en raison du lien marital. Au demeurant, ce trait distinctif a conduit les organes de la Convention à admettre la conventionnalité de certaines différences de traitement entre les unions légitimes et naturelles¹⁰⁹³, et singulièrement entre l'établissement de la filiation paternelle légitime et naturelle¹⁰⁹⁴. En outre, le droit international privé tant allemand¹⁰⁹⁵ qu'italien¹⁰⁹⁶, très tôt sensibilisé au problème de l'influence exercé par le principe d'égalité, a maintenu deux règles de conflit. Commentant une décision du Tribunal de Karlsruhe¹⁰⁹⁷, Mme Labrusse-Riou relevait encore en ce sens que « *l'égalité des droits des enfants légitimes et naturels (...) n'impliqu[ait] pas une règle de conflit unique pour l'établissement des filiations* »¹⁰⁹⁸. Si des différences sont difficilement acceptables quant à ses modalités¹⁰⁹⁹, il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de déterminer la loi appelée à les régir. Ainsi que le souligne M. Audit, « *ce n'est nullement introduire une inégalité entre l'enfant naturel et l'enfant légitime que de poser des règles de conflit différentes pour l'établissement de leur filiation en tenant compte (tout comme le droit interne) de la différence essentielle que constitue l'existence ou l'absence de mariage des parents* »¹¹⁰⁰. La Convention, par le biais du principe de non-discrimination, a donc également vocation à encadrer le mouvement de

¹⁰⁹² F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Thémis, 2^{ème} édition, 2004, p. 408. Sous réserve des progrès de la médecine et de l'évolution de l'opinion à l'égard du système des mères porteuses qui, en distinguant la génitrice de la gestatrice, rend la mère tout aussi incertaine que le père.

¹⁰⁹³ Cf., par exemple, CEDH 26 janvier 1999 requête n° 37784/97 Saucedo Gomez c/ Espagne : « *la Cour estime (...) que les différences de traitement existant en matière d'attribution du logement familial entre conjoints et concubins poursuivent un but légitime et s'appuient sur une justification objective et raisonnable, à savoir la protection de la famille traditionnelle* ». Voir encore CEDH 20 juin 1999 requête n° 27110/95 Nylund c/ Finlande.

¹⁰⁹⁴ Voir Commission 13 mai 1986 requête n° 10961/84 M. et autres c/ Belgique : « *la Commission considère que la démarche formelle de la reconnaissance volontaire exigée d'un père d'un enfant né hors mariage ou, à défaut d'une telle reconnaissance, la constatation de la paternité constituent des exigences normales et raisonnables. En effet, l'absence de liens de mariage entre la mère célibataire et le père présumé nécessite une procédure formelle pour établir la filiation* ». En outre, cette « *exigence étant à la fois objective et raisonnable, elle n'est pas non plus contraire à l'article 14, combiné avec l'article 8 de la Convention* ».

¹⁰⁹⁵ F. STURM, « *Personne, famille et succession dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand* », *RCDIP* 1987 p. 33, spéc. p. 61 et s..

¹⁰⁹⁶ T. BALLARINO, « *Personne, famille, régimes matrimoniaux et succession dans la loi de réforme du droit international privé italien* », *RCDIP* 1996 p. 21, spéc. p. 30 et s..

¹⁰⁹⁷ C. LABRUSSE, « *Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)* », *RCDIP* 1974 p. 1.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰⁹⁹ Essentiellement en ce qui concerne la filiation maternelle, laquelle ne pose pas autant ou tout du moins pas les mêmes difficultés que la filiation paternelle (cf. F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *op. cit.*, p. 408 et s.).

¹¹⁰⁰ B. AUDIT, *op. cit.*, p. 590, n° 689.

spécialisation dans le sens de son approfondissement. Par extension, il est donc envisageable qu'elle le suscite.

229. Selon les vœux de M. Ubertazzi, « *la relativité du classement ainsi que la relativité du choix des éléments permettant de grouper ou de distinguer plusieurs situations ne sauraient donner dans l'arbitraire* »¹¹⁰¹. La Convention permet de les exaucer dans la mesure où elle accompagne le mouvement de spécialisation tant dans son impulsion que dans son degré, soit qu'elle suppose la généralisation de la règle, soit qu'elle pousse à la multiplication des règles et partant à l'affinement des catégories de rattachement. Le contrôle entrepris permet d'initier ou de restaurer une réflexion sur l'opportunité, la pertinence et la justesse du morcellement de la matière juridique. Incitant à la multiplication ou à la réduction des règles en fonction des problèmes particuliers et des traits spécifiques de chaque hypothèse, la Convention contribue ainsi indirectement au perfectionnement de leur localisation et directement à l'amélioration de leur règlement, qui sont précisément les deux moteurs du mouvement de spécialisation. Par conséquent, la soumission des règles de droit international privé aux exigences conventionnelles ne procède pas d'une volonté de nier la spécificité des relations privées internationales, mais bien de la mettre en valeur. La Convention favorise de la même manière un règlement satisfaisant de telles relations en orientant la substance des règles qui s'y rapportent.

B La matérialisation des règles du droit international privé

230. La Convention constitue un instrument d'évaluation du droit positif¹¹⁰². Elle apparaît alors dans une fonction très classique, qui consiste à déterminer si la teneur de la réglementation des rapports privés internationaux répond aux impératifs substantiels qu'elle garantit. Doublée de la jurisprudence développée sur son fondement, la CEDH incite le juriste à toujours repenser des points qui lui semblaient acquis¹¹⁰³. Elle enseigne tout simplement le

¹¹⁰¹ G. M. UBERTAZZI, *loc. cit.*, p. 364.

¹¹⁰² De là à faire le lien avec le droit naturel, il n'y a qu'un pas que certains n'ont pas hésité à franchir. C'est en effet par les droits de l'homme que l'on dénonce aujourd'hui l'injustice des lois positives comme hier Antigone en appelait aux lois immuables et éternelles pour contester l'édit de Créon (cf. X. DIJON, *Droit naturel, tome I, Les questions du droit*, Thémis droit privé, PUF, 1998, p. 590 et s. ; B. OPPETIT, *Philosophie du droit, Droit privé*, Précis Dalloz, 1999, p. 119).

¹¹⁰³ Les arrêts *Kress* (CEDH 7 juin 2001 requête n° 39594/98 *Kress c/ France Clunet* 2002 p. 255, confirmé par CEDH 21 mars 2002 requête n° 38748/97 *Immeubles Groupe Kossier c/ France*) et *Procola* (CEDH 28 septembre 1995 requête n° 14570/89 *Procola c/ Luxembourg*) en témoignent. Néanmoins, cet intérêt n'est pas perçu par tous, comme l'atteste ce propos rapporté par M. Sudre dans son petit lexique de la pratique française de la Convention européenne des droits de l'homme à la lettre C : « *Cour européenne des droits de l'homme* : "il

doute et l'humilité, mais n'est pas une machine à faire exploser le droit. Ainsi que l'écrivait Pierre Sargos¹¹⁰⁴, « elle représente (...) la première affirmation efficace dans notre droit depuis deux siècles du rôle éminent du juge et de sa prééminence dans l'ordre démocratique. À ce seul titre déjà, la Convention mériterait autre chose qu'un accueil réservé, voire, parfois, réticent ». Certes, ajoute-t-il, « il ne faut (...) pas abuser des règles de la Convention, mais dans les domaines où notre droit est insuffisant ou discutable, l'application directe des règles de la Convention est un instrument juridique irremplaçable pour la protection des droits de l'homme ». Toutefois, pour prospérer, cette conception appelle une adaptation de la Convention aux réalités toutes particulières de la règle de droit international privé au risque d'en proposer une mesure maladroite au regard des libertés fondamentales de l'individu. Il n'y a là rien d'insurmontable, les arrêts rendus par les organes de Strasbourg offrent maints exemples d'ajustement du contrôle européen aux spécificités de la matière envisagée, en particulier l'infléchissement notable du contrôle de proportionnalité. Le contrôle au regard de la CEDH est alors général. Évident à l'égard de la réglementation substantielle, il n'est pas moins certain à l'égard des règles de conflit.

231. Certes, dans une perspective savignienne, le règlement du conflit de lois s'insère dans un système neutre dominé par un principe formel de localisation. Toutefois, ce schéma ne rend qu'imparfaitement compte du droit international privé moderne dont l'un des caractères saillants réside dans la matérialisation croissante de ses règles¹¹⁰⁵. Ses manifestations sont

*faut brûler la CEDH", appréciation nuancée portée par un Haut-fonctionnaire de l'État à la suite de l'arrêt Procola » (F. SUDRE, « Petit lexique de la pratique française de la convention européenne des droits de l'homme », in *Territoires et liberté, Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 434). M. Cornu manifeste la même réserve en précisant que « l'ingestion (et l'indigestion) d'un corps d'importation s'aggrave d'un risque de dégénérescence pour le système juridique français, les incursions du droit européen procèdent par à coup et souvent à coup d'arrêt. Processus qui, jouant au désordre plus qu'à la cohérence et à l'exaltation d'une jurisprudence incontrôlable, prospère au mépris du génie du droit français, de celui du droit civil en particulier » (G. CORNU, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 10^{ème} édition, 2001, p. 118, n° 263). Cette thématique se retrouve chez Carbonnier lorsqu'il évoque « ces droits venus d'ailleurs » (J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Cinquième République*, Flammarion, collection Forum, 1996, p. 44) parmi lesquels figure la CEDH. De son point de vue, « manifestement, la Cour de Strasbourg est sortie de son lit. L'ennui est que l'on ne voit pas comment l'y faire rentrer » (J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Cinquième République*, Flammarion, collection Forum, 1996, p. 56). D'une manière générale, sur la réaction de la doctrine civiliste à l'égard de la CEDH, voir J.-P. MARGUÉNAUD, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit français : approches par le droit privé », in *Études en l'honneur de J.-L. Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pédone, Paris, 2004, p. 155, spéc. p. 157 et s..*

¹¹⁰⁴ P. SARGOS, « Les principaux domaines d'application de la Convention en droit pénal et en droit civil », in *Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire*, Actes du colloque du 18 juin 1987, La Documentation française, 1988, p. 44.

¹¹⁰⁵ J. D. GONZALES-CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI* 2000 tome 287, p. 309 et s. ; B. OPPETIT, « Le développement des règles

diverses, mais peuvent se ramener à deux éléments : le développement de techniques directes de réglementation, d'une part, et la modification de la règle de conflit, d'autre part. Ainsi que le souligne M. Gonzalès-Campos, la matérialisation « *se présente, d'un côté, sous l'habillage traditionnel, mais modifié dans sa finalité, de la règle de conflit* »¹¹⁰⁶ et, « *d'un autre côté, sous un habillage nouveau, les règles d'intervention, dans lesquelles se trouve aussi un rattachement spatial* »¹¹⁰⁷. Par ce biais, les États cherchent à promouvoir, dans l'ordre international, leurs propres conceptions touchant au fond du droit. Peu contestable lorsqu'il s'agit d'élaborer une norme spécifiquement adaptée aux relations privées internationales et sous réserve de son origine internationale, le procédé encourt la critique dès lors qu'il s'inspire de considérations purement nationalistes, difficilement compatibles avec l'entreprise de coordination. En effet, plus un ordre juridique est particulariste, et moins les situations constituées en son sein ont de chance d'être reconnues à l'étranger.

Les stipulations conventionnelles ne sont pas à l'origine du phénomène¹¹⁰⁸, mais leur immixtion dans la matière tend à donner une nouvelle orientation à la matérialisation soit qu'elles affectent directement les règles de droit international privé en commandant une modification, soit qu'elles entraînent une évolution de la législation interne dont les nouvelles valeurs vont se répercuter sur le contenu des méthodes de coordination. Paradoxalement le droit international privé demeure certes un instrument de valorisation du droit interne, mais tout en étant ouvert à l'universalisme. À défaut pour les droits de l'homme d'être universels, la Convention regroupe un grand nombre d'États ce qui tend, malgré la liberté des moyens dont ils jouissent pour se conformer à ses exigences, à la convergence des objectifs fondamentaux qu'ils poursuivent au travers des normes qu'ils édictent. L'influence de la CEDH ne contrarie donc pas les impératifs de la vie internationale et contribue au contraire à leur épanouissement que l'on envisage la réglementation substantielle applicable aux litiges affectés d'un élément d'extranéité (1) ou les procédés indirects nécessaires à leur résolution (2).

matérielles », in *TCFDIP, journée commémorative du Cinquantenaire, problèmes actuels de méthode en droit international privé, Paris, 23 novembre 1985*, éditions du CNRS, p. 122.

¹¹⁰⁶ J. D. GONZALES-CAMPOS, *loc. cit.*, p. 410.

¹¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹¹⁰⁸ Pour un exposé des causes ayant engendré en particulier l'évolution de la règle de conflit de lois, cf. Y. LOUSSOUARN, « L'évolution de la règle de conflit de lois », in *TCFDIP, journée commémorative du Cinquantenaire, problèmes actuels de méthode en droit international privé, Paris, 23 novembre 1985*, éditions du CNRS, p. 80 et s..

1 L'évaluation de la réglementation substantielle

232. Les valeurs qui inspirent la réglementation substantielle doivent naturellement se concilier avec les droits garantis. Il serait en effet anormal que l'État échappe à toute responsabilité pour cela seul qu'il déploie son activité normative sur les relations privées internationales. Le respect des libertés fondamentales s'impose également à leur égard, le critère pertinent de l'applicabilité de la Convention se résumant ici, au sens de son article 1, à la juridiction des États membres. Par exemple, le droit de prélèvement, analysé comme « *une règle substantielle perturbant le règlement du conflit de lois* »¹¹⁰⁹, paraît condamné. M. Marguénaud relève en effet que « *le droit pour tous les cohéritiers de percevoir une part sur les biens soumis au prélèvement est incontestablement un droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 ; la règle qui les en prive est indiscutablement discriminatoire* »¹¹¹⁰. En ce domaine, l'influence de la Convention réaliserait le souhait de la majorité des auteurs résolument hostile au privilège de nationalité qu'institue l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819¹¹¹¹.

233. D'une manière générale, la CEDH participe au rapprochement des législations. Si leur contenu n'est pas et n'a pas à être identique dans tous les États membres, les valeurs qui les inspirent sont partagées. La promotion et le développement des droits et libertés s'élaborent au sein d'un espace doté d'un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques. Les divergences étant moins accentuées d'un système à l'autre, les occasions d'appliquer les lois étrangères sont de fait plus nombreuses. De ce point de vue, l'influence de la CEDH ne laisse pas d'évoquer l'idée de communauté de droit¹¹¹². Ainsi, analysant les travaux préparatoires de la loi du 16 juillet 2004 portant Code de droit international privé¹¹¹³ en Belgique, M. Jean-Yves Carlier estime qu'à travers les nombreuses références à la CEDH les « *politiques révèlent peut-être que la théorie savignienne construisant le droit international privé au sein*

¹¹⁰⁹ P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 592, n° 812.

¹¹¹⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, « L'égalité des droits patrimoniaux de la famille », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 346.

¹¹¹¹ B. AUDIT, *op. cit.*, p. 755, n° 875 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, p. 575, n° 1336 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 592, n° 812 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 576, n° 433 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé, Tome II*, LGDJ, 7^{ème} édition, 1983, p. 413, n° 649 ; voir cependant Y. LEQUETTE, *RCDIP* 1985 p. 525.

¹¹¹² M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations (relations entre systèmes laïques et systèmes religieux)*, Dalloz, 2005, p. 448, n° 473.

¹¹¹³ *Moniteur belge* 27 juillet 2004.

d'un ius commune n'est pas dépassée, les droits de l'homme pouvant être ce nouveau ius commune, sans mettre en péril l'existence même du droit international privé »¹¹¹⁴.

234. L'évaluation conventionnelle de la réglementation substantielle des rapports de droit privé affectés d'un élément d'extranéité ne soulève aucune difficulté dans son principe. Celle des règles de conflit suppose, en revanche, de lever un certain nombre d'obstacles qui découlent des caractères traditionnellement attachés aux règles en question et au contrôle européen.

2 L'évaluation des règles de conflit de lois

235. Le contrôle de la compatibilité des règles de conflit de lois avec les droits fondamentaux n'est envisageable qu'à certaines conditions (a). Encore faudra-t-il préciser la façon dont il va s'exprimer, soit, en d'autres termes, l'influence qu'il peut exercer (b).

a Les conditions de l'évaluation

236. *A priori* seules les règles substantielles et le produit concret de leur application pourraient être appréciées au regard des droits fondamentaux. La mise en œuvre du contrôle européen se heurte alors aux caractères neutre et indirect de la règle de conflit. Cependant, il convient, d'une part, de ne pas exagérer la neutralité des règles de conflit (α) et, d'autre part, de ne pas négliger le fait que la Cour de Strasbourg n'a jamais exclu d'apprécier les règles des Hautes Parties contractantes en elles-mêmes (β).

α L'effacement de la neutralité de la règle de conflit

237. Traditionnellement, « *la règle de conflit de lois n'a pas pour objet d'édicter une réglementation substantielle des relations internationales mais de désigner l'ordre juridique auquel celle-ci sera empruntée* »¹¹¹⁵. Il en découle directement¹¹¹⁶, et l'affirmation a

¹¹¹⁴ J.-Y. CARLIER, « Le Code belge de droit international privé », *RCDIP* 2005 p. 21. Sur la comparaison entre le *ius commune* et le droit européen des droits de l'homme, voir les propos nuancés de Mme Delmas-Marty (M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil-essais, 1998, p. 163).

¹¹¹⁵ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. 194, n° 21.7.

¹¹¹⁶ En effet, « *le droit international privé est un droit de second degré, un droit de répartition, un droit de classement, en ce sens que son objet n'est pas de résoudre directement le litige, mais de désigner la loi applicable à cette fin* » (Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », in *TCFDIP années 1980-1981 tome II*, édition du CNRS, 1983, p. 46).

longtemps fait figure de postulat du droit international privé¹¹¹⁷, que la règle de conflit se caractérise par sa neutralité¹¹¹⁸. Il s'agirait donc, d'une part, d'une norme formelle, purement technique et totalement désincarnée, en ce sens que le procédé n'obéirait à d'autres considérations que l'intensité respective des rattachements des lois en conflit avec le rapport privé international¹¹¹⁹ en cause, et d'autre part, d'une norme abstraite, dans la mesure où la détermination de la loi applicable s'effectue indépendamment de sa teneur¹¹²⁰. Par conséquent, l'analyse classique de la règle de conflit exclut non seulement toute matérialisation, mais également l'idée d'un contrôle au regard de la CEDH, puisque les exigences des droits fondamentaux ne concerneraient que les seules règles matérielles¹¹²¹. Or, « *la solution de fond susceptible de heurter une disposition de la Convention résultera de l'application d'une loi substantielle et non de la règle de rattachement elle-même* »¹¹²². Un éventuel constat de violation affectera donc uniquement la loi désignée et non la règle de conflit¹¹²³. En somme, le choix de tel ou tel critère de rattachement apparaît totalement indifférent¹¹²⁴ et l'examen de sa compatibilité avec les stipulations conventionnelles serait illogique et conduirait parfois à des résultats absurdes. En effet, quel serait l'intérêt de condamner, par exemple, au nom de l'égalité entre époux et plus généralement de la prohibition des discriminations, le rattachement à la loi nationale du mari si cette dernière se révèle respectueuse des droits et libertés conventionnellement garantis¹¹²⁵ ? Néanmoins, l'argumentaire n'a rien de définitif et, bien que les organes de Strasbourg n'aient jamais été saisis de la question, deux éléments laissent à penser que la Cour accepterait d'exercer son

¹¹¹⁷ Y. LOUSSOUARN, *loc. cit.*, p. 43.

¹¹¹⁸ B. ANCEL, note sous l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle d'Italie le 26 février 1987, *RCDIP* 1987 p. 571 ; B. DOCQUIR, « Le droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain*, vol. LIX, 1999, n° 4, p. 496 ; P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 253 ; C. LABRUSSE, « Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971) », *RCDIP* 1974 p. 17 ; Y. LOUSSOUARN, *loc. cit.*, p. 43 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 83, n° 114.

¹¹¹⁹ Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 112 ; Y. LOUSSOUARN, *loc. cit.*, p. 46.

¹¹²⁰ Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 106, n° 183 ; Y. LOUSSOUARN, *loc. cit.*, p. 46. Du point de vue de MM. Mayer et Heuzé, ce trait constitue à lui seul la neutralité de la règle de conflit (*op. cit.*, p. 83, n° 114).

¹¹²¹ B. ANCEL, note préc., p. 571 ; P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 266, n° 474 ; Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 106, n° 184 ; G. M. UBERTAZZI, « Règle de non-discrimination et droit international privé », *RCADI* 1977 tome 157, p. 349.

¹¹²² P. COURBE, *loc. cit.*, p. 253.

¹¹²³ B. DOCQUIR, *loc. cit.*, p. 502.

¹¹²⁴ C. LABRUSSE, *loc. cit.*, *RCDIP* 1974 p. 17.

¹¹²⁵ B. ANCEL, note préc., p. 571 ; J.-M. BISCHOFF, « Rapport général », in *Travaux de l'association Henri Capitant. Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (journées turques). Tome XXXIX 1988*, Economica, 1990, p. 397 ; P. HAMMJE, *op. cit.*, p. 267, n° 475 ; C. LABRUSSE, *loc. cit.*, p. 18 ; Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 106, n° 184.

contrôle incitant ainsi, au besoin, l'État défendeur à corriger la norme incriminée. C'est dire que la neutralité de la règle de conflit, si tant est qu'elle ait jamais existé, relève davantage du mythe que de la réalité.

238. Le premier indicateur réside dans la matérialisation des règles du droit international privé dont la modification de la finalité de la règle de conflit constitue l'une des expressions. De manière plus ou moins accusée, à sa traditionnelle fonction localisatrice s'est adjointe voire s'est substituée¹¹²⁶ une fonction matérielle¹¹²⁷. Selon des proportions diverses, justice de rattachement et considérations substantielles s'entremêlent et, en ce sens, la règle de conflit recherche un résultat déterminé puisque la désignation de la loi applicable résulte de sa teneur¹¹²⁸. Par ce biais, l'auteur de la règle de conflit marque soit sa préférence pour l'une des parties au litige¹¹²⁹ en lui offrant une option de législation¹¹³⁰ ou en prescrivant l'application de la loi qui lui est la plus favorable¹¹³¹, soit sa bienveillance¹¹³², par des rattachements

¹¹²⁶ Cf. par exemple la formulation de l'article 311-17 du Code civil qui dispose que « *la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant* » ou encore de l'article 1 de la convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 5 octobre 1961 selon lequel « *une disposition testamentaire est valable quant à la forme si celle-ci répond* » à un éventail très large de lois internes. MM. Mayer et Heuzé les identifient à des règles matérielles internes qui prennent en considération, sans les appliquer, les normes étrangères spécifiées (P. MAYER ET V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 103, n° 139).

¹¹²⁷ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 195, n° 21.8 ; B. OPPETIT, *loc. cit.*, p. 130 et s..

¹¹²⁸ L'inversion du raisonnement est tel que la doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si le procédé ressortissait encore à la méthode conflictuelle (pour l'affirmative, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 182, n° 147-1 ; comp. P. Mayer et V. Heuzé (*op. cit.*, p. 102 et s., n° 138-1 et s.) qui classent ces règles parmi les règles substantielles tout en précisant qu'elles ne résolvent pas seules la question de droit posée ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 194, n° 21.7 et B. AUDIT, « Le droit international privé à la fin du vingtième siècle : progrès ou recul ? », *RIDC* 1998 p. 427 ou encore H. GAUDEMET-TALLON, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des conventions de La Haye), in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 181, qui évoquent un procédé hybride).

¹¹²⁹ Or, « *toute règle de conflit fondée sur le souci de privilégier l'une des parties cesse d'être une règle neutre* » (Y. LOUSSOUARN, *loc. cit.*, p. 47).

¹¹³⁰ Cf. les articles 5-2 et 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui protègent respectivement le consommateur et le salarié ; l'article 9 de la Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière du 4 mai 1971 qui instaure des rattachements en cascade afin de permettre aux « *personnes lésées* » d'agir directement contre l'assureur du civilement responsable ; les articles 4, 5 et 6 de la convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2 octobre 1973 qui manifestent une faveur pour le créancier d'aliments.

¹¹³¹ Cf. pour un exemple historique, mais très significatif, Civ. 5 décembre 1949 Verdier *RCDIP* 1950 p. 65 note H. Motulsky, *JCP* 1950.II.5285 note Delaume, où la Cour de cassation énonce que « *dans la poursuite de l'établissement de la filiation, l'enfant peut se prévaloir des dispositions qui lui sont les plus favorables* »

¹¹³² En instaurant des rattachements alternatifs ou subsidiaires, ce qui permet au juge de se prononcer dans le sens du résultat recherché dès lors que l'autorise l'une des lois figurant dans l'option. C'est dire à l'inverse que le législateur témoigne sa défaveur pour la solution opposée qui ne saurait découler que de l'ensemble des lois envisagées.

alternatifs ou subsidiaires, ou son hostilité¹¹³³, par des rattachements cumulatifs, pour une institution¹¹³⁴. Ce nonobstant, la solution souhaitée n'est théoriquement pas acquise puisqu'elle demeure suspendue au contenu des différentes lois en présence¹¹³⁵. En pratique, cependant, si une règle de conflit à coloration matérielle voit le jour c'est pour assurer, au plan international, le rayonnement des options législatives internes. Il n'est donc pas surprenant que la loi du for figure très souvent parmi les lois pertinentes à prendre en considération¹¹³⁶, ce qui contribue, en pratique, à brouiller la frontière entre les règles matérielles et les règles de conflit matérielles. De ce point de vue, la neutralité n'existe pas¹¹³⁷ et par voie de conséquence nul obstacle ne se dresse à l'examen de la conventionnalité de la règle de conflit substantielle. La conclusion vaut également pour les règles de conflit classiques dont la neutralité est douteuse tant du point de vue de l'analyse théorique que du point de vue du droit positif.

239. Ce second indicateur est moins perceptible que le précédent, car si un phénomène de matérialisation des règles de conflit a été observé, cela aurait signifié qu'à l'origine elles affichaient une neutralité substantielle. Simplement localisatrice, elles forment un droit indirect dont l'objet n'est pas d'orienter les solutions apportées au fond, mais de garantir la certitude et la prévisibilité du droit applicable. Pourtant, il apparaît à l'analyse qu'elles ne sont pas et n'ont jamais été un procédé de réglementation des relations privées internationales purement mécanique et abstrait de toute considération matérielle¹¹³⁸. Évoquant la doctrine

¹¹³³ En instaurant un rattachement cumulatif, ce qui signifie que le résultat contenu dans la règle de conflit ne sera atteint qu'à la seule condition que toutes les lois envisagées le prévoient. La solution opposée a donc la faveur du législateur puisqu'elle sera obtenue si l'une des branches de l'alternative la prescrit.

¹¹³⁴ Cf. par exemple, l'article 1 de la convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 5 octobre 1961, l'article 12 de la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 14 mars 1978 relatif à la validité du contrat de mariage quant à la forme ou encore les articles 311-16 et 311-17 du Code civil qui traitent respectivement de la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent et de la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité.

¹¹³⁵ Que l'on considère que la solution découle de la loi désignée ou de la règle de conflit matérielle elle-même, celle-ci n'opérant qu'une prise en considération des lois envisagées.

¹¹³⁶ Parmi les nombreux reproches adressés à ce procédé (pour un aperçu, cf. par exemple, H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, p. 188 et s.), le risque d'un accroissement de l'application de la loi du for est constant (B. AUDIT, *loc. cit.*, p. 430 ; J.-M. BISCHOFF, *loc. cit.*, p. 403 ; Y. LEQUETTE, « Rapport français », in *Travaux de l'association Henri Capitant. Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (journées turques). Tome XXXIX 1988*, Economica, 1990, p. 476 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 186, n° 147-3).

¹¹³⁷ Y. LOUSSOUARN, « L'évolution de la règle de conflit de lois », in *TCFDIP, journée commémorative du Cinquantenaire, problèmes actuels de méthode en droit international privé, Paris, 23 novembre 1985*, éditions du CNRS, p. 93.

¹¹³⁸ Ainsi que le souligne M. Loussouarn, « envisagée sous l'angle de la mécanicité de la règle de conflit (...) la neutralité de la règle n'existe pas. Le droit international privé, bien qu'il soit un droit de classement est perméable à la pénétration des valeurs sociales. Il n'est nullement, et c'est fort heureux, un droit désincarné, à

classique, M. Loussouarn relève que, dans une certaine mesure, « *la règle de conflit que conçoivent dans des styles différents Savigny et Bartin présente chez les deux auteurs un point commun : elle n'est pas mécanique puisqu'elle s'inspire des valeurs sociales que les règles internes tendent à protéger* »¹¹³⁹. Par exemple, le fait de retenir l'autonomie de la volonté en matière d'actes juridiques n'est pas fortuit¹¹⁴⁰, mais se rattache à l'idée selon laquelle « *il est plus conforme à l'intérêt des parties, en toute matière, et du commerce international en matière purement contractuelle, de leur laisser choisir la loi qu'elles estiment appropriée* »¹¹⁴¹. De la même manière, le rattachement du statut personnel à la loi nationale s'inspire de ce que son application « *répond au vœu des intéressés et son contenu à leur mentalité* »¹¹⁴²; ce qui, une fois encore, éloigne de la seule idée de répartition¹¹⁴³. Entre deux éventualités techniquement équivalentes, en l'occurrence le domicile ou la résidence habituelle, le droit des conflits est donc porteur de choix conscients de politique législative¹¹⁴⁴. Que les pays d'émigration aient tendance à soumettre le statut personnel à la loi nationale et les pays d'immigration à la loi du domicile n'est pas le fruit du hasard, mais le résultat d'une option imprégnée de données politiques et démographiques¹¹⁴⁵. Plus encore, il est difficile de croire à la neutralité du rattachement des rapports familiaux à la loi nationale du mari et à la loi nationale du père à une époque marquée par la puissance maritale et la puissance paternelle. Un tel rattachement révèle surtout la projection dans l'ordre international de la structure et de l'esprit des institutions internes¹¹⁴⁶. En d'autres termes, les

supposer qu'il l'ait jamais été. Et il n'est pas question qu'il le devienne ou le redevienne » (« La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », in *TCFDIP années 1980-1981 tome II*, édition du CNRS, 1983, p. 60).

¹¹³⁹ *Ibid.*, p. 42.

¹¹⁴⁰ B. OPPETIT, « Le développement des règles matérielles », in *TCFDIP, journée commémorative du Cinquantenaire, problèmes actuels de méthode en droit international privé*, Paris, 23 novembre 1985, éditions du CNRS, p. 131.

¹¹⁴¹ B. AUDIT, *loc. cit.*, p. 425.

¹¹⁴² *Ibidem.*

¹¹⁴³ *Ibidem.*

¹¹⁴⁴ J.-L. VAN BOXTAEL, « Constitution et conflits de lois », *RBDI* 1994 p. 185 ; N. WATTÉ, « Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'homme », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 1050 ; G. M. UBERTAZZI, *loc. cit.* : « *chaque fois que la règle de conflit implique un choix entre plusieurs solutions également possibles (du moins sur le plan théorique) ; chaque fois que le choix de la loi compétente ne s'impose pas comme la solution unique ou prépondérante sur le plan technique, l'on est bien amené à supposer que (loin d'être nécessairement indifférente ou neutre) cette loi serait capable de privilégier les intérêts de certains au détriment des intérêts d'autrui* » (p. 353). Voir également, B. DOCQUIR, *loc. cit.*, p. 473 ; du point de vue de l'auteur, seules les règles de conflit bilatérales pourraient prétendre à la neutralité puisque la méthode unilatérale « *traduit un objectif substantiel* » (p. 503). Pourtant, « *la méthode bilatérale elle-même se nourrit, en réalité, des objectifs substantiels que le législateur lui assigne, explicitement ou non* » (p. 503).

¹¹⁴⁵ W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *RCDIP* 1963 p. 207 ; M. FARGE, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence*, thèse Grenoble, 2000.

¹¹⁴⁶ Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 108, n° 187. En outre, la règle conférait un insigne avantage au mari, car, d'une part, la loi applicable « *lui est, en principe, plus familière, de*

règles de conflit, à l'instar des autres règles de droit, reposent sur « *des considérations d'opportunité politique, sociale ou humaine* »¹¹⁴⁷ et sont animées par l'idée du juste. Partant, elles ont, d'une manière générale, un contenu substantiel qui autorise leur contrôle au regard des droits fondamentaux.

240. D'ailleurs, telle a été la position des Cours constitutionnelles allemande et italienne. La première, par une décision du 4 mai 1971¹¹⁴⁸, n'a pas hésité à examiner la conformité à l'article 6 alinéa 1 de la Constitution, dont l'essence du droit qu'il protège réside « *dans le droit ou la liberté de contracter un mariage avec la personne de son choix* », de l'article 13 EGBGB qui soumet l'appréciation de la capacité matrimoniale des futurs époux à leur loi nationale¹¹⁴⁹. Le contrôle se fonde implicitement sur le rejet de la neutralité de la règle de conflit, ou tout au moins de l'une de ses conséquences qui est de fermer la porte à un contrôle au regard des droits fondamentaux, et explicitement, sur la hiérarchie des normes, les règles de conflit d'origine législative ou jurisprudentielle étant, en tant que telles, soumises à la norme hiérarchiquement supérieure, la Constitution¹¹⁵⁰. La possibilité admise en 1971 a connu des mises en œuvre positives, notamment en 1983¹¹⁵¹, la Cour déclarant l'illégitimité d'une règle de conflit prévoyant l'application de la loi nationale du mari¹¹⁵², indépendamment de la norme substantielle applicable au fond.

La seconde, quant à elle, a tout d'abord prononcé l'inconstitutionnalité de l'article 18 des dispositions préliminaires du Code civil italien dans sa version de 1942¹¹⁵³ au motif qu'il prescrivait, en matière de rapports entre époux, l'application de leur dernière loi nationale

telle sorte qu'elle le place en meilleure position pour défendre ses intérêts » et d'autre part, sous réserve de la fraude à la loi, il dispose de la faculté de modifier la loi applicable en changeant de nationalité (p. 114).

¹¹⁴⁷ C. LABRUSSE, *loc. cit.*, p. 19.

¹¹⁴⁸ Tribunal de Karlsruhe 4 mai 1971 *RCDIP* 1974 p. 58.

¹¹⁴⁹ En l'espèce, le Tribunal de Karlsruhe a considéré que la règle de conflit distributive incriminée n'était pas contraire au droit fondamental constitutionnellement garanti en cause.

¹¹⁵⁰ C. LABRUSSE, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁵¹ Tribunal de Karlsruhe 22 février 1983 *Clunet* 1984 p. 648 obs. É. Jayme.

¹¹⁵² Elle a ainsi sanctionné l'article 15 alinéa 1^{er} de la loi introductive du Code civil allemand qui, relativement au régime matrimonial, renvoyait, en raison de sa bilatéralisation par la jurisprudence, à la loi nationale du mari (Tribunal de Karlsruhe 22 février 1983, préc.). La même année, la Cour Fédérale a adopté un point de vue similaire à propos de l'article 17 alinéa 1^{er} de la loi introductive au Code civil allemand qui rattachait le divorce à la loi nationale du mari si les époux étaient de nationalité différente (Bundesgerichtshof 8 décembre 1983 *Clunet* 1984 p. 645 obs. É. Jayme). *Contra*, H. BATIFFOL, « Principes de droit international privé », *RCADI* 1959 volume II p. 435 : « *Plusieurs auteurs sont parvenus à la conclusion que la solution ne contrevenait pas au principe d'égalité des sexes. Cette discussion paraît un peu vaine : que l'égalité des sexes veuille un égal respect pour la femme et pour l'homme, cela paraît évident ; qu'elle oblige à renoncer à toute unité dans le ménage par le refus de toute espèce de prépondérance du mari, c'est une autre question. Si les femmes tiennent à conserver une indépendance totale, le célibat l'assurera beaucoup mieux ; pour les hommes aussi d'ailleurs. Il ne s'agit que d'une question de mesure, et non de principe* » (p. 540).

¹¹⁵³ Cour constitutionnelle d'Italie 26 février 1987 *RCDIP* 1987 p. 563 note B. Ancel.

commune et, à défaut, de la loi nationale du mari au temps de la célébration du mariage. À cette occasion, les hauts magistrats italiens ont déclaré ne pas pouvoir « *partager la thèse qui, s'appuyant sur la prétendue neutralité des règles de droit international privé, en vient à dénier la possibilité même de concevoir une contrariété de celles-ci aux impératifs constitutionnels en question (et, en définitive, à quoi que ce soit d'autre)* ». En effet, bien que la règle de conflit fasse abstraction de la teneur des différentes lois potentiellement applicables, elle « *peut néanmoins s'inspirer de principes (ou de valeurs) sous-tendant le régime civil interne de l'institution ou même d'autres principes (ou valeurs)* ». Quelle que soit l'hypothèse, elle « *effectue un choix d'ordre normatif qui ne peut pas ne pas être confronté aux options de fond prises au niveau constitutionnel et au regard desquelles revêt de l'importance le principe (ou valeur) qui l'inspire* ». En outre, la Cour rejette l'idée selon laquelle la loi nationale du mari pourrait, *in concreto*, être favorable à l'épouse, en considérant que « *la prépondérance reconnue à la loi nationale de l'un des sujets impliqués constitue toujours une discrimination défavorable, en raison de la moindre probabilité qu'il a de connaître une loi qui n'est pas la sienne et donc de s'en prévaloir de la manière la plus efficace* »¹¹⁵⁴. Ajoutons encore qu'un tel critère place l'épouse dans une situation de dépendance à l'égard de son mari qui, par un changement de nationalité, pourrait modifier à son avantage le droit applicable¹¹⁵⁵. Quelques mois plus tard¹¹⁵⁶, elle condamna l'article 20 des dispositions préliminaires du Code civil alors en vigueur aux termes duquel « *les rapports entre parents et enfants sont régis par la loi nationale du père ou par celle de la mère si seule est établie la filiation maternelle ou si seule la mère a légitimé l'enfant* ». La critique ne portait pas sur le choix de fond en faveur de la loi nationale des parents, mais sur la préférence accordée à la loi nationale du père. Reprenant sa jurisprudence précédente relative à la recevabilité d'un recours constitutionnel à l'encontre d'une règle de conflit, la Cour a estimé que l'article 20 se révélait contraire au principe d'égalité dans la mesure où il privilégie la loi nationale du père, même lorsque les deux parents sont connus.

241. Cependant que la jurisprudence constitutionnelle étrangère témoigne de la vigueur et de la positivité du contrôle des règles de conflit de lois au regard des droits fondamentaux, M.

¹¹⁵⁴ En ce qu'il repose sur une présomption d'ignorance, l'argument, même s'il ne doit pas être négligé du fait du domaine d'application du texte visé, n'a rien de déterminant dans une matière largement prise en charge par les professionnels du droit (cf. B. ANCEL, note sous Cour constitutionnelle d'Italie 26 février 1987, *RCDIP* 1988 p. 574).

¹¹⁵⁵ W. WENGLER, *loc. cit.*, p. 218.

¹¹⁵⁶ Cour constitutionnelle d'Italie 25 novembre 1987 *RCDIP* 1988 p. 710 note B. Ancel.

Lequette¹¹⁵⁷ a émis un doute sur sa transposition dans le système des droits et libertés garantis par la CEDH. En effet, fait-il remarquer, puisque « *le contrôle de conformité à la Convention européenne s'opère in concreto* »¹¹⁵⁸, il portera non dans l'abstrait sur les rattachements définis par la règle de conflit, mais sur le seul résultat, dont dépend la teneur de la loi désignée, qu'elle produira. C'est la raison pour laquelle il estime que la Convention semble plus propice à s'opposer à l'introduction des normes étrangères dans l'ordre juridique interne, dans l'hypothèse où leur application se révèle incompatible avec elle, qu'à évaluer la pertinence des critères de rattachement retenus. La jurisprudence de la Cour est néanmoins plus nuancée¹¹⁵⁹.

β L'objectivation du contrôle européen

242. Si la Cour a commencé par affirmer très clairement le caractère concret de son contrôle¹¹⁶⁰, elle n'a pas tardé à ouvrir la voie à une appréciation abstraite du droit des Hautes Parties contractantes et à un dépassement des cas d'espèce en recourant tout d'abord à une interprétation libérale de la notion de victime¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁷ Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 107, n° 187.

¹¹⁵⁸ Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 107, n° 187. Voir également, D. COHEN, « La CEDH et le droit international privé », *RCDIP* 1989 p. 451, qui précise qu'il « *faut se souvenir que la règle (ou la pratique) mise en cause n'est pas jugée dans l'abstrait, mais sur le résultat concret qu'elle engendre* » (p. 453) ; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2002, p. 514, n° 306 ; F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Thémis, 2^{ème} édition, 2004, p. 566 et s..

¹¹⁵⁹ D'une manière générale, voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 249-260, n° 335-351.

¹¹⁶⁰ Cf. CEDH 27 mars 1962 requête n° 214/56 De Becker c/ Belgique, § 14 : « *la Cour n'est pas appelée, en vertu des articles 19 et 25 de la Convention, à statuer sur un problème abstrait touchant à la compatibilité de cette loi avec les dispositions de la Convention mais sur le cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant et dans la mesure où celui-ci se trouverait, de ce fait, lésé dans l'exercice de l'un des droits garantis par la Convention* » ; CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 Golder c/ Royaume-Uni, préc., § 39 : « *La Cour n'a pas (...) à statuer in abstracto sur la compatibilité* » des dispositions de la loi anglaise incriminée avec la Convention. « *Saisie d'une affaire qui tire son origine d'une requête individuelle, elle ne se trouve appelée à se prononcer que sur le point de savoir si l'application de ces articles en l'espèce a enfreint ou non la Convention au détriment du requérant* » ; CEDH 18 décembre 1987 requête n° 11329/85 F. c/ Suisse, § 31 ; CEDH 3 juin 2003 requête n° 33343/96 Pantea c/ Roumanie, § 264 (*Dalloz* 2003 p. 2268 obs. J.-F. Renucci). Voir encore CEDH 27 mars 2003 requête n° 36813/97 Scordino et autres c/ Italie, où « *la Cour rappelle que l'article 34 de la Convention exige qu'un requérant soit personnellement affecté par la mesure qu'il critique et que cette disposition ne peut être utilisée pour introduire une actio popularis devant la Cour* » ; motivation déjà présente dans CEDH 13 septembre 2001 requête n° 53360/99 De Savoie c/ Italie et CEDH 11 janvier 2001 requête n° 39473/98 Xhavera et quinze autres c/ Italie et Albanie.

¹¹⁶¹ Aux termes de l'article 34 (ex-article 25), la Cour ne peut être saisie d'une requête émanant d'un particulier que s'il peut se prétendre victime d'une violation par l'une des Hautes Parties Contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. La qualité de victime figure donc parmi les conditions de recevabilité des requêtes individuelles, mais non des requêtes interétatiques (article 33).

Elle en propose une conception qui autorise les victimes simplement potentielles¹¹⁶² à introduire une requête devant elle. Ainsi, dans la célèbre affaire *Marckx*, elle énonce que « l'article 25¹¹⁶³ habilite les particuliers à soutenir qu'une loi viole leurs droits par elle-même, en l'absence d'actes individuels d'exécution, s'ils risquent d'en subir directement les effets »¹¹⁶⁴, tout en précisant que, par-là, elle ne se départ pas de son refus d'accueillir les recours qui tendent à la remise en cause, dans l'abstrait, de dispositions nationales. Selon elle, en dénonçant comme contraires à la Convention plusieurs articles du Code civil belge qui s'appliquaient ou s'appliquent à elles automatiquement, Paula et Alexandra Marckx « n'invitent pas la Cour à exercer un contrôle abstrait de normes, incompatible avec l'article 25 (...) : elles s'attaquent à une situation légale (...) qui les touche personnellement »¹¹⁶⁵.

Par la suite, la Cour a développé et élargi considérablement la notion. À cet égard, l'arrêt *Open Door et Dublin Well Women*¹¹⁶⁶ est particulièrement révélateur. En l'espèce, les juridictions irlandaises avaient interdit aux associations Open Door et Dublin Well Women de fournir aux femmes enceintes des renseignements sur les possibilités d'avortement en dehors du territoire irlandais. Elles formèrent une requête devant les instances strasbourgeoises à laquelle s'étaient jointes M^{me} X et M^{me} Maeve Geraghty en tant que femmes en âge de procréer. Cette seule circonstance a amené la Cour à estimer qu'elles pouvaient pâtir des restrictions incriminées¹¹⁶⁷. De son point de vue, et bien que n'ayant pas pris part à la procédure dans l'ordre interne, « elles n'essa[yaient] pas de discuter dans l'abstrait la compatibilité du droit irlandais avec la Convention »¹¹⁶⁸. Par une affirmation aussi péremptoire, la Cour tend à brouiller la frontière entre le droit de recours individuel et l'*actio popularis*¹¹⁶⁹.

¹¹⁶² Cf. F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *op. cit.*, p. 566 et s..

¹¹⁶³ Ancien article 34.

¹¹⁶⁴ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 *Marckx c/ Belgique*, préc., § 27 ; CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82 *Johnston et autres c/ Irlande*, § 42 ; CEDH 26 octobre 1988 requête n° 10581/83 *Norris c/ Irlande*, § 31. Voir également, CEDH 6 mars 2003 requête n° 58278/00 *Zdanoka c/ Lettonie* : « Dans certains cas et sous certaines conditions, un individu peut se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence d'une disposition législative ou réglementaire, sans avoir besoin d'avancer qu'on la lui a réellement appliquée ».

¹¹⁶⁵ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 *Marckx c/ Belgique*, préc., § 27.

¹¹⁶⁶ CEDH 29 octobre 1992 requêtes n° 14234/88 et 14235/88 *Open Door et Dublin Well Women c/ Irlande* RTDH 1993 p. 345 note F. Rigaux, *GACEDH* n° 61.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, § 44.

¹¹⁶⁸ *Ibidem*. Dans le même sens, cf. CEDH 26 octobre 1988 requête n° 10581/83 *Norris c/ Irlande*, § 30 et s..

¹¹⁶⁹ F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *op. cit.*, p. 568 ; F. SUDRE, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 46, n° 81. Voir, cependant, CEDH 6 janvier 2005 requête n° 65390/01 *Dayras et autres c/ France* (RTDC 2005 p. 343 obs. J.-P. Marguénaud) : la Cour considère que les requérantes qui n'étaient pas mariées et qui n'avaient pas d'enfant issu d'un mariage ne pouvaient se prétendre victime des dispositions du droit français en vertu

Enfin, elle a même considéré que la « victime » au sens de la Convention se définissait indépendamment de l'existence d'un préjudice. De façon récurrente, elle rappelle en effet « *que l'existence d'un manquement à la convention se conçoit même en l'absence de préjudice* »¹¹⁷⁰.

243. La volonté récemment affichée par la Cour de restaurer la notion traditionnelle de victime, en particulier pour évacuer du champ conventionnel l'hypothèse d'une *actio popularis*¹¹⁷¹, et la perspective d'un durcissement des conditions de recevabilité des requêtes individuelles¹¹⁷² ne se sont cependant pas accompagnées par une systématisation du contrôle concret. Par conséquent, même si elle s'en défend, elle se permet, à l'occasion, d'examiner *in abstracto* la conventionnalité d'une norme de l'ordre juridique interne des Hautes Parties contractantes¹¹⁷³. Lorsqu'elle s'y livre, son contrôle s'inscrit dans la défense de l'intérêt général. Il ne s'agit pas tant d'apporter un remède à la situation dont souffre personnellement un requérant que de participer à la sauvegarde et au développement des droits garantis par la Convention et ses protocoles additionnels. Les cas portés devant la Cour présentent une dimension morale dont il faut tenir compte¹¹⁷⁴. Son contrôle a donc « *également pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des États Parties à la Convention* »¹¹⁷⁵. Bien qu'elle déclare refuser l'idée d'une *actio popularis* et l'exercice d'un contrôle abstrait des normes des États Parties¹¹⁷⁶, la seule importance générale d'une affaire peut décider la Cour à mener son

desquelles une femme mariée se trouvait dans l'impossibilité de transmettre son nom aux enfants nés après le mariage.

¹¹⁷⁰ CEDH 26 septembre 1996 requête n° 33933/96 Guisset c/ France, § 67 ; CEDH 19 mai 2005 requête n° 58318/00 Georgi c/ Roumanie ; CEDH 19 février 2004 requête n° 52662/99 Jorge Nina Jorge c/ Portugal, § 39.

¹¹⁷¹ CEDH 26 octobre 2004 requête n° 16471/02 Silva Monteiro Martin Ribeiro : « *Or l'article 34 de la Convention n'institue pas, au profit des particuliers, une sorte d'actio popularis pour l'interprétation de la Convention ; il ne les autorise pas à se plaindre in abstracto d'une loi par cela seul qu'elle leur semble enfreindre la Convention* » (cf. également CEDH 23 mai 2002 requêtes n° 6422/02 et 9916/02 Segi et Gestoras et Pro-amnistia et autres c/ Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède).

¹¹⁷² Cf. l'article 12 du Protocole n° 14 qui ajoute une condition supplémentaire. Le nouvel article 35 § 3 b) prévoit ainsi que « *la Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime (...) que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne* »

¹¹⁷³ F. LAZAUD, « L'objectivation du contentieux européen des droits de l'homme (lecture de l'arrêt *Broniowski* à la lumière du protocole n° 14 », *RRJ* 2005-2 p. 920.

¹¹⁷⁴ CEDH 24 juillet 2003 requête n° 40016/98 Karner c/ Autriche, § 25.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, § 26.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, § 24.

examen à son terme, ainsi l'affaire *Karner*¹¹⁷⁷. Pourtant, il n'existait plus aucune victime puisque le requérant était décédé en cours de procédure et qu'aucun héritier n'avait désiré poursuivre l'instance. L'arrêt illustre alors « *la lente mais profonde transformation de la nature du contentieux européen qui en se déplaçant du plan individuel au plan général, se fait de moins en moins subjectif pour devenir de plus en plus objectif* »¹¹⁷⁸.

La banalisation et l'accroissement du contrôle abstrait au sein de la jurisprudence de la Cour traduisent une véritable « *objectivation du contentieux européen des droits de l'homme* »¹¹⁷⁹ qu'institutionnalise, dans une certaine mesure, le Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention ouvert à la signature le 13 mai 2004¹¹⁸⁰. Aucun obstacle théorique ne s'oppose donc au contrôle des règles de conflit de lois classiques¹¹⁸¹, d'autant que la Cour « *n'a jamais exclu de constater qu'un texte législatif emportait directement violation de la Convention* »¹¹⁸².

244. Une fois la possibilité d'un examen de l'ensemble des règles de conflit de lois au titre des droits et libertés garantis par la CEDH admise, il reste à déterminer et apprécier la portée de l'influence qui en résulte. L'étude du contrôle qui s'exercera permettra de la révéler.

b La teneur de l'évaluation

245. Dans la mesure où le contrôle ne porte pas tant sur la règle de conflit en elle-même que sur les critères de rattachement qu'elle définit¹¹⁸³, il invite à mener une réflexion sur ce

¹¹⁷⁷ CEDH 24 juillet 2003 requête n° 40016/98 *Karner c/ Autriche*, RTDC 2003 p. 765 obs. J.-P. Marguénaud : différence de traitement, en droit autrichien, à l'égard des homosexuels dans la transmission des baux.

¹¹⁷⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, obs. sous CEDH 24 juillet 2003 requête n° 40016/98 *Karner c/ Autriche*, RTDC 2003 p. 765. Voir également C. PICHERAL, *L'ordre public européen (droit communautaire et droit européen des droits de l'homme)*, La documentation française, 2001, p. 206 et s..

¹¹⁷⁹ J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2004-janvier 2005) », AJDA 2005 p. 544 ; F. LAZAUD, *loc. cit.*, p. 913. Trois arrêts sont à cet égard particulièrement probants : CEDH 10 novembre 2004 requête n° 56581/00 *Sejdovic c/ Italie* AJDA 2005 p. 544 obs. J.-F. Flauss, *Clunet* 2005 p. 483 obs. O. Bachelet, JCP 2005.I.103 obs. F. Sudre ; CEDH 20 décembre 2004 requête n° 50385/99 *Makaratzis c/ Grèce* AJDA 2005 p. 545 obs. J.-F. Flauss, *Clunet* 2005 p. 509 obs. M. Eudes ; CEDH 22 juin 2004 requête n° 31443/96 *Broniowski c/ Pologne*, préc., §§ 188 et s..

¹¹⁸⁰ Cf. notamment le nouvel article 28 § 1 b) de la Convention et le nouvel article 36 § 3 par lequel le commissaire aux droits de l'homme pourrait, à terme, incarner l'intérêt général européen en matière de droits de l'homme (F. LAZAUD, *loc. cit.*, p. 919).

¹¹⁸¹ P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 315, n° 558.

¹¹⁸² CEDH 6 avril 2000 requête n° 34369/97 *Thlimmenos c/ Grèce*, préc., § 48.

¹¹⁸³ P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 258 ; B. DOCQUIR,

qu'est le, ou peut-être plus modestement, un bon critère de rattachement. La question, à propos de laquelle M. Wengler remarquait « *que les considérations des juristes en la matière nous rappelle quelque peu la recherche de la pierre philosophale par les alchimistes du Moyen-Âge* »¹¹⁸⁴, est ancienne, mais l'immixtion des droits fondamentaux tend à renouveler ses données.

En théorie, du point de vue internationaliste, le bon critère permet la désignation du droit qui entretient avec la relation privée internationale les liens les plus étroits¹¹⁸⁵. Au regard de la CEDH, il doit en outre s'accorder avec les droits et libertés qu'elle garantit. Sa détermination se complique alors, car la Convention ne comporte aucune règle de conflit de lois et partant nul critère de rattachement. Par ailleurs, la généralité de ses stipulations accroît encore la difficulté en ce sens que leur examen, hormis peut-être la prohibition des discriminations, ne laisse pas apparaître clairement leurs exigences en la matière. Le droit au mariage, par exemple, ne semble impliquer, *a priori*, aucun rattachement particulier¹¹⁸⁶. La méthode déductive n'est donc pas pertinente.

Par conséquent, la recherche du bon critère n'est pas positive, mais négative : si la Convention ne définit pas de critère de rattachement, elle en exclut certains. En somme, le bon critère résulte de sa compatibilité avec la CEDH. Ainsi, au-delà de son apparente neutralité, il convient de cerner au plus près la valeur dont la règle de conflit est le vecteur, par sa structure ou par les rattachements qu'elle utilise, pour l'apprécier au regard des impératifs conventionnels.

246. Bien que le problème occupe une place marginale en France dans la mesure où la jurisprudence a spontanément¹¹⁸⁷ et inconsciemment¹¹⁸⁸ fait prévaloir des solutions

« Le droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain*, vol. LIX, 1999, n° 4, p. 518.

¹¹⁸⁴ W. WENGLER, « L'évolution du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP* 1990 p. 659.

¹¹⁸⁵ Pour un exposé et une critique très violente de cette méthode en ce qu'elle sacrifie l'exigence de certitude du droit applicable, cf. W. Wengler, *loc. cit.*, p. 662 et s..

¹¹⁸⁶ C. LABRUSSE, « Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971) », *RCDIP* 1974 p. 25.

¹¹⁸⁷ Cf. Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 108, n° 187, lorsqu'il évoque la jurisprudence Rivière.

¹¹⁸⁸ Il semble que ce qui a emporté la décision dans l'arrêt *Rivière* ait résidé davantage dans le souci d'éviter qu'une loi étrangère s'appliquât à des familles françaises puisque, encore aujourd'hui (article 21-1 du Code civil), la femme française qui épouse un étranger conserve sa nationalité. L'inopportunité du renvoi à la nationale du mari apparaît de manière flagrante dans l'hypothèse où le domicile du couple se situe en France (cf. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. 242, n° 26.4 ; H. BATIFFOL, « Principes de droit international privé », *RCADI* 1959 volume II p. 541).

compatibles avec le principe de l'égalité des sexes à une époque, fait notable, où le mari était encore le chef de famille, certaines hypothèses demeurent litigieuses.

De la sorte, l'avenir de l'article 311-14 du Code civil est incertain¹¹⁸⁹ puisque, en disposant que « *la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant* », il semble heurter le principe de non-discrimination¹¹⁹⁰ inscrit à l'article 14 de la Convention, et, en cas de mariage, la règle de l'égalité entre époux découlant de l'article 5 du Protocole n° 7 à la CEDH¹¹⁹¹. Il constitue en effet le pendant féminin des règles rattachant les rapports familiaux à la loi nationale du mari vivement critiquées en doctrine¹¹⁹² et déclarées inconstitutionnelles en Allemagne et en Italie eu égard à la force du principe d'égalité. Or, les juges strasbourgeois rappellent fréquemment que « *la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe* »¹¹⁹³ en conséquence de quoi « *seules des considérations très fortes peuvent amener (...) à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe* »¹¹⁹⁴. Le même contexte devrait alors engendrer des effets similaires, c'est-à-dire le constat d'une incompatibilité entre l'article 311-14 du Code civil et la CEDH. Cependant, le problème qu'il soulève appelle sans doute une réponse plus nuancée puisqu'il vise à la fois la filiation légitime et naturelle et que la Cour admet certaines différences de traitement entre l'homme et la femme en ce qui concerne la seconde, en particulier quant à son mode d'établissement¹¹⁹⁵. Il convient donc de distinguer les deux hypothèses¹¹⁹⁶.

Dans le premier cas, le caractère matriarcal de la règle de conflit paraît très mal se concilier avec la prohibition des discriminations, d'autant que la Cour, affinant sa jurisprudence en la

¹¹⁸⁹ Cf. P. HAMMJE, *op. cit.*, p. 360 et s., n° 629 et s..

¹¹⁹⁰ P. COURBE, *loc. cit.*, p. 259 ; J. FOYER, « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droits des personnes et de la famille, liber amicorum*, LGDJ, 1994, p. 139 ; Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 108 et s., n° 188.

¹¹⁹¹ L'article 14 combiné à l'article 8 paraît devoir être seul retenu dans cette hypothèse puisque l'article 5 du protocole n° 7 ne contient aucune indication relative à la filiation. Voir également, L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, p. 84, n° 125.

¹¹⁹² Cf., notamment, G. M. UBERTAZZI, « Règle de non-discrimination et droit international privé », *RCADI* 1977 tome 157 p. 370 et s..

¹¹⁹³ CEDH 15 février 2001 requête n° 42393/98 Dhalab c/ Suisse AJDA 2001 p. 482 obs. J.-F. Flauss ; CEDH 6 avril 2000 requête n° 33681/96 C. S. c/ Allemagne ; CEDH 27 mars 1998 requête n° 20458/92 Petrovic c/ Autriche, § 37 (RTDH 1998 p. 721 note S. Priso) ; CEDH 24 juin 1993 requête n° 14518/89 Schuler-Zraggen c/ Suisse, § 67.

¹¹⁹⁴ CEDH 28 mai 1985 requêtes n° 9214/80, 9473/81, 9474/81 Abdulaziz, Cabalès et Balkandali c/ Royaume-Uni, § 78. Affirmation récurrente dont la forme varie parfois ; cf. CEDH 21 février 1997 requête n° 20060/92 Van Raalte c/ Pays-Bas, § 39 (RTDH 1998 p. 721 note S.-J. Essawe Priso) ; CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90 Burghartz c/ Suisse, préc., § 27 ; CEDH 28 juillet 1994 requête n° 13580/88 Karlheinz Schmidt c/ Allemagne, § 24.

¹¹⁹⁵ Cf. Commission 13 mai 1986 requête n° 10961/84 M. et autres c/ Belgique.

¹¹⁹⁶ Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 109, n° 188.

matière, a précisé que « *seules des considérations très fortes pourraient [l'] amener (...) à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur (...) le statut marital* »¹¹⁹⁷. Puisque, au regard de l'établissement de la filiation, règne une stricte égalité entre les parents, « *rien ne justifie la prépondérance accordée à l'un d'entre eux* »¹¹⁹⁸. Le souci de préserver l'unité de la famille ne peut compenser le déséquilibre constaté. En soi, la valeur de l'objectif n'est pas suffisamment forte pour s'imposer en toute circonstance¹¹⁹⁹. Par ailleurs, sa promotion peut emprunter différentes voies dont certaines seront exemptes de reproches sous l'angle de l'interdiction des discriminations¹²⁰⁰. L'adoption d'un autre critère de rattachement apparaît donc plus opportun, les États disposant sous ce rapport d'une certaine latitude¹²⁰¹. En revanche, à l'égard de l'établissement de la filiation naturelle, même si la Cour « *estime que les deux parents sont placés dans des situations analogues* »¹²⁰², elle ne néglige pas pour autant « *les différences qui peuvent exister entre le père et la mère dans leur relation avec l'enfant sur le plan de la succession* »¹²⁰³, ce qui l'amène à reconnaître la justification objective et raisonnable de certaines distinctions. La préférence dont jouit la femme peut se revendiquer de la place centrale qu'elle occupe encore au sein de la famille naturelle et « *il n'est donc pas choquant que la règle de conflit reflète cette prééminence* »¹²⁰⁴. Toutefois, le fait que la règle conduise à l'application de la loi de la mère à la relation du père et de l'enfant et qu'il existe d'autres solutions d'apparence plus égalitaire¹²⁰⁵ suscite des doutes quant au caractère nécessaire, objectif et raisonnable du déséquilibre.

La compatibilité avec la Convention de la valeur exprimée par les critères de rattachement s'impose, notamment avec le principe de non-discrimination dont les exigences se font

¹¹⁹⁷ CEDH 4 juin 2002 requête n° 34462/97 Wessels-Bergervoet c/ Pays-Bas, § 49 (JCP 2002.I.157.22 obs. F. Sudre). Comp. CEDH 28 novembre 1984 requête n° 8777/79 Rasmussen c/ Danemark : la Cour considère que la distinction instaurée entre l'épouse et le mari pour introduire une action judiciaire en contestation de paternité de l'enfant né pendant le mariage (ce dernier seul devant observer un certain délai sous peine de forclusion), par la législation danoise en vigueur à l'époque des faits, n'est pas incompatible avec l'article 14 de la Convention. Si les juges strasbourgeois relèvent, au titre de la justification objective et raisonnable, le souci de garantir la sécurité juridique et de protéger l'intérêt de l'enfant qui coïnciderait avec celui de la mère, le constat d'une absence de communauté de vues sur le sujet entre les États membres du Conseil de l'Europe a joué un rôle décisif (§ 41). La positivité de la jurisprudence *Rasmussen* n'est donc pas acquise.

¹¹⁹⁸ Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 109, n° 188.

¹¹⁹⁹ CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96 Ünal Tekeli c/ Turquie, préc., § 66. Comp. CEDH 7 décembre 2004 requête n° 71074/01 Mentzen *alias* Mencena c/ Lettonie.

¹²⁰⁰ CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96 Ünal Tekeli c/ Turquie, préc., § 64.

¹²⁰¹ Par exemple, la loi personnelle de l'enfant (loi nationale, du domicile ou de la résidence habituelle) ou encore la loi des effets du mariage.

¹²⁰² CEDH 6 avril 2000 requête n° 33681/96 C. S. c/ Allemagne.

¹²⁰³ *Ibidem*.

¹²⁰⁴ Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 109, n° 188.

¹²⁰⁵ Par exemple la loi personnelle de l'enfant.

particulièrement pressantes, ce qui n'est pas le cas de l'ensemble des stipulations conventionnelles. Puisqu'elles ne renferment aucun critère de rattachement et que la Cour mène l'examen de leur respect sans prendre en considération l'origine du droit applicable au fond, des éléments tels que la nationalité¹²⁰⁶, le domicile, la résidence habituelle ou le lieu de la situation des biens ne semblent pas devoir être remis en cause. En outre, qu'une règle de conflit de lois aboutisse à la désignation de lois différentes selon les cas d'espèce ne paraît poser aucune difficulté sur le terrain de la prohibition des discriminations, car, comme la Cour l'a affirmé dans un contexte certes un peu particulier, « *le point de savoir si une personne peut ou non revendiquer un droit découlant de la législation peut (...) dépendre de la portée géographique de la législation en question et du lieu où se trouve l'intéressé au moment des faits* »¹²⁰⁷. Le rattachement à la loi nationale, par exemple, ne saurait fonder un grief au regard de l'article 14 de la CEDH dans la mesure où cette loi s'appliquera à tous les individus placés dans la même situation¹²⁰⁸. En soi, une règle de conflit de lois bilatérale n'est donc pas discriminatoire. En revanche, le procédé devient suspect lorsque sa structure tend à la satisfaction des intérêts d'une des parties au litige en fonction de sa nationalité. M. Rigaux¹²⁰⁹ a ainsi identifié deux cas qui pourraient entraîner un constat de violation à Strasbourg. Il s'agit tout d'abord des « *règles de conflit strictement unilatérales* »¹²¹⁰, représentées, dans une certaine mesure, par l'arrêt Lizardi¹²¹¹, dont l'objet est d'introduire une exception au règlement normal du conflit en faveur de la loi du for si l'une des parties possède la nationalité du for. En raison de leur caractère, « *elles ne pourront jamais s'intégrer à une réglementation internationale des conflits de lois et font dès lors obstacle au progrès du droit*

¹²⁰⁶ Sauf si la Cour devait généraliser sa prise de position dans l'affaire *Magee* (CEDH 6 juin 2000 requête n° 28135/95 *Magee c/ Royaume-Uni*). En l'espèce, le requérant, de nationalité irlandaise, s'était vu appliquer la législation pénale pertinente en vigueur en Irlande du Nord qui différait sur certains points de la législation du Pays de Galles et de l'Angleterre. Il alléguait avoir fait l'objet d'une discrimination fondée sur son origine nationale. Constatant que la distinction « *ne s'explique pas par des caractéristiques personnelles telles que l'origine nationale ou l'appartenance à une minorité nationale, mais par la situation géographique du lieu où l'intéressé est arrêté et détenu* », la Cour estime qu'elle « *ne constitue pas un traitement discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention* ». Aussi, « *la législation peut-elle tenir compte de différences et de caractéristiques régionales de nature objective et raisonnable* ». Il serait malencontreux que la condamnation implicite du rattachement à la nationalité s'étende aux règles de conflit de lois parce qu'elle est intervenue dans un contexte très particulier qui se distingue nettement des problèmes pris en charge par le droit international privé. À l'inverse de la législation pénale, il peut paraître opportun de tenir compte des caractéristiques personnelles des individus pour l'application des législations civiles.

¹²⁰⁷ CEDH 6 juin 2000 requête n° 28135/95 *Magee c/ Royaume-Uni*.

¹²⁰⁸ H. BATIFFOL, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé français », in *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Journée de Luxembourg, 31 mai au 4 juin 1961*, Dalloz, 1965, p. 464 ; B. DOCQUIR, *loc. cit.*, p. 518.

¹²⁰⁹ F. RIGAUX, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé belge », in *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Journée de Luxembourg, 31 mai au 4 juin 1961*, Dalloz, 1965, p. 454 et s..

¹²¹⁰ *Ibid.*, p. 454.

¹²¹¹ Req. 16 janvier 1861 Lizardi *GAJFDIP* n° 5 p. 34.

international privé »¹²¹². Ce dernier ne peut donc que profiter de leur élimination au contact des droits fondamentaux. Le problème du conflit de lois personnelles offre le deuxième cas. Sa résolution apparaît discriminatoire lorsque le conflit « *est tranché en faveur de l'application de la lex fori dès que l'une des parties à la relation d'état a cette nationalité* »¹²¹³. En énonçant que « *la française, mariée à un italien, qui demande la conversion en divorce d'une séparation de corps amiable prononcée en Italie ne peut exercer ce droit qu'en se conformant aux règles édictées par la loi française* », la jurisprudence *Ferrari*¹²¹⁴ illustre cette hypothèse inspirée de considérations purement nationalistes¹²¹⁵. En d'autres termes, la discrimination apparaît lorsque la règle de conflit réserve un traitement à certains sujets alors que d'autres, pourtant placés dans des circonstances identiques, en sont exclus. M. Ubertazzi¹²¹⁶ cite encore en ce sens l'ancien article 18 de l'EGBGB qui, par son alinéa 2, soumettait la filiation légitime à la loi de la mère si celle-ci possédait la nationalité allemande alors que l'alinéa 1 renvoyait à la loi nationale du mari. La différence de traitement introduite entre les femmes allemandes et étrangères est ici manifeste puisque, en toute hypothèse, la loi allemande s'applique aux premières et la loi de leur mari, quelle que soit leur nationalité, aux secondes. Or, depuis l'arrêt *Gaygusuz*¹²¹⁷, il semble que la Cour condamne, au titre de l'article 14, toute distinction exclusivement fondée sur la nationalité¹²¹⁸. Toutefois, hormis ces quelques cas particuliers, dont la positivité des illustrations est en grande partie dépassée¹²¹⁹, les règles de conflit bilatérales classiques sont relativement épargnées. Leur portée substantielle ne se situe pas au même plan que les valeurs contenues dans la Convention. À son égard, leur inspiration fortement localisatrice tend à leur conférer une certaine neutralité. Cependant, la remarque n'exclut pas que les rattachements utilisés par la règle de conflit peuvent, en eux-mêmes, aboutir à un constat de violation de la Convention. Au-delà, la structure de la règle de conflit, qui souvent sert à lui imprimer une coloration matérielle, se trouve également concernée.

¹²¹² F. Rigaux, *loc. cit.*, p. 459.

¹²¹³ *Ibid.*, p. 457.

¹²¹⁴ Civ. 6 juillet 1922 De Ferrari *RCDIP* 1922 p. 444 note A. Pillet, *GAJFDIP* n° 12 p. 91.

¹²¹⁵ Sauf à considérer qu'en l'espèce la Cour de cassation a fait application d'un mécanisme distributif.

¹²¹⁶ Cf. G. M. UBERTAZZI, *loc. cit.*, p. 377.

¹²¹⁷ CEDH 16 septembre 1996 requête n° 17371/90 *Gaygusuz c/ Autriche*, préc. : « *seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité* » (§ 42).

¹²¹⁸ F. RIGAUX, « Droit constitutionnel et droit international privé », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck, Études de droit européen et droit international, Vol. I*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 113, note 12.

¹²¹⁹ Au nationalisme des arrêts *Lizardi* et *Ferrari* ont en effet succédé, respectivement, la théorie de l'apparence et les rattachements en cascade de l'arrêt *Rivière* (Civ. 17 avril 1953 *Rivière RCDIP* 1953 p. 412 note H. Batiffol, *Clunet* 1953 p. 860 note Plaisant).

247. Dans cette hypothèse, la matérialité fortement accusée de la règle de conflit rend plus aisé l'identification de la valeur qu'elle cherche à promouvoir. Ainsi, en précisant que « *la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant* », l'article 311-17 du Code civil témoigne du souci de favoriser l'établissement de la filiation naturelle. La jurisprudence contribue à promouvoir cette idée en appliquant l'article 311-17 « *tant à l'action en nullité qu'à l'action en contestation d'une reconnaissance qui doivent être possible à la fois au regard de la loi de l'auteur de celui-ci et de la loi de l'enfant* »¹²²⁰. Assez logiquement, le rattachement alternatif de faveur cède sa place, puisqu'il s'agit d'aller à l'encontre de l'objectif poursuivi, à un rattachement cumulatif qui rend plus difficile la remise en cause de la filiation.

La difficulté réside dans le fait que l'ensemble normatif ainsi constitué est de nature à favoriser le maintien inopportun de liens de filiation erronés. Ceux-ci apparaîtront, par exemple, dans l'hypothèse où une personne procède à une reconnaissance volontaire en considération de ses avantages et souhaite par la suite la contester après s'être aperçu des inconvénients matériels qui en découlent¹²²¹ ou encore dans le cas où l'auteur de la reconnaissance constate qu'il n'est manifestement pas le père de l'enfant¹²²². À chaque fois, la solution conduit à consacrer un lien de filiation qui n'est ni biologique, ni sociologique. Il est permis de douter de sa conformité à l'intérêt de l'enfant¹²²³ et aux dispositions de la CEDH, singulièrement son article 8. En effet, la Cour considère que « *là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de façon à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille* »¹²²⁴. De ce point de vue, la lettre de l'article 311-17 du Code civil répond aux exigences conventionnelles. La difficulté provient de son interprétation par les juridictions internes à propos de l'action en nullité et en contestation de la reconnaissance. Bien que la Cour n'hésite pas à constater une violation du droit au respect de la vie familiale lorsque la loi interne ne permet pas de faire

¹²²⁰ Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, préc. ; CA Paris 13 janvier 2000, précité.

¹²²¹ S. AUBERT, note sous CA Paris 13 janvier 2000, *Dalloz* 2000 p. 899.

¹²²² Cf. Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, précité. En l'espèce, le prétendu père, de nationalité allemande, souhaitait remettre en cause la reconnaissance d'un enfant français dont les caractéristiques physiques ne laissaient que peu de doute sur le caractère erroné de la filiation ainsi établie. Or, dans la mesure où la reconnaissance était valable selon la loi française, il n'y avait pas lieu de s'interroger sur l'incidence de la loi allemande. Par ailleurs, puisque l'action en contestation, ouverte sur le fondement de l'une et l'autre loi, était irrecevable au regard de la loi allemande en raison de sa tardiveté, peu important qu'elle pût prospérer en application de la loi française.

¹²²³ S. AUBERT, note préc., p. 899.

¹²²⁴ CEDH 26 mai 1994 requête n° 16969/90 Keegan c/ Irlande, § 50 ; CEDH 27 octobre 1994 requête n° 18535/91 Kroon c/ Pays-Bas, § 32 (*JCP* 1995.II.3823.32 obs. F. Sudre, *RTDH* 1996 p.183 note P. Georgin).

prévaloir la vérité biologique et sociologique¹²²⁵, elle concède volontiers que « *les États ont des raisons tenant à la sécurité des rapports juridiques et familiaux pour appliquer une présomption générale selon laquelle un homme marié est réputé être le père des enfants de son épouse* »¹²²⁶ faisant ainsi primer une filiation juridique¹²²⁷ et artificielle. L'obstacle opposé, dès la structure de la règle de conflit, à la destruction du lien de filiation qui prend sa source dans une reconnaissance volontaire s'accorderait avec la CEDH. Cependant, à l'examen, l'élément déterminant la conventionnalité ou l'inconventionnalité de la création ou du maintien de la filiation réside dans la considération de l'intérêt de l'enfant¹²²⁸, qui doit seul guider les solutions en la matière. Or, en décidant abstraitement qu'il y est toujours satisfait par le maintien de la filiation¹²²⁹, les entraves qui découlent de l'article 311-17 du Code civil laissent peu de place à l'éventualité d'une restauration de la vérité biologique voire sociale. Dans la mesure où d'autres rattachements sont concevables, la proportionnalité de l'ingérence dans le droit garanti par l'article 8 ne semble pas acquise. Dès lors, il serait souhaitable d'apporter une modification de la règle soit par le biais d'une atténuation de sa matérialisation en rattachant la contestation de la reconnaissance à un critère unique et fortement localisateur (loi de l'enfant, loi qui s'est appliquée à la reconnaissance) ou en élaborant un mécanisme distributif, soit par une ré-orientation de sa matérialisation en précisant, par exemple, que la reconnaissance volontaire est régie, en fonction de l'intérêt de l'enfant, ou par sa loi personnelle, ou par la loi de son auteur¹²³⁰.

¹²²⁵ CEDH 27 octobre 1994 requête n° 18535/91 Kroon c/ Pays-Bas, préc. : « *aux yeux de la Cour, le "respect" de la "vie familiale" exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne* » (§ 40).

¹²²⁶ CEDH 20 juin 1999 requête n° 27110/95 Nylund c/ Finlande ; CEDH 19 octobre 1999 requête n° 34308/96 Yildirim c/ Autriche.

¹²²⁷ Sont compatibles avec la Convention les dispositions qui font obstacle à l'action en désaveu de paternité après le délai légal malgré la séparation du couple et la reconnaissance par la femme que son ex-mari n'est pas le père de l'enfant (décision *Yildirim*) ou celles qui permettent aux membres d'un couple marié de s'opposer à la reconnaissance émanant du père naturel (décision *Nylund*).

¹²²⁸ Cf. CEDH 5 novembre 2002 requête n° 33711/96 Yousef c/ Pays-Bas : « *la Cour réaffirme que lorsque sont en jeu les droits garantis aux parents par l'article 8 et ceux d'un enfant, les cours et tribunaux doivent attacher la plus grande importance aux droits de l'enfant. Lorsqu'une mise en balance s'impose, il y a lieu de faire prévaloir les intérêts de l'enfant* » (§ 73).

¹²²⁹ Voire par son établissement ! Ainsi, la reconnaissance effectuée tardivement par un parent, simplement en quête d'un bâton de vieillesse, ne paraît guère satisfaire l'intérêt de l'enfant (cf. Civ. 8 mars 1938 *Fontaine c/ Époux Pulteney RCDIP* 1938 p. 653 note H. Batiffol ; comp. CEDH 7 novembre 2000 requête n° 47128/99 *Lucette Zvoristeanu c/ France*).

¹²³⁰ Il semble opportun de limiter le choix des législations applicables afin d'éviter les critiques d'incertitude adressées aux principes de préférences élaborés par Cavers (cf. notamment Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 167 et s., n° 139 et p. 180 et s., n° 147). En toute occurrence, le résultat obtenu ne sera pas exempt d'un contrôle, la CEDH et l'exception d'ordre public ayant un rôle à jouer *a posteriori*.

248. À chaque fois, il appartiendra au juge interne, juge de droit commun de la Convention¹²³¹, de combler la lacune résultant de la mise à l'écart de la règle de conflit, quelle que soit sa source, qui se révélerait incompatible avec la CEDH au terme du contrôle de conventionnalité. La tâche d'élaborer de nouveaux critères de rattachement lui incombe encore, même si la norme de droit international privé en cause trouvait son origine dans la loi puisque la Cour a estimé qu'il n'était pas possible de suspendre l'application de la Convention jusqu'à l'aboutissement d'une réforme législative¹²³². Il en résulte une certaine imprévisibilité des solutions à venir en droit international privé¹²³³, mais « *ce caractère n'est-il pas inhérent à la matière ?* »¹²³⁴. La place prépondérante du juge n'est pas à redouter parce que d'une part, du moins en France, le droit international privé est largement jurisprudentiel et que d'autre part, les exemples allemand et italien prouvent que les magistrats ne manquent pas de ressources pour remplacer une règle de conflit litigieuse du point de vue des droits fondamentaux¹²³⁵.

249. Le contrôle des règles de conflit, en considération de leur teneur substantielle, au regard de la Convention, contribue à atténuer leur tendance à entraîner un déséquilibre dans l'ordre international. Lorsque leur coloration matérielle est fortement accentuée, elles encourent la critique d'un excès de particularisme puisque leur auteur cherche à promouvoir les conceptions juridiques internes. L'entrave à la coordination des ordres juridiques s'estompe au contact de la CEDH dans la mesure où les valeurs que doivent refléter les règles

¹²³¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Collection Droit Fondamental, 7^{ème} édition refondue, 2005, p. 197, n° 140.

¹²³² CEDH 29 novembre 1991 requête n° 12849/87 Vermeire c/ Belgique, § 26.

¹²³³ P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 269 et s., n° 481 et s..

¹²³⁴ C. LABRUSSE, « Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971) », *RCDIP* 1974 p. 45.

¹²³⁵ En matière de loi applicable au divorce, la Cour Fédérale allemande (Bundesgerichtshof 8 décembre 1983, préc.) a ainsi substitué au critère de la loi nationale du mari le rattachement à la loi de la dernière nationalité commune des époux (la loi de réforme du droit international privé allemand en date du 25 juillet 1986 a, quant à elle, adopté le système appelé « échelle de Kegel », qui n'est pas sans rappeler celui qui résulte, en France, des jurisprudences *Rivière* et *Tarwid* ; pour plus de précisions, cf. H.-J. SONNENBERGER, « Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986 », *RCDIP* 1987 p. 1, spéc. p. 13 ; F. STURM, « Personne, famille et succession dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand », *RCDIP* 1987 p. 33). En Italie, toujours en matière de divorce, le Tribunal de Alessandria (Tribunal de Alessandria 1^{er} février 1993 Wysokinska c/ Fracchia *Clunet* 1998 p. 450 obs. R. Clerici) a pour sa part assuré le respect de l'égalité entre l'homme et la femme en faisant application de la loi du lieu de la célébration du mariage. La solution, néanmoins, n'a pas survécu à la loi n° 218 du 31 mai 1995 portant réforme du droit international privé italien. L'article 31 alinéa 1^{er} dispose en effet que la séparation personnelle et la dissolution du mariage sont régies par la loi nationale commune des époux au moment de la demande ou, à défaut, par la loi de l'État dans lequel la vie conjugale apparaît localisée de manière prépondérante (cf. A. GIARDINA, « Les caractères généraux de la réforme », *RCDIP* 1996 p. 1). En ce qui concerne la Belgique, voir, N. WATTÉ, « Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'homme », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 1052.

de conflit des différents États Parties sont communes. Dans cette perspective, la Convention concourt à l'œuvre de coordination et permet l'épanouissement des fins poursuivies par le droit international privé. Toutefois, à moins d'admettre que les droits contenus dans la CEDH possèdent un rayonnement universel, en perdant leur aspect nationaliste dans les principes qui les fondent, les règles de conflit gardent « *ce que l'on pourrait appeler un caractère "impérialiste" : c'est alors en effet un groupe d'États qui impose ses conceptions dans l'ordre international* »¹²³⁶. Si la CEDH rompt le lien particulariste, l'universalisme sur lequel débouche en ce domaine se trouve donc nécessairement limité. Même s'il demeure appréciable, il comporte le risque favoriser un impérialisme régional dont la supériorité sur le nationalisme reste improbable.

250. Le contrôle des méthodes de coordination du droit international privé est général puisqu'il concerne également les procédés indirects de réglementation des relations privées internationales. Par-là, il invite à relativiser la prétendue neutralité substantielle des règles de conflit de lois. En aucun cas ce caractère n'est de nature à les soustraire à l'examen de leur compatibilité avec la Convention. À cet égard, les difficultés ne proviennent pas tant des règles de conflit bilatérales que des règles de conflit à coloration matérielle. La fonction principalement localisatrice des premières tend à les prémunir d'une remise en cause au titre des droits fondamentaux de la personne humaine, quoique l'hypothèse ne soit pas à exclure, notamment lorsqu'elles recourent à un critère de rattachement discriminatoire. Le fait que les secondes cherchent l'obtention d'un résultat précis les expose plus naturellement à l'éventuelle sanction de la Cour, car il importe alors que les options dont elles sont l'expression se concilient avec les valeurs contenues dans la CEDH.

251. Par conséquent, la « neutralité » au regard de la CEDH des règles de droit international privé, et plus précisément des méthodes de coordination, offre aux États la liberté d'adopter la coordination de leur choix et de déterminer ses modalités de fonctionnement. Pour ceux qui redoutent l'influence néfaste de la Convention sur la coordination, il semble qu'elle n'y fasse pas obstacle.

Néanmoins, les deux aspects de la liberté de l'État autorisent quelques doutes : le second atteste en effet que la mise en œuvre de la coordination n'intéresse pas, comme telle, les

¹²³⁶ H. GAUDEMET-TALLON, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des conventions de La Haye), in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 189.

dispositions conventionnelles ; quant au premier, s'il ne constitue pas une entrave à la coordination, il ne la favorise pas non plus, car, au nom de leur marge de manœuvre, les États peuvent aussi bien ne pas recourir à une méthode de coordination. À cet égard, l'affaire *Janis Khan contre le Royaume-Uni*¹²³⁷ attise les inquiétudes.

Le requérant, citoyen britannique de confession musulmane âgé de 21 ans, avait contracté un mariage islamique avec son amie âgée de 16 ans, également de confession musulmane, sans le consentement de ses parents requis seulement jusqu'à l'âge de 12 ans par la loi musulmane, mais imposé jusqu'à l'âge de 18 ans par la loi anglaise. Appliquant cette dernière, les autorités britanniques annulèrent le mariage. Développant une argumentation sans surprise, la Commission EDH inclina pour une absence de violation de l'article 12 de la CEDH dans la mesure où l'exercice du droit au mariage est régi par les lois nationales et qu'en l'espèce la loi anglaise ne permettait pas sa réalisation. Indépendamment de la pertinence de la solution, il demeure regrettable qu'à aucun moment la Commission EDH ne se soit interrogée sur l'extranéité de la situation issue du fait religieux et de son traitement. Un examen plus poussé de la requête sous l'angle de l'article 9 et de la liberté religieuse¹²³⁸ aurait permis d'apporter une utile clarification sur l'âpreté du conflit entre le système personnaliste à vocation universelle prêché par le droit confessionnel et la division territoriale du pouvoir du droit étatique. La négation de la spécificité des rapports privés internationaux lorsqu'ils se manifestent directement dans le for est donc à craindre. Par principe, une telle position présente un caractère particulièrement néfaste pour l'entreprise de coordination puisqu'elle revient à remettre en cause l'opportunité d'une réglementation spécifique pour des relations qui ne seraient plus considérées comme spécifiques. Or, de façon contestable, tant la Cour que la Commission EDH ont eu précisément tendance à opérer leur assimilation aux situations purement internes. Cependant, à la négation de l'élément d'extranéité en amont, par l'affirmation de l'analogie des situations internes et internationales, répond sa prise en compte en aval, par une vérification que la règle matérielle dont, par hypothèse, le contenu diffère de son homologue interne, exprime les impératifs de la vie internationale.

252. La Convention exerce encore une influence sur le morcellement de la matière juridique, produit d'une multiplication des règles de conflit de lois. Là aussi, la prohibition des discriminations joue un rôle décisif et offre à la Cour la possibilité de vérifier que

¹²³⁷ Commission 7 juillet 1986 requête n° 11579/85 *Janis Kahn c/ Royaume-Uni inédit*.

¹²³⁸ En l'espèce, la Commission a écarté le grief tiré de l'article 9 au motif que la liberté qu'il consacre ne couvre pas tous les actes motivés ou influencés par la religion, en particulier le mariage. L'article 12 le visant spécifiquement, la requête ne saurait être envisagée sous l'angle d'une autre disposition.

l'affinement des règles du droit international privé n'est pas le fruit de l'arbitraire, mais du souci d'adapter au mieux les solutions aux questions posées par chaque cas identifié. En somme, le contrôle des méthodes de coordination se révèle assez précis et en ce sens il contraste avec le libéralisme affiché par les organes de la Convention face au choix de l'État de traiter de manière particulière ou sans distinction les situations internationales créées dans le for. En définitive, l'adoption et le choix d'une méthode de coordination ne sont pas commandés par la CEDH puisque d'une part, les juges de Strasbourg tiennent pour comparables situations interne et internationale et que, d'autre part, l'application d'une réglementation étatique extérieure à l'ordre juridique de l'État défendeur ne fait pas obstacle au respect de la Convention. En dépit de quelques imperfections tenant à la négation pure et simple de l'incidence de la complication internationale du rapport, le système mis en place apparaît assez équilibré, la prise en compte de l'élément d'extranéité ne présentant aucun caractère excessif. Par-là, les organes de Strasbourg n'abdiquent pas leur contrôle et lorsqu'ils l'exercent, ils s'inspirent à la fois des exigences des droits fondamentaux et de la vie internationale. Selon des voies différentes, ils parviennent à des résultats similaires en traitant des situations internationales constituées à l'étranger dont le juge d'une Haute Partie contractante a à connaître.

Chapitre II Les situations créées à l'étranger

253. Parce qu'elle procède à l'inconditionnalisation, à l'individualisation et à la concrétisation de la règle hypothétique, générale et abstraite applicable au cas, une décision de justice constitue pour la ou les personnes intéressées une base de prévision certaine et précise. Après l'intervention de l'autorité judiciaire, les droits et obligations des individus sont clairement fixés. Un jugement définitif appelle donc le respect et c'est la raison pour laquelle la doctrine souligne que « *le jugement étranger, plus encore que la loi étrangère, est un phénomène que le juge français ne peut ignorer* »¹²³⁹. Seulement, en cette matière où « *la notion de respect des droits acquis, (...), prend (...) toute sa force* »¹²⁴⁰, le jugement n'est pas considéré en tant que tel, mais comme « *une œuvre de l'autorité publique de l'État dans lequel il a été rendu, expression de la souveraineté de cet État dans le domaine de l'administration de la justice* »¹²⁴¹. Le jugement n'est pas un simple jugement, c'est un jugement étranger qui, en conséquence du cloisonnement et de la circularité des ordres juridiques, « *n'a et ne peut avoir, en principe, qu'une valeur et des effets territoriaux* »¹²⁴². À cet égard, M. François Rigaux¹²⁴³ relève qu'il n'existe aucune règle de droit international positif obligeant les États à reconnaître les situations constituées dans un milieu homogène étranger. Si tant est qu'il soit possible de déceler une obligation internationale, « *elle se limite au devoir fondamental d'admettre la nature juridique des ordonnancements étrangers, c'est-à-dire d'avoir un système au moins embryonnaire de droit international privé* »¹²⁴⁴. Néanmoins, l'exigence de coordination et « *le souci d'assurer une constance de traitement, à travers les frontières, des relations de droit privé* »¹²⁴⁵ se révèlent plus pressants et expliquent davantage l'existence d'un régime d'accueil des décisions étrangères qui reflète la tension très forte entre les besoins nationaux, ceux des individus et ceux, « *plus incertains et plus*

¹²³⁹ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4^{ème} édition refondue, 2004, p. 548, n° 969 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 259, n° 359. Voir également P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 552.

¹²⁴⁰ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 259, n° 359. Voir également, B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} édition, 2000, p. 385, n° 441 ; H.-J. LUCAS, « L'efficacité juridictionnelle des décisions étrangères », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Presses universitaires de Toulouse, 1981, p. 528.

¹²⁴¹ É. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Tome I, Domat-Montchrestien, 1930, p. 462, § 182.

¹²⁴² *Ibidem*.

¹²⁴³ F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité généralisé », *RCADI* 1989 p. 156 et s..

¹²⁴⁴ *Ibid.*, p. 157.

¹²⁴⁵ H. MUIR WATT, *Effets en France des décisions étrangères*, Jurisclasseur, Fasc. 584-1 (jurisclasseur droit international), 1990, p. 4, n° 2.

subtils », selon l'expression de Francescakis¹²⁴⁶, de la société internationale. À l'origine de l'initiative unilatérale des États se trouvent donc essentiellement des considérations d'opportunité.

254. Historiquement, l'évolution s'est faite dans le sens d'une ouverture toujours plus large de l'ordre juridique aux décisions de justice étrangères¹²⁴⁷, à mesure que l'on insistait un peu plus sur le terme « jugement » et un peu moins sur l'épithète « étranger », à mesure que la méfiance envers ce qui vient d'ailleurs cédait sa place à la confiance inspirée par la présomption de sérieux qui s'attache à la fonction juridictionnelle.

C'est ainsi qu'en France, la Cour de cassation a tout d'abord dénié toute efficacité, préalablement à l'intervention d'un juge du for, aux décisions étrangères, en même temps qu'elle créait l'institution en permettant l'accueil¹²⁴⁸. Délaissant quelque peu le particularisme qui l'avait alors animée et les conséquences extrêmes qu'elle avait tirées de l'exclusivisme des ordres juridiques, elle a par la suite reconnu l'immédiateté des effets des décisions étrangères de divorce et plus généralement des décisions relatives à l'état et à la capacité des personnes en s'appuyant tout d'abord sur une notion déformée, élargie et contestable¹²⁴⁹ de force probante puis, de manière tout aussi contestable, sur la règle de conflit de lois¹²⁵⁰ avant de fonder la solution directement sur l'efficacité substantielle du jugement étranger¹²⁵¹. Par conséquent, dès son prononcé, les individus concernés ont la possibilité de s'en prévaloir en France. L'ouverture de l'ordre juridique s'est poursuivie et la discontinuité radicale des ordres juridiques s'est corrélativement réduite par l'extension des effets de plein droit des décisions étrangères à leur autorité de chose jugée¹²⁵². Désormais, seule la force exécutoire des

¹²⁴⁶ P. FRANCESKAKIS, « Effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'*exequatur* », *TCFDIP années 1946-1948*, Dalloz, 1951, p. 151.

¹²⁴⁷ G. HOLLEAUX, « Remarques sur l'évolution de la jurisprudence en matière de reconnaissance des décisions étrangères d'état et de capacité », *TCFDIP années 1948-1952*, Dalloz, 1953, p. 179 ; cf. également les Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'effectivité des décisions de justice*, tome XXXVI, Economica, 1985, p. 359 et s..

¹²⁴⁸ Civ. 19 avril 1819 *Holker c/ Parker GAJFDIP* n° 2, p. 10 ; G. HOLLEAUX, *loc. cit.*, p. 183.

¹²⁴⁹ Le jugement étranger ne faisait plus seulement la preuve des éléments extrinsèques qu'il relatait, mais également celle de sa propre opération constitutive. Voir, Civ. 28 février 1860 *Bulkley c/ Defresne GAJFDIP* n° 4, p. 26 ; G. HOLLEAUX, *loc. cit.*, p. 187 et s. ; H.-J. LUCAS, *loc. cit.*, p. 537 et s..

¹²⁵⁰ Civ. 9 mai 1900 *Prince de Wrède Clunet* 1900 p. 613, *GAJFDIP* n° 10, p. 70 ; G. HOLLEAUX, *loc. cit.*, p. 200.

¹²⁵¹ Req. 11 novembre 1908 *Le Goaster D.P.* 1914.1.118 rapport Denis, S. 1909.I.572, *RCDIP* 1909 p. 227, *Clunet* 1909 p. 573 ; Req. 3 mars 1930 *Hainard Sirey* 1930 I p. 377 note J.-P. Niboyet : « *Attendu que les jugements rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état et à la capacité des personnes, produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur* ».

¹²⁵² Voir, pour une affirmation dépourvue d'ambiguïté, Civ. 11 avril et 1^{er} mai 1945 *Sirey* 1945.I.121 note H. Batiffol, *JCP* 1945 II n° 2895 note R. Savatier : « *Attendu que si l'ordre public français ne permet pas d'intenter devant les tribunaux français l'action en recherche de paternité prévue par l'article 340 du Code civil, alors même que l'action en recherche est régie par la loi nationale étrangère de l'enfant demandeur, ledit*

décisions étrangères reste subordonnée à l'*exequatur*¹²⁵³. Le droit positif tend donc à généraliser la distinction entre reconnaissance et exécution des jugements étrangers¹²⁵⁴.

Elle demeure cependant imparfaite, car à cette distinction fondée sur les effets que les individus cherchent à faire produire à la décision étrangère, le droit positif français en superpose une autre, unanimement critiquée par la doctrine¹²⁵⁵, assise sur la nature de la décision. L'efficacité substantielle immédiate et l'autorité de la chose jugée ne bénéficient qu'aux décisions constitutives ou extra-patrimoniales, et, en dépit de quelques pas dans la voie de la libéralisation¹²⁵⁶, la jurisprudence maintient les jugements déclaratifs patrimoniaux dans un régime de défaveur¹²⁵⁷.

255. L'effort de coordination et de cohérence que traduit l'évolution du droit de l'accueil des décisions étrangères est certes remarquable mais, nonobstant les progrès réalisés, il n'en reste pas moins qu'un « *jugement étranger ne produit des effets en France que parce que l'ordre juridique français accepte qu'il en produise* »¹²⁵⁸ dans une mesure qu'il lui appartient de définir souverainement. Le mouvement de libéralisation pourrait ainsi s'amplifier et

ordre public ne met pas obstacle à ce qu'une déclaration judiciaire de paternité naturelle simple, résultant régulièrement d'une décision étrangère qui condamne le père de l'enfant, en cette qualité, à lui servir une pension alimentaire, jouisse en France de l'autorité de chose jugée et obtienne l'exequatur d'un tribunal français ».

¹²⁵³ Req. 3 mars 1930 Hainard, préc. : « *Attendu que les jugements rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état et à la capacité des personnes, produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur, sauf les cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes* ».

¹²⁵⁴ Telle était déjà l'optique retenue par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale reprise dans le règlement du Conseil du 22 décembre 2000 et étendue aux décisions rendues en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, *JOCE* n° L 338 du 23 décembre 2003 p. 1).

¹²⁵⁵ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. 89, n° 10.9 ; B. AUDIT, *op. cit.*, p. 410 et s., n° 473 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 291, n° 401 ; H. MUIR WATT, *op. cit.*, p. 9 et s., n° 27 et s. et p. 15, n° 60.

¹²⁵⁶ En particulier Civ. 1^{ère} 9 décembre 1974 *RCDIP* 1975 p. 504 note Mezger, *Clunet* 1975 p. 534 note Ponsard, la Cour de cassation admettant, sans *exequatur*, l'autorité d'un jugement étranger prononçant la nullité d'un contrat. En outre, le fait que la jurisprudence accueille l'exception de litispendance en matière patrimoniale milite fortement en faveur de la reconnaissance *de plano* des jugements déclaratifs patrimoniaux étrangers (la prudence manifestée par Mme Hélène Péroz dans l'interprétation de cette circonstance (*La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, thèse dactyl. Caen, 1997, p. 132 et s., n° 159 et s.) contraste avec l'optimisme affichée par Mme Horatia Muir Watt (*op. cit.*, p. 8 n° 48), M. Pierre Mayer et M. Vincent Heuzé (*op. cit.*, p. 292, n° 401)). Enfin, le droit communautaire généralise la distinction entre la reconnaissance et l'exécution sans faire référence à la nature de la décision.

¹²⁵⁷ En ce sens que le jugement français d'*exequatur* est constitutif tant de leur efficacité substantielle que de leur autorité de chose jugée. Cf. H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 132 et s., n° 159 et s. (en ce qui concerne l'efficacité substantielle), p. 175 et s., n° 219 et s. (en ce qui concerne l'autorité de chose jugée).

¹²⁵⁸ H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 11, n° VI.

s'affermir davantage au contact de la CEDH, tant les finalités poursuivies ici par le droit international privé recoupent les préoccupations des droits fondamentaux.

On ne peut manquer de rapprocher la justification de l'efficacité immédiate avancée dans l'affaire *de Wrède* selon laquelle « *l'état des personnes ne peut demeurer incertain, sans qu'il en résulte un trouble profond pour les familles et une atteinte grave à l'ordre social* »¹²⁵⁹, et l'article 8 de la Convention qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale. L'unité de l'état n'est-elle pas également nécessaire du point de vue du respect de la Convention ? D'une manière générale, la situation juridique cristallisée¹²⁶⁰ à l'étranger, notamment dans une décision de justice, ne saurait varier au gré des frontières sans heurter les droits et libertés fondamentaux des personnes. Il n'est pas davantage concevable qu'au regard d'une même obligation un individu soit à la fois créancier et débiteur selon le pays dans lequel il se trouve. Le droit au respect des biens contenu dans l'article 1 du Protocole n° 1 plaide tout autant en faveur de l'unité du statut patrimonial.

Sous un autre angle, la CEDH offre de nombreuses garanties procédurales de nature à assurer aux plaideurs une bonne justice. Le juge de l'*exequatur* ne devrait-il pas accorder pleine foi et crédit à la décision issue de l'instance directe selon une procédure conforme aux prescriptions de l'article 6 § 1 de la Convention ? Encore conviendrait-il d'opérer alors une distinction entre les jugements en provenance des États Parties à la CEDH et ceux émanant d'États tiers puisque seuls les premiers se sont engagés à reconnaître les droits et libertés contenus dans la Convention aux individus relevant de leur juridiction.

S'ouvrent alors de grandes perspectives, plus ou moins étendues selon que l'influence de la CEDH procède des droits substantiels ou de l'article 6 § 1, la Convention ne se contentant pas de renouveler les sources et les fondements du droit de la reconnaissance des décisions étrangères, mais agissant directement dans le sens d'une réduction de la discontinuité des ordres juridiques et par conséquent des irritantes situations boiteuses.

Le problème de l'exécution des décisions étrangères est également concerné par les droits fondamentaux. Il est en effet peu probable que le droit à l'exécution des décisions de justice, consacré par l'arrêt *Hornsby*¹²⁶¹, consolidé par l'arrêt *Lunari*¹²⁶² et précisé par les arrêts

¹²⁵⁹ Civ. 9 mai 1900 Prince de Wrède, précité.

¹²⁶⁰ Au sens où l'entend M. Pierre Mayer (« Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 562 et s.).

¹²⁶¹ CEDH 19 mars 1997 requête n° 18357/91 Hornsby c/ Grèce, précité.

¹²⁶² CEDH 11 janvier 2001 requête n° 21463/93 Lunari c/ Italie.

*Ouzounis*¹²⁶³ et *Matheus*¹²⁶⁴, n'influence pas, dans une mesure qu'il reste à déterminer, le sort des décisions étrangères. La Convention deviendrait alors un puissant instrument de promotion de la libre circulation des décisions de justice qui bénéficieraient d'une reconnaissance (section I) et d'une force exécutoire (section II) *de plano*.

Section I La promotion de la reconnaissance *de plano* des décisions étrangères

256. La reconnaissance des décisions étrangères se définit comme « *une opération qui consiste à insérer la norme, tout en en assurant son incontestabilité devant ses propres tribunaux, dans l'ordre juridique de l'État requis* »¹²⁶⁵. Son domaine recouvre donc l'efficacité substantielle et l'autorité de la chose jugée de la décision étrangère et apparaît en cela discutable puisqu'elle réunit les effets du jugement, c'est-à-dire la modification de la situation juridique de la ou des personnes intéressées par la décision¹²⁶⁶, qui procèdent de la volonté du juge et qui caractérisent seuls son activité, et un attribut du jugement, en l'occurrence l'incontestabilité de la vérification juridictionnelle, qui est le fait du législateur et dont l'automaticité et l'extériorité ne relèvent pas du travail du juge¹²⁶⁷. Logiquement, ils devraient être soigneusement distingués¹²⁶⁸, l'existence des premiers n'étant pas subordonnée à la présence du second. Pour autant, il ne faudrait pas négliger les liens entre les deux notions. Parce qu'elle s'attache essentiellement au présupposé de la règle de droit dont les éléments conditionnent le déclenchement de l'effet de la règle de droit, l'autorité de la chose jugée conforte l'effet normatif du jugement, soit son efficacité substantielle. Rationnellement, l'un ne se conçoit guère sans l'autre, de même que la force exécutoire de la décision, qui permet la réalisation effective de son contenu, apparaît comme un complément indispensable de l'œuvre judiciaire. Son étude séparée se justifie néanmoins dans la mesure où la CEDH contient des développements propres à l'exécution des décisions de justice.

¹²⁶³ CEDH 18 avril 2002 requête n° 49144/99 *Ouzounis c/ Grèce*, précité.

¹²⁶⁴ CEDH 31 mars 2005 requête n° 62740/00 *Matheus c/ France*, précité.

¹²⁶⁵ H. MUIR WATT, *op. cit.*, p. 2 n° 1. Voir également, B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} édition, 2000, p. 490 n° 572.

¹²⁶⁶ L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, p. 527, n° 928 ; T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2^{ème} édition, 2002, p. 242, n° 325 ; H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 26, n° 12.

¹²⁶⁷ T. LE BARS, *op. cit.*, p. 247, n° 329 ; H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 16 et s., n° 1 et s..

¹²⁶⁸ T. LE BARS, *op. cit.*, p. 249, n° 331 ; H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 16 et s., n° 1 et s..

257. En matière de reconnaissance des décisions étrangères, la jurisprudence européenne est relativement peu fournie et ne semble pas avoir exploré tout le potentiel de la Convention, bien que celle-ci ne contienne, en tant que telle, aucune disposition intéressant de manière évidente cette question. Lorsqu'elle l'aborde, la Cour, comme avant-elle la Commission EDH, pèche sans doute par excès de prudence en ne participant qu'imparfaitement à une réalisation concrète et effective des droits et libertés conventionnellement garantis, attitude qui tranche singulièrement avec l'audace dont elle est coutumière. Tout au plus est-il raisonnablement possible de déceler, pour le quart d'heure, une importante marge de manœuvre concédée aux États qui disposent de la faculté d'introduire dans leur ordre juridique les décisions de justice étrangères (§ I). Cependant, rien n'est figé ; la Convention est un instrument vivant qu'il convient d'interpréter de manière évolutive. Or, une lecture constructive et utile de certaines de ses garanties nourrit l'espoir d'une obligation de reconnaissance *de plano* des jugements étrangers à la charge des États (§ II).

§ I La consécration d'une faculté de reconnaissance *de plano*

258. Du cloisonnement et de la circularité des ordres juridiques découlent pour les États la liberté d'introduire en leur sein les normes juridiques individuelles que constituent les décisions de justice étrangères et de déterminer les procédures que ces dernières devront emprunter pour déployer leurs effets. Un État n'est donc jamais tenu de conférer une quelconque valeur au phénomène juridictionnel étranger. Par exemple, si le droit français accorde une efficacité immédiate aux décisions étrangères constitutives et extra-patrimoniales, il la dénie toujours aux décisions déclaratives patrimoniales.

La jurisprudence européenne pertinente concerne pour l'essentiel l'aspect négatif du contentieux de la reconnaissance, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles les individus reprochent à l'État de ne pas avoir laissé la décision étrangère modifiant leur situation juridique développer pleinement ses effets dans son ordre juridique. Avec une constance remarquable, les juges strasbourgeois ont profité des diverses occasions qui leur étaient présentées pour constater, selon des motivations plus ou moins différentes et plus ou moins convaincantes, l'absence de violation de la Convention. En d'autres termes, le fait de ne pas attribuer une efficacité immédiate aux décisions étrangères ne traduit pas une méconnaissance des droits et libertés conventionnellement garantis.

Dans la mesure où le défaut d'autorité de plein droit d'un jugement étranger s'analyse en une rupture du statut des individus sans pour autant révéler une atteinte à la CEDH, l'attitude

inverse, qui consiste à promouvoir la continuité de la vie juridique des personnes, devrait, à plus forte raison, être jugée compatible avec les exigences européennes. Pourtant, bien qu'elle contribue au respect des droits des personnes, elle aboutit à reconnaître la juridicité d'une norme, obligatoire entre les parties et opposable aux tiers, qui peut demeurer, le cas échéant, inaccessible lors d'une instance directe. Dès lors que la situation juridique contenue dans le jugement étranger procède d'une règle ignorée de l'État requis, soit qu'il ne connaisse pas l'institution qu'elle organise, soit qu'il consacre une règle de même nature, mais sensiblement différente, ou qu'il applique la règle contraire, la reconnaissance de ses effets fait apparaître le risque d'un traitement discriminatoire. Si tel était le cas, la reconnaissance *de plano* ne poserait aucune difficulté du point de vue de la CEDH uniquement lorsque la décision étrangère aurait pu être prononcée par un juge de l'État requis s'il avait été saisi directement de la question.

Ainsi, en admettant l'aspect négatif de la faculté de reconnaissance et une partie seulement de son aspect positif, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales constituerait un instrument particulièrement néfaste pour la coordination des ordres juridiques, l'État étant toujours libre de refuser la reconnaissance et parfois contraint de ne pas l'accepter afin de respecter ses engagements conventionnels. Cependant, une fois encore, développant une jurisprudence réaliste et ouverte aux caractéristiques et aux enjeux des relations privées internationales, les juges de Strasbourg ont su éviter cet écueil. Une véritable faculté de reconnaissance se dessine, tant dans son aspect négatif que dans son aspect positif, car s'il est nécessaire que les États interviennent pour qu'un jugement étranger produise ses effets (A), la Cour a écarté le grief de discrimination lorsqu'ils consentent à la reconnaissance (B).

A La nécessaire intervention de l'ordre juridique requis

259. En droit français, tout au moins, ce n'est jamais le jugement étranger en tant que tel qui produit des effets juridiques en France. Il fait l'objet d'une réception qui traduit l'acceptation par l'ordre juridique français des effets, en son sein, de la décision rendue au nom d'un souverain étranger. En d'autres termes, lorsque le juge français consacre la norme contenue dans une décision étrangère, loin de se soumettre à l'autorité étrangère de laquelle émane cette norme, il ne fait que se conformer au commandement du souverain dont il

dépend¹²⁶⁹. L'intervention de l'ordre juridique requis est donc indispensable¹²⁷⁰, et c'est à cette conception que la Commission européenne des droits de l'homme s'est ralliée à deux reprises. Entre les décisions, la motivation a évolué et s'est généralisée, mais, finalement, elle n'échappe pas à la critique.

260. La nécessité d'une intervention de l'ordre juridique requis procède en premier lieu de l'article 12 de la Convention dont la structure contraint à prendre parti sur ce point. En précisant qu' « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit », les membres de la Commission avaient à déterminer « les lois nationales » auxquelles il convenait de se référer. L'exercice du droit au mariage dérive-t-il de la décision de justice étrangère ou du droit de l'État requis, c'est-à-dire l'intégration du jugement étranger en tant que norme individuelle dans son ordonnancement juridique ? À chaque fois, ils ont retenu la seconde branche de l'alternative. Le choix se révèle très significatif, car rien n'impose à la vérité que les « lois nationales » évoquées dans l'article 12 de la Convention soient celles d'un État Partie ainsi que l'atteste la jurisprudence européenne relative aux situations constituées dans le for¹²⁷¹.

Dans la première affaire¹²⁷², le bureau de l'immigration avait refusé l'entrée sur le territoire du Royaume-Uni du second requérant, de nationalité indienne, neveu du premier requérant et adopté par celui-ci, au motif que l'adoption prononcée en Inde en vertu du droit indien ne saurait faire l'objet d'une reconnaissance. Le droit anglais pertinent prévoyait que seules les adoptions étrangères équivalentes aux adoptions anglaises étaient reconnues. Dans le cas contraire, la reconnaissance était subordonnée à plusieurs conditions préalables. En particulier, le transfert total des responsabilités parentales devait se fonder sur l'inaptitude des parents naturels à s'occuper de l'enfant et l'adoption ne devait pas avoir pour seul but de

¹²⁶⁹ B. AUDIT, *op. cit.*, p. 414, n° 479 (l'auteur exprime sur ce point une position nuancée voire ambiguë) ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 290, n° 399 ; H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 94, n° 101 et s..

¹²⁷⁰ Sur l'ensemble de la question, cf. H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 87 et s., n° 91 et s.. En ce qui concerne les décisions étrangères qui bénéficient de l'efficacité *de plano*, l'intervention de l'ordre juridique français se matérialise par l'existence de conditions à la régularité internationale des décisions étrangères. Élaborées par la jurisprudence française (pour l'essentiel par les célèbres arrêts *Munzer*, *Bachir* et *Simitch*), elles s'analysent comme les « conditions du présumé d'une norme habitante française dont l'effet juridique est la réception du jugement étranger dans l'ordre juridique français, c'est à dire l'attribution de sa valeur normative en France » (*Ibid.*, p. 105, n° 118).

¹²⁷¹ Cf. *supra*.

¹²⁷² Commission 15 décembre 1977 requête n° 7229/75 B. S. H. et G. S. H. c/ Royaume-Uni.

faciliter l'entrée au Royaume-Uni. L'adoption acquise en Inde relevait du second régime et, du point de vue des autorités britanniques, elle ne satisfaisait ni à l'une, ni à l'autre condition. Par conséquent, le second requérant n'a pas eu la possibilité de rejoindre ses parents, adoptifs selon le droit indien, simplement collatéraux selon le droit anglais à défaut de reconnaissance de la décision indienne en Angleterre. Le premier requérant estimait ainsi que l'action des autorités britanniques avait engendré une violation de son droit de fonder une famille avec son épouse. Si la Commission EDH concède, contrairement à l'opinion émise par l'État défendeur, que l'adoption d'un enfant par un couple et son insertion dans le foyer peuvent, au moins dans certaines circonstances, être considérées comme constituant la fondation d'une famille, elle souligne néanmoins immédiatement que l'article 12, en tant que tel, ne garantit pas le droit d'adopter ni celui d'intégrer dans une famille un enfant qui n'est pas l'enfant naturel du couple concerné¹²⁷³. Dès lors, il appartient à la loi nationale de déterminer si, et dans quelle mesure, l'exercice de ce droit par ce moyen doit être autorisé. La Commission EDH a estimé que, en l'espèce, le droit national pertinent ne permettait pas la reconnaissance de l'adoption qui avait eu lieu en Inde¹²⁷⁴. S'agissant des effets d'une décision de justice étrangère, c'est dire, en d'autres termes, que leur appréciation ne dépend que du seul droit de l'État requis. La coordination des ordres juridiques et la continuité des situations juridiques individuelles, au regard de l'article 12 de la Convention, relève uniquement du droit de l'État dans lequel la décision est appelée à déployer ses effets.

Dans la seconde affaire¹²⁷⁵, la requérante, de nationalité turque et résidant aux Pays-Bas, avait adopté, avec son mari, le fils de sa nièce et fille adoptive, en Turquie en vertu du droit turc. Sur la foi de la décision des tribunaux turcs, la requérante sollicite auprès de l'administration néerlandaise l'octroi d'une allocation pour subvenir aux besoins de son fils adoptif. Bien qu'à la suite de la décision turque le nom de famille de l'enfant fût modifié, en particulier sur les registres d'état civil hollandais, les autorités compétentes ont rejeté la demande de la requérante au motif qu'au sens de la loi pertinente, l'enfant ne pouvait pas être considéré comme son propre enfant ou comme son enfant adoptif. Seuls, en effet, les enfants légitimes

¹²⁷³ Sur ce point, la jurisprudence strasbourgeoise est constante ; cf. Commission 8 avril 1991 requête n° 15296/89 Pitzalis c/ Italie ; Commission 10 juillet 1997 requête n° 31924/96 Di Lazzaro c/ Italie ; CEDH 12 juin 2001 requête n° 36515/97 Fretté c/ France.

¹²⁷⁴ « *In the present case, the relevant national law does not allow for recognition of the adoption which took place in India* ». En outre, la Commission constate que la loi sur l'immigration et les règles qui en dérivent ne confèrent pas au second requérant un droit d'entrer dans le dessein de vivre l'adoption au Royaume-Uni ou d'être intégré dans la famille du premier requérant et de son épouse. À l'absence de reconnaissance *de plano* de la décision étrangère s'ajoutent donc des considérations tirées du droit de l'immigration.

¹²⁷⁵ Commission 1^{er} juillet 1998 requête n° 34986/97 Akin c/ Pays-Bas.

ou adoptés en vertu du droit hollandais sont visés par le texte. À cet égard, une adoption étrangère sera prise en compte, en tant que telle, uniquement si ses conditions et ses effets s'apparentent à ceux d'une adoption hollandaise. Or, tel n'est pas le cas d'une adoption turque puisque, d'une part, sa révocation peut intervenir à tout moment, et d'autre part, l'enfant demeure héritier de ses parents naturels. En outre, selon la jurisprudence constante, si l'enfant peut néanmoins être considéré comme l'enfant adoptif de la personne qui demande l'octroi d'une allocation dès lors qu'elle lui apporte les soins qu'elle dispenserait à son propre enfant, c'est à la condition qu'il existe entre eux des liens financiers et affectifs très forts en tant qu'ils revêtent un caractère d'exclusivité. Or, en l'espèce, constatant les nombreux contacts entre l'enfant et ses parents naturels ainsi que l'aide financière consentie par ces derniers à l'enfant, les autorités compétentes ne pouvaient que conclure à l'absence de qualité d'enfant adoptif. Ainsi, l'ouverture d'une procédure formelle de reconnaissance s'imposait afin que l'effet substantiel de la décision étrangère pénètre l'ordre juridique hollandais. Parmi les nombreux griefs formulés par la requérante, l'un d'eux s'articulait autour de l'article 12 de la Convention. De son point de vue, le défaut de reconnaissance du jugement turc aboutissait à refuser qu'une famille fût constituée par elle-même, son mari et l'enfant. Là encore, la Commission EDH considéra la requête comme manifestement mal fondée, mais selon une motivation sensiblement différente de celle utilisée dans la première décision citée. En l'occurrence, les commissaires se sont contentés de relever qu'en dépit de la résidence permanente de la requérante et de l'enfant en Hollande, elle n'a jamais cherché à obtenir une reconnaissance formelle de l'adoption turque en vertu du droit hollandais et que le recours à une telle adoption procédait d'un choix explicite de la requérante eu égard à ses effets spécifiques par rapport à une adoption hollandaise¹²⁷⁶. Bien que l'identification des lois nationales régissant l'exercice du droit de se marier et de fonder une famille, pourtant cruciale au regard du libellé de l'article 12 CEDH, n'apparaisse pas de façon expresse au soutien de la conclusion de la Commission EDH, les arguments avancés ne révèlent pas moins une continuité dans sa conception des effets d'une décision étrangère dans l'ordre juridique requis. En effet, l'absence d'atteinte à la substance même de la disposition conventionnelle invoquée résulte implicitement, et au demeurant nécessairement au risque de modifier radicalement sa teneur, de l'impossibilité d'exercer les droits qui en découlent selon les lois nationales pertinentes. Celles-ci ne correspondent pas au droit turc, mais au droit hollandais,

¹²⁷⁶ « *The Commission notes that the applicant and Bahtiyar both permanently reside in the Netherlands, but that the applicant has sought to obtain a formal recognition under Dutch law of Bahtiyar's adoption in Turkey. Moreover it appears that it was an explicit choice of the applicant to adopt him under Turkish law rather than Dutch law given the differences in the legal effects of adoption under both legal system* ».

lequel suspend les effets de l'adoption étrangère en question à l'intervention d'une autorité judiciaire statuant au nom du souverain hollandais. C'est ainsi que l'examen entrepris par la Commission EDH se focalise sur l'attitude du bénéficiaire du jugement étranger face aux règles de l'ordre juridique au sein duquel il souhaite profiter pleinement de son titre. Peu importe, en définitive, que l'État requis assure une fluidité parfaite des situations juridiques individuelles affectées d'un élément d'extranéité puisque les exigences conventionnelles se bornent à enregistrer, sans les remettre en cause, les dispositions qui s'y rapportent.

261. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les solutions retenues dans l'une et l'autre décision étonnent. Alors que les requérants mettent l'accent sur l'inadéquation de la législation de l'État requis pour jouir d'une décision, certes étrangère mais qui leur a permis d'exercer un droit contenu dans la Convention, les motivations de la Commission EDH semblent emprunter une voie sinueuse puisque ce qui devrait être l'objet de son examen, à savoir le refus de reconnaissance à défaut d'une procédure engagée en ce sens, devient un élément pertinent, essentiel et quasiment exclusif de la mise en œuvre de son contrôle. L'incompréhension s'accroît au regard de la seconde décision, car si le jugement turc est insuffisant pour l'application de la législation sur les allocations, nulle procédure judiciaire hollandaise n'a été imposée pour tirer les conséquences de son effet substantiel relativement au nom de famille de l'enfant. Un minimum de cohérence devrait être observé, car de deux choses l'une : ou bien le jugement étranger ne produit aucun effet avant sa réception dans l'ordre juridique du for par le biais d'une procédure judiciaire, ou bien il bénéficie d'une efficacité immédiate. Il peut en effet paraître singulier que les autorités hollandaises considèrent l'enfant comme le fils adoptif de la requérante en matière de nom et simplement comme son petit-fils en matière sociale. Si la Convention ne permet pas d'assurer l'harmonie internationale des solutions, tout au moins devrait-elle sanctionner leur défaut d'harmonie interne¹²⁷⁷ ! L'impression qui se dégage de la position adoptée au regard de l'article 12 de la Convention trouve cependant une confirmation dépourvue d'ambiguïté lorsque le grief porte sur d'autres articles de la Convention qui n'opèrent aucun renvoi exprès au droit national, singulièrement les articles 8 et 1 du Protocole n° 1.

¹²⁷⁷ Hypothèse qui n'est d'ailleurs guère envisageable, car, à moins qu'elles n'aient pour effet d'engendrer une atteinte à l'un des droits garantis, les erreurs de droit ou de fait commises par les autorités de l'État défendeur échappent à la connaissance des gardiens de la Convention.

262. Garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale, l'article 8 de la Convention se distingue de l'article 12 en ce sens qu'il n'opère aucun renvoi à la loi interne afin de déterminer si et à quelles conditions les individus ont la possibilité de revendiquer son exercice. Les organes de la Convention vérifient simplement, au titre de la vie familiale, l'existence et l'effectivité¹²⁷⁸ d'une vie familiale, les deux termes recevant, selon une jurisprudence constante, une acception généreuse¹²⁷⁹. Contre toute attente, les deux décisions étudiées ne s'inscrivent pas dans le mouvement d'extension de la protection offerte par l'article 8 CEDH, mais reprennent, en la généralisant, l'idée qui soutenait en filigrane le peu de considération accordée précédemment à la décision étrangère.

Dans la première décision¹²⁸⁰, les requérants faisaient valoir que l'attitude des autorités britanniques s'analysait également en un manquement à leur droit au respect de leur vie familiale en dépit de son défaut d'effectivité qui découlait directement du refus de laisser l'adopté entrer au Royaume-Uni. Or, s'appuyant, notamment, sur la nécessité d'une vie familiale préexistante pour entreprendre un contrôle au regard de l'article 8 de la Convention, la Commission EDH a jugé le grief manifestement mal fondé. De son point de vue, en effet, nulle relation pouvant s'apparenter à une vie familiale au sens de l'article 8 n'existait entre eux, nonobstant leur lien par le sang, leur lien juridique créé en vertu du droit indien et l'aide financière apportée par les adoptants à l'adopté. Outre la circonstance que celui-ci a continué à vivre avec ses parents naturels en Inde, la Commission EDH a accordé une importance particulière au fait que la décision indienne n'était ni reconnue, ni susceptible de l'être selon le droit anglais¹²⁸¹. C'est dire que les commissaires ont envisagé le lien de parenté dont faisait état les requérants uniquement sous l'angle du droit de l'État requis pour constater l'inexistence de la vie familiale¹²⁸² alors que le droit européen des droits de l'homme

¹²⁷⁸ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 Marckx c/ Belgique, préc., § 31.

¹²⁷⁹ Sur ce point, cf. J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2002, p. 160 et s., n° 88 ; F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Thémis, 2^{ème} édition, 2004, p. 389 et s..

¹²⁸⁰ Commission 15 décembre 1977 requête n° 7229/75 B. S. H. et G. S. H. c/ Royaume-Uni.

¹²⁸¹ « *This adoption is neither recognised nor eligible for recognition in English law* ».

¹²⁸² Il n'est même pas certain que la notion de vie familiale projetée utilisée dans l'affaire *Abdulaziz, Cabalès et Balkandali* (CEDH 28 mai 1985 requêtes n° 9214/80, 9473/81, 9474/81 Abdulaziz, Cabalès et Balkandali c/ Royaume-Uni) et réaffirmée dans l'affaire *Pini et Bertani* (CEDH 22 juin 2004 requête n° 78028/01 Pini et Bertani c/ Roumanie, § 143 (Dalloz 2004 p. 3026 note J.-F. Renucci et I. Berro-Lefèvre, *Clunet* 2005 p. 519 obs. C. Renaut)) eut été d'un quelconque secours puisqu'elle n'intervient que pour pallier l'absence d'effectivité d'une vie familiale existante. Or, en l'espèce, le problème n'est pas tant lié à l'existence de la vie familiale qu'à son effectivité. Le cas se distingue donc de la situation de madame Cabalès parce que la reconnaissance par le Royaume-Uni de son mariage contracté sous l'empire du droit philippin résultait de l'accomplissement d'une formalité soumise au droit anglais.

développe une conception très large de la vie familiale embrassant la famille légitime, naturelle¹²⁸³ et adoptive¹²⁸⁴. Ainsi, une nouvelle fois, la Commission EDH intègre dans son raisonnement la position de l'ordre juridique dans lequel un individu souhaite se prévaloir de la situation constituée à l'étranger afin d'apprécier si elle peut, et dans quelle mesure, bénéficier d'une protection conventionnelle. Et, une nouvelle fois, la démarche apparaît éminemment contestable en ce que l'objet du contrôle intervient pour déclencher sa mise en œuvre. La vérification du respect des droits et libertés contenus dans la Convention est de la sorte biaisée puisque les juges européens confèrent à l'État la possibilité de restreindre la portée de la CEDH. Autant cette approche, sans être pleinement approuvée, peut se comprendre au titre de l'article 12 de la Convention, puisque l'exercice du droit de se marier et de fonder une famille dépend des droits nationaux, autant elle devient incompréhensible lorsque la disposition en cause reçoit classiquement une interprétation autonome. La prise en compte de l'extranéité de la situation pour la spécification de la vie familiale n'apparaît pas opportune et c'est indépendamment du droit de l'État requis que devrait s'apprécier l'existence et l'effectivité d'une vie familiale puisqu'il s'agit précisément de déterminer s'il n'a pas pour effet de l'entraver d'une manière disproportionnée.

La seconde décision offre une motivation différente et répond en partie aux critiques suscitées précédemment. Au grief de la requérante selon lequel le refus par les autorités néerlandaises de reconnaître l'adoption aux fins d'octroi d'une allocation emportait violation de son droit au respect des biens, la Commission EDH répond, par une formule générale, « *qu'en supposant même que les allocations en jeu puissent être regardées comme un droit pécuniaire au sens de l'article 1 du Protocole n° 1, la Commission considère que ni cette disposition, ni aucune autre ne garantit, en tant que telle, le droit à ce que des décisions d'une autorité judiciaire étrangère obtiennent un effet juridique immédiat dans un ordre juridique donné sans aucune forme de reconnaissance judiciaire dans cet ordre juridique* »¹²⁸⁵. Le débat se déplace alors sensiblement de l'incidence de l'absence de reconnaissance de la décision étrangère sur le

¹²⁸³ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 Marckx c/ Belgique, préc., § 31.

¹²⁸⁴ Commission 10 juillet 1975 requête n° 6482/74 A. H. c/ Pays-Bas ; la Commission affirme à cette occasion que les relations entre un adoptant et un adopté sont de même nature que les relations familiales protégées par l'article 8 de la Convention (voir également CEDH 22 juin 2004 requête n° 78028/01 Pini et Bertani c/ Roumanie, préc., § 140).

¹²⁸⁵ Commission 1^{er} juillet 1998 requête n° 34986/97 Akin c/ Pays-Bas : « *even assuming that the benefits at issue can be regarded as a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol n° 1, the Commission considers that neither this provision nor any other provision of the Convention guarantees, as such, a right that decisions by a foreign judicial authority obtain immediat legal effect in a given domestic jurisdiction without any form of judicial recognition in the latter legal order* ».

respect de l'un des droits garantis par la Convention à l'éventuelle consécration d'un droit à la reconnaissance immédiate dérivé des stipulations conventionnelles. Le caractère douteux de la recevabilité de la requête tant du point de vue de l'épuisement des voies de recours internes que du point de vue de l'applicabilité de l'article 1 du Protocole n° 1 souligne l'importance et la force d'une affirmation dont la Commission EDH aurait pu faire l'économie. Certes, le droit de l'État requis perd désormais son rôle de délimitation des notions conditionnant le contrôle des organes européens, mais il n'en demeure pas moins incontestable au regard de la CEDH. Peu importe l'effet substantiel de la décision étrangère puisque l'ordre juridique requis définit librement la résonance de ses implications en son sein. Au demeurant, il ne semble même pas nécessaire pour le respect de la Convention que l'État en cause offre la possibilité d'une reconnaissance dès lors qu'il existe une autre voie permettant l'exercice des droits et libertés qu'elle consacre. C'est ainsi que la Commission EDH n'a pas manqué de relever que, en l'espèce, la loi hollandaise accordait également le bénéfice de l'allocation aux personnes qui s'étaient entièrement substituées aux parents naturels pour l'entretien et l'éducation de l'enfant concerné. L'appréciation du comportement des États Parties s'effectue indépendamment de la situation créée à l'étranger, celle-ci ne devenant pertinente qu'à partir du moment où elle aura été reçue dans l'ordre juridique de l'État défendeur. La discontinuité des situations juridiques individuelles n'est donc pas justiciable de la Convention, aucune de ses stipulations ne garantissant, en tant que telle, un droit à la reconnaissance des décisions étrangères.

263. La nécessité d'une intervention de l'ordre juridique requis se trouve par conséquent consacrée. En soi, la solution ne s'expose pas à la critique du fait de l'impossibilité logique à ce qu'une norme émanant d'un souverain donné contraigne les organes d'un autre souverain¹²⁸⁶. En revanche, même réduite à ce seul élément, et parce qu'elle procède d'une vision étriquée de la question, elle demeure contestable. En effet, du point de vue de la Commission EDH, la normativité du jugement étranger doit emprunter la voie judiciaire. La précision ne s'imposait pas et semble interdire aux juges strasbourgeois toute prise en compte du phénomène juridictionnel étranger indépendamment d'une procédure judiciaire introduite dans l'État requis. Si une telle interprétation se confirmait, les individus n'auraient même pas l'opportunité de se prévaloir d'une décision bénéficiant d'une autorité immédiate devant les

¹²⁸⁶ H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, thèse dactyl. Caen, 1997, p. 87 et s., n° 91 et s..

organes de la Convention. Outre l'incohérence qui en résulterait, une discontinuité radicale des ordres juridique serait ainsi consommée.

264. En subordonnant la pertinence de l'effet substantiel de la décision étrangère à sa reconnaissance par l'État requis, la Commission EDH concède aux États Parties la faculté d'ignorer ce qui a été décidé à l'étranger. Pour regrettable qu'elle soit dans sa motivation, la solution n'empêche cependant pas les États de reconnaître l'effet substantiel des jugements étrangers. À cet égard, une précision complémentaire s'impose, car la faculté de reconnaissance n'est pas contenue dans celle de ne pas reconnaître.

B La singularité de la situation créée à l'étranger

265. Les effets d'un jugement étranger dans l'ordre juridique français ne dépendent pas de la valeur intrinsèque du jugement, mais du seul État requis. Leur normativité, c'est-à-dire leur aptitude à modifier l'ordonnement juridique par leur obligatorité entre les parties et leur opposabilité aux tiers, requiert la réception de la décision étrangère dans l'ordre juridique dans lequel elle est invoquée. En France, cette réception résulte de la régularité internationale de la décision étrangère dont les conditions correspondent à celles « *du présumé d'une règle de droit français dont la normativité en France du jugement étranger est l'effet juridique* »¹²⁸⁷. La décision étrangère puise sa normativité immédiate dans l'existence de cette règle générale, hypothétique et abstraite¹²⁸⁸. Par-là, l'ordre juridique requis reconnaît en son sein une norme individuelle qui, dans son contenu, peut se révéler fort éloignée de celle que ses tribunaux auraient consacrée s'ils avaient été directement saisis de la question¹²⁸⁹. Ainsi, des individus n'auront pas la possibilité de se prévaloir d'une norme, que le for applique pourtant par ailleurs, pour cette seule raison que leur situation n'a pas été constituée à l'étranger. N'est-ce pas là le révélateur d'une discrimination prohibée par la Convention dès lors que l'État admet dans certaines hypothèses ce qu'il refuse dans d'autres ? Le trouble s'accroît puisqu'en dehors des cas de fraude, la différence de traitement a vocation à concerner des nationaux du for.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, p. 109, n° 123.

¹²⁸⁸ Le souci d'assurer la continuité des situations juridiques individuelles en dépit des frontières rencontre néanmoins des limites puisque les décisions déclaratives patrimoniales sont dépourvues de normativité indépendamment de l'*exequatur*.

¹²⁸⁹ En dépit de la condition relative à la loi appliquée au fond par le juge étranger qui tend à réduire ces hypothèses on ne peut négliger les conséquences de l'effet atténué de l'ordre public.

Cependant, soucieuse de ne pas entraver les efforts de coordination des ordres juridiques et de permettre le plus large accueil possible des décisions étrangères, la Cour a désamorcé la critique en affirmant, dans l'affaire *Johnston contre l'Irlande*¹²⁹⁰, le défaut d'analogie entre les relations purement internes et les relations privées internationales constituées à l'étranger.

266. En l'espèce, les requérants n'avaient pas la possibilité de se marier puisque l'un d'eux était encore lié par une précédente union. En effet, à l'époque, la Constitution irlandaise interdisait le divorce de manière absolue, peu important les circonstances particulières dans lesquelles se trouvaient les requérants¹²⁹¹. Ils s'estimaient donc victimes d'une discrimination prohibée puisque d'autres personnes résidant en Irlande et disposant des fonds nécessaires pouvaient obtenir un divorce à l'étranger reconnu *de facto* ou *de jure* en Irlande. Par conséquent, l'interdiction du divorce n'affecte pas les irlandais domiciliés à l'étranger au moment de l'introduction de la procédure. Dans son opinion séparée, le juge de Meyer remarque que « *cet état de choses contredit fâcheusement la validité absolue du principe de l'indissolubilité du mariage en ce qu'ainsi ce principe ne paraît digne d'être observé qu'en Irlande même et pas ailleurs* ». Poursuivant son raisonnement, il conclut alors que « *la distinction ainsi faite entre les irlandais selon qu'ils sont domiciliés en Irlande même ou ailleurs (...) paraît manquer de justification objective et raisonnable* ». L'analyse, qui tend à restreindre la latitude des États en matière de réception des décisions étrangères et corrélativement à promouvoir le cloisonnement des ordres juridiques, embarrasse par sa pertinence. Comment, en effet, justifier une telle différence de traitement dans la mesure où elle peut concerner les nationaux ? Faudrait-il alors distinguer les rapports entre nationaux, d'une part, et ceux entre étrangers, d'autre part ? Que dire alors des rapports mixtes ? Afin d'éviter de trop subtiles distinctions, la majorité de la Cour a opté pour une solution plus rassurante du point de vue des objectifs du droit international privé. Rappelant que « *selon les principes généraux du droit international privé irlandais, les divorces prononcés à l'étranger ne sont reconnus en Irlande que si les ont obtenus des personnes "domiciliées" à l'étranger* »¹²⁹² et constatant qu'il n'est pas établi « *qu'il en aille autrement en pratique* »¹²⁹³, la Cour estime qu' « *on ne saurait considérer comme analogues la situation de telles*

¹²⁹⁰ CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82 *Johnston et autres c/ Irlande*.

¹²⁹¹ Les concubins avaient eu une fille et Monsieur Johnston avait conclu plusieurs accords avec son épouse par lesquels ils organisaient leur séparation.

¹²⁹² CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82 *Johnston et autres c/ Irlande*, § 60.

¹²⁹³ *Ibidem*.

personnes et celle des deux premiers requérants »¹²⁹⁴. En d'autres termes, les relations purement internes¹²⁹⁵ et les relations privées internationales constituées à l'étranger ne sont pas comparables et par voie de conséquence les différences dans leur traitement ne relèvent pas des stipulations conventionnelles. La distinction ainsi opérée n'est pas une discrimination.

267. La Cour reconnaît donc la spécificité des situations sur lesquelles un juge étranger s'est déjà prononcé. Pour autant, et une nouvelle fois, elle ne donne guère d'explication sur ce qui sépare radicalement les deux catégories de situations. Si la Cour prend soin de mentionner que l'Irlande ne reconnaît pas tous les divorces prononcés à l'étranger, mais seulement ceux obtenus par des personnes domiciliées à l'étranger, elle semble implicitement élever le domicile au rang des critères pertinents de distinction entre les situations purement internes et celles constituées à l'étranger. Néanmoins, la mention du domicile n'a pas de valeur dogmatique et apparaît davantage comme une simple référence au droit de l'État défendeur. Ainsi, la Cour semble laisser aux États une grande latitude pour déterminer ces situations qui peuvent faire l'objet d'un traitement différent eu égard à leur spécificité. Ceux qui tiennent des droits d'une décision étrangère, régulière du point de vue de l'ordre juridique du for, ne sont pas dans une situation analogue à ceux qui ne peuvent obtenir ces mêmes droits d'un juge du for.

268. La Cour évite alors de s'aventurer dans un contrôle de proportionnalité qui, le cas échéant, se révélerait particulièrement gênant pour la continuité des situations privées internationales. Les États ne sont donc pas enfermés dans le choix de la rupture. S'ils ont la possibilité de refuser des effets immédiats aux décisions de justice étrangères, ils ont également la possibilité de les accepter sans encourir le grief de discrimination. Par-là, ils jouissent d'une faculté de reconnaissance du fait juridictionnel étranger. Cependant, les dispositions de la CEDH se trouvent peut-être sous-exploitées en la matière et apparaissent dans une certaine mesure en retrait par rapport aux évolutions du droit international privé. Une lecture constructive de la Convention, qui commence à poindre dans la jurisprudence de la Cour¹²⁹⁶, permettrait de franchir un pallier supplémentaire en nourrissant l'espoir d'une obligation et non plus d'une simple faculté de reconnaissance *de plano* des jugements étrangers.

¹²⁹⁴ *Ibidem.*

¹²⁹⁵ Et, par extension, les relations privées internationales constituées dans le for puisque les juges strasbourgeois les assimilent aux relations purement internes au titre de l'article 14 de la Convention (cf. *supra* n° 190 et s.).

¹²⁹⁶ CEDH 6 mai 2004 requête n° 70807/01 Monique, Oriane et Lilian Hussin c/ Belgique.

§ II L'esquisse d'une obligation de reconnaissance *de plano*

269. Selon des motivations différentes, le libéralisme caractérise l'évolution des règles relatives à la reconnaissance des jugements étrangers. Les règlements communautaires les plus récents consacrent la reconnaissance de plein droit des décisions rendues par un juge d'un État membre de l'Union en matière civile et commerciale¹²⁹⁷, en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs¹²⁹⁸ ou encore en matière d'insolvabilité¹²⁹⁹. L'amélioration de la circulation des jugements dans l'espace communautaire qui en résulte illustre une tendance lourde du droit international privé contemporain¹³⁰⁰. Le droit français, par exemple, admet également l'autorité de plein droit des décisions étrangères au bénéfice des décisions constitutives, d'état et de capacité. Seules les décisions déclaratives patrimoniales demeurent en dehors du mouvement de libéralisation.

Pour l'essentiel, deux considérations soutiennent la promotion de la reconnaissance *de plano* : d'une part, favoriser le traitement uniforme des relations privées internationales et d'autre part, concrétiser la confiance mutuelle que se doivent les États dans le domaine de la justice, l'une et l'autre favorisant la cohérence et l'harmonie de l'ordre international. Néanmoins, parce qu'elles ont davantage une valeur explicative qu'une valeur déductive elles ne permettent pas l'élaboration de règles précises. Ainsi, l'exigence d'un traitement uniforme des relations privées internationales reste insuffisante à vaincre la résistance de la Cour de cassation à l'égard des décisions déclaratives patrimoniales. De la même manière, si impérieuse et nécessaire qu'elle soit au sein d'un espace aussi intégré que la communauté européenne, la confiance mutuelle que se doivent les États dans le domaine de la justice n'empêche pas les tensions, si bien que leur droit commun et ses éventuelles imperfections du point de vue de la coordination ont vocation à régir un grand nombre de domaines et de questions délibérément exclues des différents textes communautaires pertinents¹³⁰¹. Afin de tirer toutes les conséquences utiles des deux déterminants de la reconnaissance de plein droit,

¹²⁹⁷ Telle que définie par le règlement du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

¹²⁹⁸ Au sens du règlement du Conseil n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs.

¹²⁹⁹ Au sens du règlement du Conseil n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

¹³⁰⁰ Voir encore l'évolution en cours à la Conférence de droit international de La Haye à travers la Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants du 19 octobre 1996 (article 23-1).

¹³⁰¹ D'une manière générale, voir A.-M. LEROYER, E. JEULAND (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004.

il est indispensable qu'ils trouvent leur expression dans une norme. Or, bien qu'il n'existe aucune jurisprudence très explicite en ce sens, il semble que la Convention européenne des droits de l'homme puisse constituer cette norme. L'obligation de reconnaître de plein droit les jugements étrangers pourrait soit se rattacher à l'exigence d'une coopération juridique entre les États Parties dans les matières couvertes par la Convention (A), soit dériver, par ricochet, des dispositions substantielles de la Convention (B). Le contrôle de la régularité internationale des décisions étrangères n'interviendrait plus qu' *a posteriori*.

A L'hypothèse d'un droit direct à la reconnaissance *de plano*

270. En tant que telle, l'existence d'une décision de justice plaide pour sa reconnaissance de plein droit. Son origine officielle et son caractère individuel constituent pour les personnes une base de prévision sur laquelle elles ont réglé leur comportement¹³⁰². Admettre son efficacité *de plano* et renoncer à tout contrôle *a priori* c'est évidemment prendre le risque d'introduire dans un ordre juridique donné une norme reflétant les injustices potentielles, de fond ou procédurales, du système étranger d'où elle émane.

La suspicion envers l'étranger est néanmoins une attitude dépassée¹³⁰³. Dès 1897, le comte de Vareilles-Sommières¹³⁰⁴ soulignait avec justesse que « *la crainte que les tribunaux étrangers soient dépourvus de savoir et d'équité est chimérique, et injuste pour les magistrats de toutes les Nations* »¹³⁰⁵. À cet égard, l'introduction d'une distinction entre les États suivant leur degré de développement apparaît comme une solution d'une opportunité douteuse et « *politiquement impossible* »¹³⁰⁶. L'efficacité immédiate des jugements étrangers associée à la possibilité d'ouvrir une instance, y compris à titre principal, aux fins de vérifier leur régularité internationale réalisent dès lors un équilibre très satisfaisant entre le souci de promouvoir la

¹³⁰² B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} édition, 2000, p. 385, n° 441 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 264, n° 365 ; H. MUIR WATT, *Effets en France des décisions étrangères*, Jurisclasseur, 1990, Fasc. 584-1 (jurisclasseur droit international), p. 4, n° 2.

¹³⁰³ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 264, n° 365. Au demeurant, il y a quelque chose d'illogique à brandir le risque d'une injustice en acceptant les effets de plein droit des jugements étrangers alors que l'ordre juridique français tolère en son sein le mal jugé puisque l'autorité de chose jugée est acquise indépendamment de la régularité de la décision !

¹³⁰⁴ DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse du droit international privé*, Cujas, 1972 (réédition de l'édition de 1897).

¹³⁰⁵ DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 22, n° 681 (tome II). Voir, au contraire, l'opinion développée par Bartin dans ses *Principes de droit international privé* où l'éminent auteur se refuse à accepter l'efficacité internationale des décisions de justice hormis l'hypothèse, étroitement circonscrite au demeurant, mise en lumière par l'arrêt *Bulkley* (É. Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Tome I, Domat-Montchrestien, 1930, p. 502 et s., § 193).

¹³⁰⁶ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 264, n° 365.

coordination des ordres juridiques et la nécessité de refouler les solutions par trop iniques. Les décisions de justice étrangères bénéficient donc de l'autorité de chose jugée et déploient leurs effets substantiels dès leur prononcé, à l'exception des jugements déclaratifs patrimoniaux pour lesquels une procédure judiciaire préalable s'impose encore. L'idée sous-jacente est que leur autorité ne présente aucun intérêt en soi. Le plus souvent, les individus en requièrent uniquement l'exécution, forcée le cas échéant. Or, pour l'obtenir, l'*exequatur* préalable est nécessaire. Plusieurs objections sont de nature à affaiblir cet exposé. D'une part, il paraît erroné de soutenir que les parties ne poursuivent que l'exécution forcée de telles décisions. De nombreuses hypothèses identifiées par la doctrine¹³⁰⁷ mettent en relief l'utilité qui s'attacherait à la reconnaissance immédiate de leur effet substantiel et de l'autorité de la chose jugée. D'autre part, les contours de la catégorie des jugements déclaratifs sont mal assurés, si bien que certains relativisent fortement sa spécificité, car toute décision de justice possède, à des degrés divers, un effet constitutif¹³⁰⁸. Enfin, en dépit de leur nature, elles demeurent des décisions de justice et devraient dès lors appeler davantage de respect, d'autant plus que la Convention européenne des droits de l'homme apparaît comme la meilleure garantie de l'œuvre judiciaire et de la présomption de sérieux qui s'y rattache.

271. Ainsi, en reprenant les réflexions de M. Franz Matscher relatives à ce thème¹³⁰⁹, il est permis de se demander si l'article 6 de la CEDH ne pourrait pas fonder un droit à la reconnaissance au profit des particuliers ou plus exactement, puisqu'il est établi que l'intervention de l'ordre juridique requis est une nécessité, une obligation pour les États Parties d'accepter immédiatement les effets substantiels des jugements étrangers. Pour cela, deux voies sont envisageables.

272. La première consiste, selon une démarche classique depuis l'arrêt *Golder contre le Royaume-Uni*¹³¹⁰, à étendre les garanties substantielles de l'article 6 § 1 de la Convention lu dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité. Éclairé par le préambule, singulièrement son alinéa 5¹³¹¹ qui fait référence à la prééminence du droit et à la garantie

¹³⁰⁷ Voir, par exemple, P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 292, n° 401.

¹³⁰⁸ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. 90, n° 10.10.

¹³⁰⁹ F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 222.

¹³¹⁰ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*.

¹³¹¹ « Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à

collective¹³¹², le droit au procès équitable engloberait l'obligation pour les États Parties d'accepter les effets des jugements étrangers. Pour paraphraser la Cour, on ne comprendrait pas, en effet, que l'article 6 consacre le droit d'accès à un juge, décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours, assure le droit d'obtenir une décision sur le fond et qu'il ne protège pas ce qui seul permet finalement d'en bénéficier : la reconnaissance par l'autorité publique de la modification de la situation juridique des plaideurs contenue dans le jugement. À défaut, l'article 6 ne présenterait guère d'intérêt et pourrait rester lettre morte. Une vision concrète et effective du droit au procès équitable appuie une telle interprétation¹³¹³, car il apparaîtrait illusoire si un État avait la possibilité d'ignorer, même temporairement¹³¹⁴, ce qui a été jugé, y compris à l'étranger. Pour l'heure, la Cour ne semble pas disposée à se prononcer sur cette éventualité ainsi que l'atteste la décision *Hussin contre la Belgique*¹³¹⁵.

En l'espèce, les requérantes estimaient que leurs demandes d'*exequatur* n'avaient pas été entendues équitablement ni dans un délai raisonnable par les tribunaux belges. En outre, elles considéraient que le refus d'*exequatur* des décisions obtenues en Allemagne avait constitué, en tant que tel, une violation des droits garantis par l'article 6 de la Convention, et notamment du droit à un procès équitable. Alors qu'elles invitaient clairement la Cour à statuer sur trois problèmes distincts, la juridiction strasbourgeoise a éludé le dernier en profitant de son apparente proximité avec le premier. Elle s'est en effet contentée de relever que les requérantes avaient bénéficié d'une procédure contradictoire au cours de laquelle elles avaient pu présenter tous les arguments qu'elles avaient jugés utiles à la défense de leur cause pour conclure au caractère équitable de la procédure, prise dans son ensemble. D'une telle motivation, il paraît difficile d'inférer une quelconque prise de position de la Cour quant à l'enrichissement matériel de l'article 6.

prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration universelle ».

¹³¹² Dont M. Matscher estime qu'elle énonce « une obligation de coopération juridique entre les États dans les matières couvertes par la Convention » (*loc. cit.*, p. 222). Sur ce point, la position de l'ancien juge apparaît pour le moins isolée (cf. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Collection Droit Fondamental, 7^{ème} édition refondue, 2005, p. 63 et s., n° 44 et T. VAN BOVEN, « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in Pettiti L.-E., Decaux E., Imbert P.-H., *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 131 et s., qui relie la notion de garantie collective à la nature de la Convention et au système de contrôle mis en place).

¹³¹³ Cf. F. MATSCHER, *loc. cit.*, p. 222 : « Même à défaut d'une jurisprudence expresse en la matière, le minimum qu'on puisse dire d'une telle argumentation est qu'elle n'est pas indéfendable ».

¹³¹⁴ En effet, la méconnaissance de la décision étrangère ou de ses effets substantiels ne saurait être que temporaire puisque, en toute hypothèse, l'État offre une procédure permettant leur réception dans son ordre juridique. Néanmoins, ainsi que la Cour l'a énoncé dans son arrêt *Golder*, « une entrave à l'exercice d'un droit peut porter atteinte à ce droit même si elle revêt un caractère temporaire » (CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder c/ Royaume-Uni*, préc., § 26).

¹³¹⁵ CEDH 6 mai 2004 requête n° 70807/01 Monique, Oriane et Lilian Hussin c/ Belgique.

273. La seconde participe d'une même logique et s'attache à donner tout son effet utile à la jurisprudence *Hornsby*¹³¹⁶ aux termes de laquelle « l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit (...) être considérée comme faisant partie intégrante du procès équitable au sens de l'article 6 »¹³¹⁷. Si, à l'évidence, l'affirmation laisse présager une influence importante sur le terrain des voies d'exécution, il serait regrettable de la cantonner au seul domaine de l'exécution forcée. Au-delà de l'exécution au sens strict, c'est bien l'effectivité de toutes les décisions de justice que la Cour européenne des droits de l'homme a entendu garantir. Or, nombre d'entre elles renferment des obligations insusceptibles d'exécution forcée dans la mesure où leur effet se réalise indépendamment de la volonté des plaideurs. La modification de la situation juridique qu'elles contiennent s'opère *in rem* sans qu'il soit nécessaire de vaincre la résistance de la partie succombante. Ainsi, lorsqu'un juge prononce un divorce, la dissolution du lien matrimonial s'impose quelle que soit la conviction des plaideurs à cet égard. Voilà une décision insusceptible d'exécution forcée, mais dont l'effectivité n'en est pas moins capitale. Doit-elle pour cela seul demeurer en dehors des prévisions de l'article 6 tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg ? Assurément non, et c'est la raison pour laquelle il convient de ne pas avoir une lecture trop étriquée de la jurisprudence *Hornsby*.

La Cour européenne des droits de l'homme abonde d'ailleurs en ce sens en affirmant que ce n'est que lorsque « le droit revendiqué trouve sa réalisation effective qu'il y a détermination d'un droit de caractère civil au sens de l'article 35 § 1 de la Convention » pour en déduire que la procédure en cause « a donc pris fin par l'exécution du jugement, à savoir la transcription de la décision au service de l'état civil (...) »¹³¹⁸. Or, préciser que la transcription d'un jugement en marge des actes de l'état civil s'apparente à son exécution participe bien d'une conception élargie de l'exécution, car à proprement parler l'officier d'état civil ne fait qu'enregistrer la modification de l'ordonnancement juridique réalisée par le jugement¹³¹⁹, obligatoire entre les parties et opposable aux tiers. En d'autres termes, il ne

¹³¹⁶ CEDH 19 mars 1997 requête n° 18357/91 *Hornsby c/ Grèce*, précité.

¹³¹⁷ *Ibid.*, § 40.

¹³¹⁸ CEDH 15 juillet 2003 requête n° 50344/99 *E. R. c/ France*, § 23 ; voir également, CEDH 17 décembre 2002 requête n° 44963/98 *Adouch c/ France*.

¹³¹⁹ H. MUIR WATT, *op. cit.*, p. 17, n° 69. La Cour de cassation, au demeurant, n'exige pas un *exequatur* préalable dans cette hypothèse (Civ. 1^{ère} 23 septembre 1989 de *Talancé c/ Conlon RCDIP* 1990 p. 352 obs. P. Mayer) alors qu'elle l'impose si le jugement doit « donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes » (Req. 3 mars 1930 *Hainard*, préc.). La force exécutoire ne présenterait d'ailleurs guère d'intérêt, l'officier d'état civil n'ayant pas la qualité de partie (J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé. Tome VI. Le conflit des autorités. Le conflit des juridictions*, Sirey, 1949, p. 35, n° 1918). Seule une action en injonction permet de vaincre son éventuelle résistance.

s'agit pas de procéder à son exécution, mais de tirer les conséquences de son effet substantiel, et, du point de vue de la CEDH, le droit à l'exécution des jugements ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, protège l'un comme l'autre. D'une manière générale, le droit au procès équitable obligerait les États Parties à reconnaître l'efficacité substantielle des décisions de justice, y compris, une fois encore, étrangères, et à en tirer toutes les conséquences, c'est-à-dire accepter une modification de son ordonnancement juridique et, le cas échéant, prêter son concours à leur réalisation effective ou à tout le moins prévoir des règles le permettant. Bien que la Cour ait réservé la question dans l'affaire *Sylvester*¹³²⁰, dans la mesure où elle n'était pas spécifiquement appelée à décider si la jurisprudence *Hornsby* s'étendait à la reconnaissance d'une décision de justice étrangère, elle n'a manifesté aucune hostilité envers une telle éventualité. À défaut d'une prise de position expresse, elle n'a en effet pas manqué de rappeler « *que l'article 6 a été également considéré comme applicable dans une procédure tendant à déclarer exécutoire un jugement d'une Cour ecclésiastique relatif à l'annulation d'un mariage* »¹³²¹.

274. Pour chacune des deux hypothèses, la présomption de sérieux de la fonction judiciaire et la confiance mutuelle que doit inspirer la justice est sous-jacente à la reconnaissance de plein droit. Les garanties d'équité, de publicité et de célérité constituent un gage de bonne justice et il n'existe pas de raisons vraiment convaincantes pour redouter l'inaptitude de la justice étrangère à les observer. Par ailleurs, les incidences de l'article 6 de la Convention en matière de compétence internationale atténuent fortement le risque que la décision dont la reconnaissance est sollicitée émane d'un juge incompétent. Ainsi, en évitant les abus de compétence et en encadrant le déroulement de la procédure dans l'instance directe¹³²², la CEDH appuie une présomption de régularité internationale¹³²³ des décisions étrangères qui justifierait la reconnaissance *de plano* davantage qu'elle n'en découlerait. Par conséquent,

¹³²⁰ CEDH 9 octobre 2003 requête n° 54640/00 *Sylvester c/ Autriche*.

¹³²¹ CEDH 9 octobre 2003 requête n° 54640/00 *Sylvester c/ Autriche* : « *However, it reiterates that Article 6 was also considered to be applicable in proceedings to have a judgment of the ecclesiastical courts, concerning the annulment of a marriage, declared enforceable. The Court sees no reason to reach a different conclusion in the present case* ».

¹³²² Régularité que l'on pouvait déjà légitimement présumer, car, pour raisonner sur l'exemple français, la fraude ne se présume pas et la théorie de l'équivalence relativise la coïncidence fortuite du respect par la décision étrangère de la règle de conflit française (H. MUIR WATT, *op. cit.*, p. 18 et s., n° 107). *Contra*, voir l'opinion de MM. Mayer et Heuzé qui estiment qu'une telle présomption ne saurait exister dans la mesure où les conditions de régularité sont le fait du for et donc que leur respect par les décisions étrangères ne peut être que fortuit (P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 309, n° 433).

¹³²³ Sur les incidences procédurales d'une présomption de régularité, notamment quant à l'office du juge de l'*exequatur*, cf. H. MUIR WATT, « Remarques sur les effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'*exequatur* », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 308 et s..

l'article 6 de la Convention, que la reconnaissance de plein droit procède d'une garantie expresse ou d'une conception compréhensive de la notion d'exécution, évincerait tout contrôle *a priori*. De ce point de vue, l'objet de l'instance en *exequatur*, quelle que soit sa finalité, se limiterait à la contestation de la régularité internationale de l'ensemble des décisions étrangères, y compris déclaratives patrimoniales.

275. Cependant, deux obstacles se dressent à l'encontre d'une telle interprétation.

Eu égard à son substrat, d'une part, seules les justices soumises à l'influence de la CEDH sont susceptibles d'inspirer une confiance sereine. Les États tiers au Conseil de l'Europe ne se sont nullement engagés à garantir aux personnes relevant de leur juridiction les droits et libertés inscrits dans la Convention, si bien que le risque de reconnaître de plein droit un jugement imparfait est plus élevé non seulement du point de vue du droit au procès équitable, mais également sur le fond, puisqu'ils sont étrangers au patrimoine d'idéal et de valeur commun aux États Parties. Ainsi, contrairement à l'opinion émise par M. Franz Matscher¹³²⁴ à cet égard, l'obligation de reconnaître les jugements étrangers *de plano* paraît s'imposer avec moins de force lorsqu'ils émanent d'États non parties à la Convention européenne des droits de l'homme. Cette fragilité pourrait, même si cela semble bien improbable, amener une discrimination entre les jugements selon le pays d'où ils proviennent provoquant alors une grave régression dans la coordination des ordres juridiques.

D'autre part et surtout, l'interprétation proposée se heurte à l'actuelle lecture de la Convention en cette matière fixée par la Commission EDH dans sa décision *Akin*¹³²⁵. Précisant en effet à cette occasion qu'aucune disposition de la Convention « *ne garantit, en tant que telle, le droit à ce que des décisions d'une autorité judiciaire étrangère obtiennent un effet juridique immédiat dans un ordre juridique donné sans aucune forme de reconnaissance judiciaire*

¹³²⁴ De son point de vue (« Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 211), « pour pouvoir donner une réponse affirmative à cette question, on devrait lire l'article 6 alinéa 1 de la Convention dans le sens qu'il ne se limiterait pas à garantir le droit d'accès aux tribunaux des États membres et à une procédure conforme à cette disposition mais qu'il obligerait aussi les États contractants à accepter les effets d'un jugement étranger obtenu dans une procédure conforme à la Convention dans un autre État (contractant ou non) » (p. 222).

¹³²⁵ Commission 1^{er} juillet 1998 requête n° 34986/97 *Akin c/ Pays-Bas* ; en attendant le dénouement de l'affaire *Singh* qui pose à la Cour la question de la valeur des jugements étrangers au regard de la Convention (pour l'instant, la Cour n'a rendu qu'une décision de recevabilité, CEDH 3 septembre 2002 requête n° 60148/00 *Pavittar Singh et autres c/ Royaume-Uni*). Notons que la Cour a déjà manqué l'occasion de se prononcer sur ce problème également soulevé dans l'affaire *Wallon* ; curieusement, il n'en est fait aucunement mention dans l'arrêt (CEDH 31 mars 2005 requête n° 61517/00 *Wallon c/ France*) alors qu'il était clairement formulé dans la décision partielle sur la recevabilité (CEDH 24 septembre 2002 requête n° 61517/00 *Wallon c/ France*).

dans cet ordre juridique »¹³²⁶, elle ne laisse guère subsister d'espoir quant au recours au droit à un procès équitable. En revanche, sa position n'exclut pas une consécration incidente et ponctuelle d'une obligation de reconnaissance immédiate des effets substantiels d'une décision étrangère sans égard, cette fois, pour son origine.

B L'émergence d'un droit indirect à la reconnaissance *de plano*

276. À défaut de pouvoir identifier au sein de la Convention une stipulation propre à fonder un droit pour les individus à la reconnaissance des décisions étrangères se rapportant à leur situation, il semblerait que l'État requis n'encourt aucune responsabilité. Cependant, le refoulement des méthodes et de la logique du droit international privé n'est pas à redouter. La CEDH, sous l'impulsion de la Cour, exerce en effet une influence indirecte, plus ou moins marquée, au soutien du respect par les États Parties de ce qui a été décidé à l'étranger. Les apports de la Convention restent à l'heure actuelle discrets quoique certains. Ils pourraient à l'avenir se révéler plus radicaux par le biais du mécanisme de la protection par ricochet.

277. L'appui de la CEDH au droit international privé brille tout particulièrement dans le contentieux des déplacements transfrontières d'enfants effectués au mépris du jugement ayant fixé les droits et les devoirs des parents relativement à la garde¹³²⁷. La Cour envisage de telles affaires sous l'angle de l'article 8 et des obligations positives qui lui sont inhérentes dont elle affirme très classiquement qu'ils impliquent « *le droit d'un parent à des mesures propres à le réunir à son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre* »¹³²⁸. Lorsque la situation présente un élément d'extranéité, la juridiction strasbourgeoise met en œuvre un contrôle identique et ne manque pas de l'adapter aux caractéristiques propres à l'internationalité du cas. Elle intègre en effet dans son raisonnement les fruits de la coopération interétatique et considère en conséquence que « *les obligations positives que l'article 8 de la Convention fait peser sur les États contractants en matière de réunion d'un*

¹³²⁶ Commission 1^{er} juillet 1998 requête n° 34986/97 Akin c/ Pays-Bas : « *any (...) provision of the Convention guarantees, as such, a right that decisions by a foreign judicial authority obtain immediat legal effect in a given domestic jurisdiction without any form of judicial recognition in the latter legal order* ».

¹³²⁷ Le terme doit être entendu au sens de la Convention du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (article 5-a : « *le "droit de garde" comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant et en particulier celui de décider de son lieu de résidence* » ; article 5-b : « *le "droit de visite" comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle* »).

¹³²⁸ CEDH 23 septembre 2003 requête n° 36141/97 Sophia Gudrun Hansen c/ Turquie, § 97 ; CEDH 23 septembre 1994 requête n° 19823/94 Hokkanen c/ Finlande, § 55 ; CEDH 22 juin 1989 requête n° 11373/85 Eriksson c/ Suède, § 71.

parent à son enfant doivent s'interpréter à la lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international des enfants (...) dont l'article 7 dresse une liste de mesures à prendre par les États pour assurer le retour immédiat des enfants »¹³²⁹. La référence aux travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé apparaît d'autant plus remarquable qu'elle semble s'imposer même si l'État défendeur n'est pas Partie à la Convention sollicitée, la circonstance inverse ne constituant aux yeux de la Cour qu'un argument *a fortiori* de rang subsidiaire¹³³⁰. L'orientation actuelle de la Cour est encore plus significative dans la mesure où l'appel à la Convention de La Haye se justifie au motif que « *la Convention doit s'appliquer en accord avec les principes du droit international* »¹³³¹. Dès lors, que la Convention du 25 octobre 1980 soit opposable à l'État défendeur devient simplement indicatif¹³³².

278. C'est dans ce contexte que, de manière incidente, la Cour a précisé, à l'occasion de l'affaire *Ignaccolo-Zenide contre la Roumanie*¹³³³, qu'un État ne pouvait impunément méconnaître les prescriptions d'une décision étrangère.

Consécutivement à leur divorce, la Cour d'appel de Metz, par un arrêt du 28 mai 1991, avait confié aux parents l'autorité parentale conjointe sur leurs deux filles, fixé leur résidence chez la requérante et attribué un droit de visite et d'hébergement au père. Ce dernier ne se conforma pas à la décision et emmena les enfants aux États-Unis d'Amérique. Saisies par la mère, les juridictions américaines accordèrent l'*exequatur* à la décision française et exigèrent le retour immédiat des enfants en France. Son ex-époux se déroba une nouvelle fois aux ordres de la justice et s'installa en Roumanie. Le 14 décembre 1994, le Tribunal de première instance de Bucarest rendit une ordonnance en référé prescrivant le retour sans délai des enfants auprès de leur mère en se fondant directement sur les décisions française et

¹³²⁹ CEDH 26 juin 2003 requête n° 48206/99 Maire c/ Portugal, § 72 ; CEDH 29 avril 2003 requête n° 56673/00 Iglesias Gil et A.U.I. c/ Espagne, § 51 ; CEDH 30 janvier 2001 requête n° 54429/00 Couderc c/ République Tchèque ; CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie, § 95.

¹³³⁰ Tant la structure du raisonnement utilisé que la formule employée par la Cour sont particulièrement éclairantes à cet égard. Elle affirme en premier lieu que l'article 8 de la Convention doit, en cette matière, être lu à la lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 pour énoncer seulement en second lieu qu'« *il en va d'autant plus ainsi (...) que l'État défendeur est également partie à cet instrument* » (CEDH 30 janvier 2001 requête n° 54429/00 Couderc c/ République Tchèque ; CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie, § 95).

¹³³¹ CEDH 26 juin 2003 requête n° 48206/99 Maire c/ Portugal, § 72 ; CEDH 15 mai 2003 requête n° 4783/03 Paradis et autres c/ Allemagne ; CEDH 29 avril 2003 requête n° 56673/00 Iglesias Gil et A.U.I. c/ Espagne, § 51.

¹³³² CEDH 26 juin 2003 requête n° 48206/99 Maire c/ Portugal, § 76 ; CEDH 29 avril 2003 requête n° 56673/00 Iglesias Gil et A.U.I. c/ Espagne, § 56.

¹³³³ CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie.

américaine¹³³⁴. Cependant, l'exécution de l'ordonnance n'eut jamais lieu. Par la suite, la Cour d'appel de Bucarest attribua l'autorité parentale exclusive au père par une décision irrévocable du 28 mai 1998 méconnaissant ainsi ouvertement le contenu de la décision française.

Afin de déterminer si les autorités roumaines avaient pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles pour assurer le respect du droit à la vie familiale de la requérante, le gouvernement défendeur soutenait que son obligation était née de la réception de la décision française et avait pris fin avec l'arrêt de la Cour d'appel de Bucarest rendu le 28 mai 1998. La Cour de Strasbourg ne s'est toutefois pas ralliée à ce point de vue, car, « *bien que l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, il faut que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte comme il se doit les intérêts protégés par l'article 8* »¹³³⁵. Or, d'une part, ni la requérante ni un représentant de celle-ci n'assistèrent au prononcé de l'arrêt de la Cour d'appel de Bucarest du 28 mai 1998, lequel ne lui fut d'ailleurs pas notifié, et, d'autre part la requérante n'a comparu à aucune des audiences organisées dans le cadre de la procédure qui a abouti à la décision en cause. Partant, cette dernière ne méritait nulle considération et ne pouvait avoir eu pour effet de mettre un terme aux obligations positives incombant au gouvernement en vertu de l'article 8 de la CEDH. Au demeurant, au titre de son article 16, la Convention du 25 octobre 1980 n'offrait pas aux juridictions roumaines la faculté de statuer sur le fond du droit de garde. Pour cela, il aurait fallu établir que les conditions pour un retour de l'enfant n'étaient pas réunies ou qu'il s'était écoulé une période raisonnable sans qu'une demande en application de la Convention ait été faite¹³³⁶. Certes, la juridiction strasbourgeoise ne convoque pas explicitement la raison et les mécanismes du droit international privé au soutien de sa conclusion, montrant ainsi une sobriété et une frilosité regrettables, mais elle parvient à un résultat similaire, soit l'obligation pour l'État de respecter l'efficacité substantielle d'une décision de justice étrangère. Par cette voie détournée, elle ouvre une brèche dans le raisonnement tenu naguère par la Commission EDH à l'occasion d'une décision *S. contre le Royaume de Suède*¹³³⁷, laquelle avait formellement exclu d'exercer un contrôle dans cette

¹³³⁴ Ainsi que le permet l'article 14 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

¹³³⁵ CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie, § 99.

¹³³⁶ D'ailleurs, saisi à l'initiative du père d'une demande d'attribution exclusive de l'autorité parentale, le Tribunal de Metz a refusé de reconnaître le jugement roumain ayant accédé à une telle demande en tant qu'émanant d'un juge internationalement incompétent.

¹³³⁷ Commission 20 décembre 1957 requête n° 172/56 S. c/ Suède.

hypothèse. En l'espèce, en admettant la décision de divorce tout en rejetant les éléments relatifs à la garde de l'enfant, la Cour suprême de Stockholm avait reconnu une partie seulement du jugement polonais dont le requérant souhaitait se prévaloir. Du point de vue de ce dernier, elle aurait ainsi procédé à une mauvaise application du droit international privé suédois et commis, par conséquent, une erreur de droit. De façon assez lapidaire, la Commission EDH a rejeté la requête pour défaut manifeste de fondement en rappelant simplement que, aux termes de l'ancien article 19 de la Convention, elle n'était pas compétente pour connaître des erreurs de fait ou de droit commises par les juridictions des États Parties à moins que de telles erreurs n'aient entraîné une atteinte à l'un des droits et libertés conventionnellement garantis. Sans autre justification, elle a donc considéré que la méconnaissance d'une partie des effets substantiels du jugement étranger ne s'analysait pas en une violation de la CEDH. Sans remettre en cause expressément cette conclusion, la Cour réussit à la neutraliser, même si la manière apparaît bien peu satisfaisante. La logique ne commandait peut-être pas la retenue manifestée par les organes de la Convention, car certaines de ses méthodes d'interprétation leur permettaient de lui faire produire des effets plus sensibles dans le domaine de la reconnaissance, bien que, faut-il le rappeler, elle ne garantisse pas, en tant que telle, un droit à la reconnaissance immédiate des effets d'un jugement émanant d'un autre ordre juridique.

279. La Cour affirme en effet de façon très nette qu'elle ne saurait, sous couvert d'une interprétation évolutive, dégager de la Convention et de ses protocoles un droit qui n'y a pas été inséré au départ¹³³⁸, particulièrement quand il s'agit d'une omission délibérée¹³³⁹. Pourtant, nombreux sont les exemples où elle a néanmoins étendu la protection de certaines dispositions à des domaines non expressément protégés par elles. Par une voie détournée, la Cour a exercé son contrôle dans des matières *a priori* étrangères à la Convention. Par exemple, la CEDH ne consacre pas en soi un droit à ne pas être extradé, mais cette issue peut être obtenue s'il apparaît que « *la décision d'extradition porte atteinte, par ses conséquences,*

¹³³⁸ La pratique jurisprudentielle se révèle cependant beaucoup plus nuancée et l'arrêt *Kudla contre la Pologne* (CEDH 26 octobre 2000 requête n° 30210/96 Kudla c/ Pologne RTDC 2001 p. 442 obs. J.-P. Marguénaud, JCP 2001.I.291.6 obs. F. Sudre, RTDH 2002 p. 169 note J.-F. Flauss, *Clunet* 2001 p. 191 obs. P. Tavernier, *GACEDH* n° 12 et 34) est à cet égard particulièrement révélateur. La Cour considère que l'article 3 de la Convention impose à l'État une nouvelle obligation, celle d'observer au profit des prisonniers le droit à des conditions de détention conformes à la dignité humaine (§ 94). Auparavant, seul le mécanisme de la protection par ricochet permettait à la Cour d'examiner la compatibilité des conditions de détention aux prescriptions de l'article 3.

¹³³⁹ CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82 Johnston et autres c/ Irlande, § 53.

à l'exercice d'un droit garanti »¹³⁴⁰, singulièrement l'article 3 ou l'article 8. De la même manière, le texte européen ne garantit, en tant que tel, ni le droit pour les couples mariés de choisir leur résidence commune, ni le droit au regroupement familial¹³⁴¹. Pourtant, cela n'a pas empêché la Cour de constater, qu'en certaines circonstances, le refus de laisser un individu rejoindre sa famille dans un État donné pouvait enfreindre l'article 8 de la Convention¹³⁴². Donc, si la CEDH ne contient, en tant que telle, aucune obligation de reconnaissance de plein droit des décisions étrangères à la charge des États Parties, il n'est nullement exclu qu'un défaut de reconnaissance porte malgré tout atteinte à l'une de ses dispositions. C'est en sollicitant le mécanisme de la protection par ricochet que la CEDH peut alors apparaître comme un instrument de promotion de la coordination des ordres juridiques garant de la continuité des situations juridiques individuelles relevant de son domaine matériel.

280. Est-ce, en effet, témoigner un grand respect pour la vie privée et familiale des personnes que de nier leur mariage, leur divorce, leur filiation ou leur incapacité¹³⁴³ ? Au soutien de la consécration de la reconnaissance *de plano* des jugements étrangers, la Cour de cassation soulignait avec une extrême justesse que « l'état des personnes ne peut demeurer incertain, sans qu'il en résulte un trouble profond dans les familles et une atteinte grave à l'ordre social »¹³⁴⁴. Il en va particulièrement ainsi lorsque les intéressés ont adapté leur comportement sur la foi d'un jugement étranger. L'unité du statut personnel et le respect de l'attente légitime des plaideurs appuient l'efficacité immédiate des décisions de justice étrangères¹³⁴⁵. Pour raisonner sur l'exemple de l'article 8 de la Convention¹³⁴⁶ et

¹³⁴⁰ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 Soering c/ Royaume-Uni, § 85, *JCP* 1990 n° 3452 note H. Labayle, *RTDH* 1990 p. 5 note W. J. Ganschof Van Der Meersch, *RGDIP* 1990 p. 103 note F. Sudre, *GACEDH* n° 13.

¹³⁴¹ CEDH 19 février 1996 requête n° 23218/94 Gül c/ Suisse, § 38.

¹³⁴² CEDH 21 décembre 2001 requête n° 31465/96 Sen c/ Pays-Bas, préc., § 33 et s..

¹³⁴³ *Mutatis mutandis* voir L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001 : « On ne voit pas comment une décision qui refuserait de reconnaître un mariage ou un divorce régulièrement prononcé à l'étranger ne porterait pas atteinte à la vie familiale des intéressés, alors même qu'elle vise par essence à nier l'existence ou la dissolution du lien conjugal » (p. 243, n° 333).

¹³⁴⁴ Civ. 9 mai 1900 Prince de Wrède c/ Dame Maldaner, précité.

¹³⁴⁵ Pour illustrer l'impérieuse nécessité de l'efficacité immédiate des jugements étrangers d'état, voir la savoureuse discussion qui a eu lieu, en particulier entre MM. Batiffol et Mazeaud, après une communication de Georges Holleaux devant le comité de droit international privé (G. HOLLEAUX, « Remarques sur l'évolution de la jurisprudence en matière de reconnaissance des décisions étrangères d'état et de capacité », *TCFDIP années 1948-1952*, Dalloz, 1953, p. 179, spéc. p. 207 et s.).

¹³⁴⁶ L'article 12 de la Convention pourrait également inciter l'État à reconnaître immédiatement la dissolution de l'union matrimoniale acquise à l'étranger dans la mesure où la Cour précise qu'il « garantit au divorcé le droit de se remarier sans subir en la matière de restrictions déraisonnables » (CEDH 18 décembre 1987 requête n° 11329/85 F. c/ Suisse, § 38).

singulièrement le droit au respect de la vie familiale, la Cour estime que sa protection implique, au premier chef, l'établissement des relations familiales. En tant qu'élément nécessaire au développement d'une vie familiale normale, leur reconnaissance juridique et leur maintien s'imposent¹³⁴⁷. L'État se trouve donc dans l'obligation d'adopter une législation répondant à cet impératif, et, à cet égard, dénier l'efficacité immédiate, tout en ouvrant une instance en reconnaissance, apparaît très insuffisant. En raison du jugement étranger, en effet, ce n'est pas tant la reconnaissance juridique des relations familiales que leur maintien qui importe. La discontinuité affectant ces relations constituerait une ingérence injustifiée dans l'article 8 de la Convention, à condition cependant que la décision étrangère soit internationalement régulière, notamment qu'elle émane d'une juridiction compétente¹³⁴⁸, et bien évidemment que la situation relève de son domaine¹³⁴⁹. Prévoir un contrôle *a priori* répondrait de façon disproportionnée au problème de la régularité internationale. Seulement, une vie familiale préexistante est indispensable et par conséquent la Cour se doit de renouer avec davantage d'orthodoxie dans ses raisonnements et cesser de river la vie familiale à sa réalité juridique dans l'État requis¹³⁵⁰. Ainsi que le relève M. Bucher¹³⁵¹, « *lorsqu'un lien de famille est protégé au titre des droits de l'homme, il doit l'être dans tous les États protégeant ces mêmes valeurs* ». En conséquence, poursuit-il, « *la protection juridique mise en place dans un État doit produire ses effets dans ces autres États, ou tout au moins, des effets équivalents* ». Sa conclusion est radicale puisqu'il estime alors qu'un « *État dont les règles de droit international privé ne répondent pas à cet impératif viole l'article 8 de la CEDH* ». Bien que la Cour conclut à l'irrecevabilité de la requête dans l'affaire *Hussin*, elle est néanmoins prête à consacrer ce point de vue puisqu'elle reconnaît que le refus opposé par la Belgique

¹³⁴⁷ Voir par exemple, CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 Marckx c/ Belgique, préc., § 31.

¹³⁴⁸ CEDH 6 mai 2004 requête n° 70807/01 Monique, Oriane et Lilian Hussin c/ Belgique.

¹³⁴⁹ Ainsi, il n'est pas certain qu'en l'état actuel des choses, l'article 8 permette la reconnaissance de la famille homosexuelle et la diffusion du mariage homosexuel en Europe (cf. H. FULCHIRON, « Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000) », *Dalloz* 2001 p. 1628 ; *Id.*, « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *JCP* 2001 n° 21-22 Aperçu rapide p. 1033). La Cour rappelle en effet que le droit de se marier vise le mariage traditionnel entre un homme et une femme (CEDH 11 juillet 2002 requête n° 28957/95 Goodwin c/ Royaume-Uni, préc., § 97 ; CEDH 27 septembre 1990 requête n° 10843/84 Cossey c/ Royaume-Uni, § 43 ; CEDH 17 octobre 1986 requête n° 9532/81 Rees c/ Royaume-Uni, § 49). Cependant, toute évolution n'est pas exclue, d'autant plus depuis que la Cour place le droit de se marier des transsexuels sous la protection de l'article 12 (CEDH 11 juillet 2002 requête n° 28957/95 Goodwin c/ Royaume-Uni, préc., § 100 ; CEDH 11 juillet 2002 requête n° 25680/94 I. c/ Royaume-Uni, préc., § 80 ; voir également, M. LEVINET, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2004 n° 60 p. 889, spéc. p. 898 et s.); comp. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004 : de leur point de vue, cependant, il est douteux que la conception française de l'ordre public international s'oppose à l'efficacité du mariage de deux hollandais de même sexe régulièrement acquis en Hollande (p. 401, n° 551).

¹³⁵⁰ En tant qu'il se fonde sur les dispositions substantielles de la Convention, le raisonnement vaut, d'un point de vue structurel, à l'ensemble des situations constituées et cristallisées à l'étranger.

¹³⁵¹ A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *RCADI* 2000 tome 283 p. 101.

d'accorder l'*exequatur* à des décisions allemandes octroyant des pensions alimentaires « *a représenté une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des requérantes* »¹³⁵².

Une analyse similaire vaut pour les décisions déclaratives patrimoniales qui requièrent encore un *exequatur* préalable pour déployer leur effet substantiel dans l'ordre juridique français¹³⁵³. Il est en effet fâcheux que par rapport à une même obligation une personne soit, suivant l'ordre juridique, à la fois débitrice et créancière ou encore que le bénéficiaire d'un jugement constatant une créance ne puisse le faire valoir pour faire échec à une action en répétition de l'indu. L'incertitude affectant la propriété d'un immeuble ou le régime matrimonial engendrent des inconvénients aussi graves qu'en matière de statut personnel. Le défaut de reconnaissance de plein droit peut ainsi, dans certaines circonstances, heurter l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention qui garantit le droit au respect des biens. Là encore, l'exigence d'une procédure judiciaire pour assurer la réception d'un tel jugement est source d'une grande complexité dont un contrôle de la régularité par voie incidente, voire principale, ferait l'économie. Encore faut-il que le texte soit applicable, et indépendamment de la prise en compte de la position de l'ordre juridique requis, la question primordiale concerne la notion de « biens » au sens de la Convention. Selon la jurisprudence, elle « *a une portée autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété de biens corporels : certains autres droits ou intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des "droits de propriété" et donc pour des "biens" aux fins de cette disposition* »¹³⁵⁴. En outre, le droit de propriété protégé par la Convention ne vaut que pour les biens actuels¹³⁵⁵. Ainsi, une créance peut constituer un « bien » à la condition qu'elle fasse partie du patrimoine de l'individu. Dès lors, si une décision de condamnation à une réparation pécuniaire est un « bien »¹³⁵⁶, le seul fait d'introduire une action à cette fin apparaît insuffisant¹³⁵⁷. Une telle conception ne laisse guère de doute sur la possibilité d'un individu muni d'une décision de justice étrangère dont le bien-

¹³⁵² CEDH 6 mai 2004 requête n° 70807/01 Monique, Oriane et Lilian Hussin c/ Belgique.

¹³⁵³ Sous réserve qu'elle ne relève pas du règlement du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

¹³⁵⁴ CEDH 25 mars 1999 requête n° 31307/96 Iatridis c/ Grèce, § 54 ; CEDH 12 décembre 2002 requête n° 37290/97 Wittek c/ Allemagne, § 42 ; CEDH 20 février 2003 requête n° 47316/99 Forrer-Niedenthal c/ Allemagne, § 32, *Dalloz* 2003 p. 2276 obs. C. Birsan.

¹³⁵⁵ Commission 4 juillet 1994 requête n° 17849/91 SA Pressos Compania naviera et autres c/ Belgique, § 59.

¹³⁵⁶ *Ibid.*, § 62.

¹³⁵⁷ *Ibid.*, § 61.

fondé est à l'abri de toute critique¹³⁵⁸ de se prévaloir de la Convention afin d'obtenir sa reconnaissance immédiate¹³⁵⁹.

281. Le mécanisme de la protection par ricochet réaliserait donc, dans les matières couvertes par la Convention, une avancée remarquable dans la coordination des ordres juridiques en obligeant indirectement les États Parties à admettre l'efficacité substantielle des jugements étrangers et plus généralement les situations cristallisées à l'étranger. Toutefois, hormis une évolution du statut des décisions déclaratives patrimoniales, l'immixtion de la Convention en ce domaine tend, pour l'essentiel, à renouveler les sources du droit de la reconnaissance.

Aucun bouleversement spectaculaire n'est donc à attendre ou à redouter, car, une fois encore, la CEDH ne saurait servir la reconnaissance de décisions irrégulières¹³⁶⁰. Bien que M. Bucher estime que, au titre de ses obligations positives, l'État doit protéger la famille, ce qui implique, en droit international privé, « *un aménagement des conditions d'efficacité internationale des décisions et actes de droit familial afin de permettre à la vie familiale de se développer à travers les frontières nationales* »¹³⁶¹, la Cour ne s'oppose pas par principe aux conditions de régularité internationale des décisions étrangères. Elle paraît même concéder aux États une ample marge de manœuvre. Tout en confirmant l'incidence des garanties substantielles de la Convention sur la question de la reconnaissance, elle a précisé qu'ils pouvaient légitimement refuser les effets d'une décision étrangère si, selon les critères de l'État requis, elle émane d'un juge internationalement incompétent. Le raisonnement tel qu'il résulte de l'affaire *Hussin*¹³⁶² n'est cependant pas à l'abri de toute critique, notamment parce que la conclusion ne procède pas d'un classique examen de proportionnalité nourri des impératifs du droit international privé, mais d'un argument dont la faiblesse justificatrice est patente. Selon la Cour, en effet, les requérants ne pouvaient faire grief aux autorités belges d'avoir ainsi refusé l'*exequatur* aux décisions allemandes parce qu'« *en règle, nul ne saurait se plaindre d'une situation qu'il a lui-même pu contribuer à créer* ». En d'autres termes, la qualité de victime disparaît par l'effet de la saisine d'une juridiction internationalement

¹³⁵⁸ En toute hypothèse, en effet, si l'État requis a la faculté de restreindre l'effet substantiel de la décision étrangère, il ne peut en aucun cas le supprimer.

¹³⁵⁹ Comp. CEDH 6 mai 2004 requête n° 70807/01 Monique, Oriane et Lilian Hussin c/ Belgique : la Cour considère que le refus d'accorder l'*exequatur* par les juridictions belges à des décisions allemandes reconnaissant des pensions alimentaires aux requérantes a représenté « *une atteinte à leur droit au respect de leurs biens* ».

¹³⁶⁰ Elle dresse au contraire un obstacle supplémentaire aux jugements dont l'élaboration ou le contenu méconnaîtrait ses stipulations. Cf. *infra* n° 306 et s..

¹³⁶¹ A. BUCHER, *loc. cit.*, p. 101.

¹³⁶² CEDH 6 mai 2004 requête n° 70807/01 Monique, Oriane et Lilian Hussin c/ Belgique.

incompétente du point de vue de l'ordre juridique belge ! La solution paraît bien rigoureuse et le motif qui la soutient bien fragile. Qui ne contribue en rien à la situation dans laquelle il se trouve ? Tout condamné, en commettant l'infraction, y participe assurément. Pour autant, la Cour n'a jamais eu l'audace de lui opposer cette circonstance pour ne pas examiner le caractère équitable de son procès ou les conditions de sa détention. Ainsi, la conclusion de la Cour selon laquelle la requête était manifestement mal fondée apparaît très contestable.

En revanche, le droit à l'exécution des décisions de justice contenu dans l'article 6 § 1 ne paraît pas devoir se limiter à renouveler les sources du droit positif pertinent. À moins que la Cour ne restreigne expressément son champ d'application aux rapports purement internes, ses répercussions sur l'exécution des décisions de justice étrangères s'annoncent, à l'examen, considérables.

Section II L'accélération de l'exécution des décisions étrangères

282. De la souveraineté territoriale et de l'égalité souveraine des États découle le monopole de la contrainte de l'État sur son propre territoire¹³⁶³. La force exécutoire attribuée par un souverain ne vaut qu'à l'égard des actes et décisions qui relèvent de sa propre autorité. Par eux-mêmes, les jugements étrangers sont ainsi dépourvus de toute force exécutoire¹³⁶⁴. Puisqu'elle constitue l'un des présupposés de la règle qui a pour effet la mise à exécution des jugements¹³⁶⁵, ils ne sont donc pas susceptibles d'exécution forcée. À cette fin, l'intervention préalable de l'ordre juridique requis s'impose¹³⁶⁶. De celle-ci émanera, le cas échéant, un commandement de mise à exécution, symbolisé en France par la formule exécutoire, sur la seule foi duquel les organes de contrainte se mettront, s'il y a lieu, en mouvement. Dès lors qu'un jugement étranger implique des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes, celui qui souhaite s'en prévaloir en France doit solliciter les tribunaux français par le biais d'une instance en *exequatur*.

¹³⁶³ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé. Tome VI. Le conflit des autorités. Le conflit des juridictions*, Sirey, 1949, p. 61, n° 1928.

¹³⁶⁴ H.-J. LUCAS, « L'efficacité juridictionnelle des décisions étrangères », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Presses universitaires de Toulouse, 1981, p. 534 ; H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, thèse dactyl. Caen, 1997, p. 200, n° 256 ; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse du droit international privé. Tome II*, Cujas, 1972 (réédition de l'édition de 1897), p. 12, n° 670.

¹³⁶⁵ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4^{ème} édition refondue, 2004, p. 539, n° 948 ; T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2^{ème} édition, 2002, p. 368, n° 493, note 133.

¹³⁶⁶ Ainsi que le précise M. Jarosson (« Réflexions sur l'*imperium* », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1990, p. 245), l'État « ne peut conférer la force exécutoire qu'aux actes et décisions qui relèvent de sa propre autorité, sans cela il se soumettrait à une autorité étrangère. Cette considération constitue le fondement de la procédure d'*exequatur* » (p. 249).

283. La réalisation effective des droits procédant d'un jugement se heurte alors au cloisonnement des ordres juridiques. Bien que l'entrave constatée repose sur de solides justifications, il n'est pas exclu qu'elle subisse, tout au moins dans sa mise en œuvre, l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁶⁷. Après avoir affirmé que son article 6 s'étendait à l'exécution des jugements ou arrêts de quelque juridiction que ce soit¹³⁶⁸, la Cour a précisé que cette exécution constituait un véritable droit au profit des particuliers relevant de la juridiction des États membres¹³⁶⁹. En conséquence, elle laisse entrevoir, dans l'immédiat, la perspective d'une libéralisation accrue de l'octroi de la force exécutoire (§ I) dont l'attribution pourrait être, à terme, automatique (§ II).

§ I La perspective d'une libéralisation accrue de l'octroi de la force exécutoire

284. À l'examen, la jurisprudence strasbourgeoise révèle le défaut d'une application expresse du droit à l'exécution des jugements ou arrêts au domaine des relations privées internationales. Le dynamisme qui la caractérise empêche cependant d'attribuer à ce constat la valeur d'une vérité immuable (B), d'autant plus que, dans le domaine particulier de l'enlèvement international d'enfants, la Cour a d'ores et déjà forgé, sans recourir à l'article 6 de la Convention, l'obligation pour les États de coopérer afin de permettre l'exécution effective de leurs décisions de justice respectives (A).

A L'influence de la superstructure procédurale des droits substantiels

285. En s'appuyant à titre principal sur les obligations positives inhérentes à certaines garanties substantielles de la CEDH¹³⁷⁰, la Cour sanctionne les atteintes qui leur sont portées

¹³⁶⁷ A. MARMISSE, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000, p. 341, n° 683. Annotant l'arrêt *Hornsby*, Mme Fricero écrivait d'ailleurs que « l'arrêt du 19 mars 1997 ouvre certainement la voie à d'autres modifications du droit français afin que le procès équitable devienne une réalité » (*Dalloz* 1998 p. 78).

¹³⁶⁸ CEDH 19 mars 1997 requête n° 18357/91 *Hornsby c/ Grèce*, préc., § 40.

¹³⁶⁹ CEDH 11 janvier 2001 requête n° 21463/93 *Lunari c/ Italie*, § 42 ; CEDH 27 mai 2003 requête n° 51442/99 *Coudrier c/ France*. Le glissement sémantique est cependant sujet à fluctuation, certains arrêts recourant encore à la terminologie employée dans l'arrêt *Hornsby* (cf. par exemple CEDH 17 juin 2003 requête n° 34647/97 *Ruianu c/ Roumanie*, § 65, *Dalloz* 2003 p. 2270 obs. F. Haumont ; CEDH 17 juin 2003 requête n° 61173/00 *Lechoisne c/ France*, § 11).

¹³⁷⁰ CEDH 26 juin 2003 requête n° 48206/99 *Maire c/ Portugal*, §§ 69-71 ; CEDH 29 avril 2003 requête n° 56673/00 *Iglesias Gil et A.U.I c/ Espagne*, §§ 48-50 ; CEDH 30 janvier 2001 requête n° 54429/00 *Couderc c/ République Tchèque* ; CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, § 94.

sur le terrain de leur superstructure procédurale. Cette méthode d'analyse, initiée par l'arrêt *Airey*¹³⁷¹, est parfois contestée par les membres même de la Cour parce que, dans la mesure où la violation ne se manifeste pas sur le fond, elle devrait logiquement être « *couverte et absorbée par l'article 6 § 1* »¹³⁷². Elle intéresse pourtant de façon incontestable le droit international privé et renforce son objectif de coordination. Ainsi, la dimension procédurale des droits matériels, interprétée à la lumière de traités relatifs aux relations privées internationales¹³⁷³, constitue le siège d'un devoir de coopération interétatique très large. Par ce biais, en effet, la Cour souligne l'existence d'une responsabilité double puisque l'exécution à l'étranger des décisions de justice incombe non seulement à l'État requis (2), mais également, de façon plus surprenante, à l'État d'origine (1).

1 Les obligations de l'État d'origine de la décision

286. Le pouvoir de contrainte appartient exclusivement à l'État dans les limites de son ordre juridique¹³⁷⁴. La réalisation d'une décision de justice relève donc uniquement de l'État sur le territoire duquel elle est appelée à intervenir. Si tant est qu'elle émane d'un juge étranger, l'État d'origine ne saurait être tenu pour responsable de son inexécution puisqu'il lui est interdit de faire usage de son pouvoir de contrainte et de définir les conditions de son exercice au-delà de son ordre juridique. Dès lors, il paraît fort improbable qu'un individu ait la faculté d'engager la responsabilité internationale de cet État en raison de l'inexécution, à l'étranger, d'un jugement rendu par les tribunaux qu'il a institués. La Cour de Strasbourg a ainsi logiquement estimé à l'occasion d'une affaire *Dumitrascu*¹³⁷⁵ que l'inexécution en Turquie d'une décision judiciaire définitive roumaine n'était pas imputable aux autorités roumaines. La requête apparaissait alors naturellement incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention. Toutefois, pour parvenir à une telle conclusion, la

¹³⁷¹ CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 *Airey c/ Irlande*, précité.

¹³⁷² Cf. l'opinion dissidente du juge Evrigenis accompagnant l'arrêt *Airey contre l'Irlande* (CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 *Airey c/ Irlande*, préc.) ou encore l'opinion en partie dissidente du juge Maruste sous l'arrêt *Ignacollo-Zenide contre la Roumanie* (CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 *Ignacollo-Zenide c/ Roumanie* : « *J'estime que les défauts et délais qui ont entaché la procédure relèvent plutôt de l'article 6 de la Convention que de l'article 8* »).

¹³⁷³ Il s'agit en l'occurrence de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Cf. CEDH 26 juin 2003 requête n° 48206/99 *Maire c/ Portugal*, § 72 ; CEDH 29 avril 2003 requête n° 56673/00 *Iglesias Gil et A.U.I c/ Espagne*, § 51 ; CEDH 30 janvier 2001 requête n° 54429/00 *Couderc c/ République Tchèque* ; CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 *Ignacollo-Zenide c/ Roumanie*, § 95.

¹³⁷⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 740, n° 501 ; NGUYEN QUOC DINH (†), P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, p. 479, n° 308.

¹³⁷⁵ CEDH 9 juin 2005 requête n° 43007/02 *Dumitrascu c/ Roumanie et Turquie*.

motivation de la Cour n'est pas dénuée d'ambiguïté. Loin de mobiliser l'argument péremptoire tiré du droit international public, elle contextualise sa décision d'irrecevabilité en prenant soin de relever que les autorités roumaines n'avaient « *aucune obligation ni même la possibilité d'intervenir dans l'exécution* » de l'arrêt en Turquie. Une lecture *a contrario* invite à relativiser la portée de sa décision d'autant qu'elle n'a pas manqué de vérifier, au surplus, que les autorités roumaines avaient satisfait à l'ensemble des obligations que leur imposait la convention d'assistance judiciaire en matière civile et pénale conclue avec la Turquie.

287. Par conséquent, la présence de conventions instituant une coopération judiciaire entre deux ou plusieurs États permet d'envisager une extension du contrôle européen que concrétise l'affaire *Iglesias Gil et A.U.I.*¹³⁷⁶. Celle-ci constitue en effet une illustration des obligations auxquelles peut être tenu l'État d'où émane une décision dans la perspective de son exécution à l'étranger. En l'espèce, la requérante, à laquelle les juridictions internes avaient accordé le droit de garde et l'autorité parentale exclusive, reprochait aux autorités espagnoles de ne pas avoir déployé des efforts adéquats et suffisants pour faire respecter son droit au retour de son enfant et le droit de celui-ci à la rejoindre consécutivement à son déplacement illicite¹³⁷⁷ aux États-Unis d'Amérique. Le grief ne portait pas sur le refus de l'État requis de prêter son concours à la réalisation d'un jugement étranger, mais bien sur la carence de l'État d'origine dans l'initiative d'une coopération internationale propice à une telle fin. La décision de la Cour n'est donc pas circonstanciée ni motivée par le souci de contourner l'éventuelle incompatibilité *rationae personae* de la requête avec la Convention si elle avait été dirigée contre les États-Unis d'Amérique dont le comportement n'est d'ailleurs nullement mis en cause. Le constat de violation de l'article 8 de la CEDH repose notamment sur deux motifs qui soulignent la charge d'assurer le respect de l'œuvre judiciaire y compris au-delà des frontières.

En premier lieu, la Cour relève que, en ce domaine, l'article 7 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 dresse une liste de mesures à prendre qui sont directement pertinentes pour mesurer l'étendue des obligations positives auxquelles les États sont assujettis au titre de l'article 8 de la CEDH. Or, les autorités de l'État défendeur n'ont recouru à aucune d'entre elles¹³⁷⁸.

¹³⁷⁶ CEDH 29 avril 2003 requête n° 56673/00 *Iglesias Gil et A.U.I c/ Espagne*.

¹³⁷⁷ Au sens de l'article 3 de la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

¹³⁷⁸ CEDH 29 avril 2003 requête n° 56673/00 *Iglesias Gil et A.U.I c/ Espagne*, § 59.

L'inaction ainsi observée apparaît d'autant plus blâmable que la Cour note, en second lieu, qu'elles pouvaient être mises en œuvre d'office¹³⁷⁹. Par conséquent, il appartient aux États de susciter la coopération interétatique lorsque les effets des décisions rendues par leurs juridictions sont appelés à se développer à l'étranger même si leur bénéficiaire n'a pas formulé une demande en ce sens. S'ils produisent à cet égard des efforts, selon l'expression de la Cour, « *adéquats et suffisants* », une responsabilité peut encore naître dans le chef de l'État requis s'il omet lui-même d'arrêter des mesures adéquates et suffisantes pour faciliter l'exécution des jugements étrangers¹³⁸⁰.

2 Les obligations de l'État requis

288. Les obligations de l'État requis en ce qui concerne l'exécution des décisions étrangères s'expriment avec une particulière netteté dans l'affaire *Maire contre le Portugal*¹³⁸¹ qui, sur ce point, contraste avec l'affaire *Ignacollo-Zenide*¹³⁸².

À l'occasion de celle-ci, la Cour estimait en effet que « *le point décisif consiste à savoir (...) si les autorités nationales ont pris, (...), toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles* »¹³⁸³ pour faciliter l'exécution de l'ordonnance du 14 décembre 1994, c'est-à-dire la décision roumaine ordonnant, sur la foi d'un arrêt français, la retour immédiat des enfants auprès de leur mère. Dans l'affaire *Maire*, la juridiction strasbourgeoise se montre plus radicale dans la mesure où elle omet d'évoquer l'intervention de l'ordre juridique requis. Le point décisif consiste alors à déterminer si les autorités de l'État défendeur « *ont pris, pour faciliter l'exécution de la décision rendue par les juridictions françaises*¹³⁸⁴ *accordant au requérant le droit de garde et l'autorité parentale exclusive sur son enfant, toutes les mesures*

¹³⁷⁹ *Ibid.*, § 58.

¹³⁸⁰ Comp., sur le fondement de l'article 6, CEDH 20 juillet 2004 requête n° 38805/97 W. K. c/ Italie : la décision illustre une nouvelle fois la volonté de la Cour d'apprécier le respect de la Convention par les Hautes Parties contractantes en fonction des engagements internationaux qu'elles ont acceptés d'assumer. En l'espèce, la responsabilité de l'Italie pour manquement au droit à être jugé dans un délai raisonnable s'inspire directement de la Convention onusienne sur le recouvrement des aliments signée à New-York le 20 juin 1956. Aux termes de son article 6, en effet, ses organes ont une compétence exclusive pour recouvrer, au nom du créancier, les aliments qui lui ont été reconnus par un jugement étranger. Une éventuelle responsabilité de l'État expéditeur est tout autant concevable puisque l'article 4 prévoit que, sauf exception, il lui appartient, à la demande du créancier, de transmettre la décision à l'État sur le territoire duquel se trouve le débiteur. Le manquement de l'État d'origine à son obligation d'initier une coopération internationale pourrait ainsi être sanctionné sur le terrain de la CEDH.

¹³⁸¹ CEDH 26 juin 2003 requête n° 48206/99 Maire c/ Portugal.

¹³⁸² CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 Ignacollo-Zenide c/ Roumanie.

¹³⁸³ *Ibid.*, § 96.

¹³⁸⁴ Cnqs.

que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles »¹³⁸⁵. L'objet du contrôle se déplace très sensiblement et s'inscrit ouvertement dans une perspective internationale. Le problème n'est pas limité à l'exécution de la décision interne consacrant, le cas échéant, les solutions acquises à l'étranger. Il vise plus directement l'exécution de la décision étrangère. Partant, le respect de l'article 8 de la Convention contraint l'État requis à coopérer dans le sens d'une réalisation concrète des droits en découlant. La tâche qui lui incombe s'analyse, à défaut de présenter un caractère absolu¹³⁸⁶, en une simple obligation de moyens.

289. De ce point de vue, il doit faire preuve de célérité, la Cour précisant que, dans de telles circonstances, « l'adéquation d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre »¹³⁸⁷. Cette exigence nécessite une exécution sans retard de la décision étrangère et en imprègne ainsi tout le processus. Indirectement, elle exerce donc une influence sur le mécanisme permettant la réception de la décision étrangère et sa mise en œuvre subséquente. Un octroi simplifié et accéléré de la force exécutoire répondrait alors de la façon la plus appropriée aux impératifs conventionnels.

290. La diligence requise des autorités nationales se double d'une vérification de l'efficacité de leur action. Elles ont à convaincre la Cour de la réalité de leur coopération et de leur volonté à participer concrètement à l'effectivité du jugement étranger. Le cas échéant, le recours à la coercition s'impose à l'égard du parent qui a soustrait l'enfant¹³⁸⁸ lorsque son comportement se révèle manifestement illégal. Sous ce rapport, les autorités de l'État requis doivent se montrer entreprenantes et n'ont pas la possibilité d'échapper à leurs obligations en prétextant que leur défaillance trouve essentiellement leur source dans l'incurie du requérant. Par conséquent, l'État défendeur ne peut pas lui reprocher de ne pas avoir déposé une plainte pénale dès lors que « le parquet exerce son activité sous l'autorité du ministre de la Justice, lequel a le pouvoir de donner des instructions aux procureurs »¹³⁸⁹ ni de ne pas avoir

¹³⁸⁵ CEDH 26 juin 2003 requête n° 48206/99 Maire c/ Portugal, § 73.

¹³⁸⁶ CEDH 26 juin 2003 requête n° 48206/99 Maire c/ Portugal, § 71 ; CEDH 29 avril 2003 requête n° 56673/00 Iglesias Gil et A.U.I c/ Espagne, § 50 ; CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie, § 94.

¹³⁸⁷ CEDH 26 juin 2003 requête n° 48206/99 Maire c/ Portugal, § 74 ; CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie, § 102.

¹³⁸⁸ CEDH 26 juin 2003 requête n° 48206/99 Maire c/ Portugal, § 76 ; CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie, § 106.

¹³⁸⁹ CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie, § 110.

introduit une action en fixation d'une astreinte puisque, en tant que dépositaire de la force publique, la responsabilité d'exécuter une décision de justice lui incombe à titre principal¹³⁹⁰.

291. La plus grande difficulté générée par de telles affaires est liée à l'écoulement du temps. Il peut avoir pour effet de modifier les circonstances de sorte que le retour de l'enfant, tout d'abord souhaitable, apparaît par la suite contraire à son intérêt¹³⁹¹. La Cour le concède certes volontiers, mais si le manquement de l'État aux exigences de célérité et d'efficacité est avéré, il ne saurait se prévaloir de l'intérêt de l'enfant pour échapper à sa responsabilité¹³⁹².

292. Ainsi, la dimension procédurale des droits substantiels oblige les États à la coopération internationale. La méconnaissance des décisions de justice étrangères les expose à un constat de violation de la Convention et, au-delà, ils se doivent d'apporter leur concours à la réalisation concrète des droits qu'elles établissent. L'article 8 de la CEDH ne constitue pas la seule disposition qui possède de telles implications. La Cour juge également que l'inexécution ou l'exécution avec retard d'une décision de justice ordonnant l'expulsion d'un locataire peut s'analyser en un manquement à l'article 1 du Protocole n° 1. Elle estime alors que « *la restriction subie par la requérante à l'usage de son appartement (...) lui a imposé une charge spéciale et excessive et a dès lors rompu l'équilibre à ménager entre la protection du droit de l'individu au respect de ses biens et les exigences de l'intérêt général* »¹³⁹³. Bien que ce dernier exemple concerne une situation purement interne, la méthode n'a-t-elle pas vocation à la généralité ? Il est cependant permis de douter d'une telle éventualité eu égard au contexte

¹³⁹⁰ CEDH 24 mars 2003 requêtes n° 36812/97 et n° 40104/98 *Sylvester c/ Autriche*, § 71 ; CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, § 111.

¹³⁹¹ La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants prévoit d'ailleurs des exceptions au retour de l'enfant illicitement déplacé en considération de la donnée temporelle. Par exemple, l'article 12 alinéa 2 énonce en ce sens que « *l'autorité judiciaire ou administrative (...) doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu* ».

¹³⁹² CEDH 24 mars 2003 requêtes n° 36812/97 et n° 40104/98 *Sylvester c/ Autriche* : « *La Cour admet qu'un changement dans les faits pertinents peut exceptionnellement justifier l'inexécution d'une injonction définitive de retour. Cependant, eu égard aux obligations positives découlant pour les États Parties de l'article 8 et à l'exigence générale de respect pour la prééminence du droit, la Cour doit être convaincue que le changement dans les faits pertinents n'a pas été provoqué par le manquement de l'État à son obligation de prendre toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger de lui afin de faciliter l'exécution de l'injonction de retour* » (§ 63) (« *The Court accepts that a change in the relevant facts may exceptionnally justify the non-enforcement of a final return order. However, having regard to the State's positive obligation under Article 8 and the general requirement of respect for the rule of law, the Court must be satisfied that the change of relevant facts was not brought about by the State's failure to take all measures that could reasonably be expected to facilitate execution of the return order* »). CEDH 26 juin 2003 requête n° 48206/99 *Maire c/ Portugal*, § 77. Comp. CEDH 30 janvier 2001 requête n° 54429/00 *Couderc c/ République Tchèque*.

¹³⁹³ CEDH 11 janvier 2001 requête 24650/94 *P. M. c/ Italie*, § 44. Voir également, CEDH 19 décembre 2002 requête n° 35550/97 *Auditore c/ Italie*, § 20 ; CEDH 11 décembre 2003 requête n° 37511/97 *Di Matteo c/ Italie*, § 28.

très particulier à l'occasion duquel la juridiction strasbourgeoise a sanctionné les dysfonctionnements de la coopération internationale. La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants occupe une place de choix dans le raisonnement de la Cour. Certes, elle n'explique pas à elle seule les orientations de la jurisprudence en la matière, lesquelles semblent reposer davantage sur le concept d'obligations positives. Et, à bien des égards, la Convention de La Haye ne sert qu'à les spécifier. Toutefois, son rôle ne saurait être minimisé. Les différents arrêts pertinents s'y réfèrent à de nombreuses reprises et on peut se demander si les solutions auraient été les mêmes à défaut d'un tel instrument. S'il conforte l'audace et la témérité des juges, ceux-ci ne se contentent-ils pas finalement de relayer une collaboration interétatique préexistante en lui donnant une vigueur supplémentaire ? Selon cette perspective pessimiste, l'influence de la CEDH se trouverait subordonnée aux avancées consenties par les États dont elle assurerait la pleine réalisation dès lors que le domaine envisagé relèverait de son champ d'application. Pourtant, il ne semble pas que l'incidence de la Convention doive se résumer à enregistrer les améliorations de la coopération internationale en y apportant ponctuellement son soutien. Le recours à un droit substantiel tel que le droit au respect de la vie familiale ou le droit au respect des biens ne présente aucun caractère d'exclusivité afin d'obliger l'État à exécuter les décisions de justice. L'un des prolongements matériels de l'article 6 § 1 de la CEDH constitue une voie pertinente et, du point de vue de certains, plus appropriée¹³⁹⁴, pour parvenir à cette fin. La jurisprudence relative aux enlèvements internationaux d'enfants ne laisse d'ailleurs pas d'étonner en ne le mentionnant pas ou en négligeant son examen¹³⁹⁵, d'autant plus que, dans les affaires précitées se rapportant à l'article 1 du Protocole n° 1, la Cour ne manque jamais de relever une violation concomitante de l'article 6 § 1¹³⁹⁶.

¹³⁹⁴ Cf. les critiques précédemment mentionnées relatives au constat de violation d'un article de la Convention lorsque le manquement affecte, non le fond du droit, mais sa superstructure procédurale.

¹³⁹⁵ CEDH 24 mars 2003 requêtes n° 36812/97 et n° 40104/98 *Sylvester c/ Autriche* : en l'espèce, la Cour estime que, eu égard au constat de violation de l'article 8, il n'apparaît pas nécessaire d'examiner les faits sous l'angle de l'article 6.

¹³⁹⁶ CEDH 11 janvier 2001 requête 24650/94 *P. M. c/ Italie*, § 50 : « *La Cour estime qu'un tel retard dans l'exécution d'une décision de justice définitive a privé les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention de tout effet utile* ». Voir également, CEDH 19 décembre 2002 requête n° 35550/97 *Auditore c/ Italie*, § 20 ; CEDH 11 décembre 2003 requête n° 37511/97 *Di Matteo c/ Italie*, § 28 : « *La Cour a déjà traité à maintes reprises des affaires soulevant des questions semblables à celles du cas d'espèce et a constaté la violation des articles 1 du Protocole n° 1 et 6 § 1 de la Convention* ».

B L'influence du droit à l'exécution des décisions de justice

293. Le droit à l'exécution des jugements ou arrêts contribueraient ainsi à susciter plus efficacement la coopération internationale. Le fait qu'un tel fondement n'ait aucune positivité en ce qui concerne les relations affectées d'un élément d'extranéité ne préjuge pas l'avenir, car, d'ores et déjà, la Cour européenne ne manifeste aucune réticence pour apprécier, sous l'angle de l'article 6, si l'État requis met en œuvre, dans un délai raisonnable, les décisions de justice étrangères dont un individu souhaite bénéficier au sein de son ordre juridique. Le grief adressé à l'État se concentre sur la procédure tendant à déclarer exécutoire la décision étrangère dont la durée apparaît excessive. Il est alors nécessaire, préalablement, de justifier l'applicabilité, parfois contestée, de l'article 6 à l'instance en question.

294. L'une des limites assignée à l'empire des garanties issues du droit au procès équitable conduit un certain nombre d'auteurs¹³⁹⁷ à considérer que l'*exequatur* lui échappe. L'applicabilité de l'article 6 suppose en effet une procédure ayant pour objet une contestation dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère civil. Or, faute d'un pouvoir de révision¹³⁹⁸ au bénéfice du juge requis, l'*exequatur* ne répondrait pas à l'idée de « contestation » qui évoque un procès sur le fond¹³⁹⁹. C'est le jugement d'origine qui fixe les droits et obligations de caractère civil des parties et non la décision d'*exequatur*, qui par voie de conséquence, entretiendrait un lien trop ténu avec leur détermination¹⁴⁰⁰. Les différents arguments développés au soutien de l'exclusion de l'*exequatur* du domaine du droit au procès équitable n'emportent cependant pas la conviction. Préalable nécessaire à la mise à exécution du jugement, la force exécutoire « assure l'effectivité de l'efficacité du jugement »¹⁴⁰¹. Or, relativement à un ordre juridique donné, un jugement étranger ne possède aucune force exécutoire. Dans ce contexte, la procédure d'*exequatur* revêt une importance capitale pour les parties puisqu'elle va permettre la réalisation effective de ce qui a été décidé par un juge. Ainsi, « il suffit que le litige sur lequel le juge étranger a statué relève matériellement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne pour que la reconnaissance en relève également,

¹³⁹⁷ R. ERGEC et J. VELU, *La CEDH*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 371, n° 416 ; A. MARMISSE, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000, p. 205, n° 397.

¹³⁹⁸ Exclu tant en droit commun français que dans les différents règlements communautaires relatifs à la reconnaissance et à l'exécution des décisions de justice étrangères.

¹³⁹⁹ A. MARMISSE, *op. cit.*, p. 205, n° 397.

¹⁴⁰⁰ R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 371, n° 416.

¹⁴⁰¹ H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, thèse dactyl. Caen, 1997, p. 182, n° 228.

car la reconnaissance consacre les effets de la décision étrangère »¹⁴⁰². La Cour européenne des droits de l'homme adopte d'ailleurs ce point de vue pragmatique et utilitariste en précisant, dans une décision *W. K. contre l'Italie*¹⁴⁰³, que l'instance introduite dans l'ordre juridique requis est essentielle pour la détermination finale du droit civil en cause¹⁴⁰⁴. Partant, l'observation du standard européen du procès équitable s'impose. Concomitamment, la Cour évince un autre argument exclusif de l'applicabilité de l'article 6 développé par les autorités autrichiennes dans une affaire *Sylvester*¹⁴⁰⁵, lesquelles estimaient que la procédure de reconnaissance portait sur un droit procédural de caractère public parce qu'elle reflétait la souveraineté de l'État qui est libre de déterminer les conditions auxquelles une décision étrangère peut produire ses effets. Cependant, dès lors que la Cour entend privilégier une approche fonctionnelle de l'instance en question, une référence à sa nature ne peut avoir aucune incidence sur le domaine de l'article 6¹⁴⁰⁶. Ce qui importe n'est pas de savoir ce qu'elle reflète, mais ce qu'elle apporte !

295. S'apparentant à l'arrêt *Scollo*¹⁴⁰⁷ par lequel la Cour a étendu l'exigence du délai raisonnable à la phase d'exécution du jugement avant d'affirmer, par l'arrêt *Hornsby*, le rattachement de l'exécution des jugements ou arrêts à l'article 6 de la Convention, la décision *W. K.* évoque le premier temps d'une démarche prudente préparant l'avènement du droit à l'exécution des jugements ou arrêts étrangers.

¹⁴⁰² L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 303, n° 290.

¹⁴⁰³ CEDH 25 juin 2002 requête n° 38805/97 *W. K. c/ Italie*.

¹⁴⁰⁴ « *There was a dispute between the applicant and Mr P. and the enforcement by the Italian courts of the judgment given in her favour by the Polish courts was essential for the final determination of her civil right to maintenance* ». Voir également, CEDH 9 octobre 2003 requête n° 54640/00 *Sylvester c/ Autriche* : « *En l'espèce, il n'est pas discuté que, en vertu de la section 24 § 1 du quatrième règlement d'exécution de la loi sur le mariage, le requérant a un droit à la reconnaissance de la décision de la Cour du circuit de Oakland rendue le 16 avril 1996 pourvu que certaines conditions soient réunies. La procédure de reconnaissance pose la question de savoir si, oui ou non, des effets doivent être donnés à la décision en cause dans l'ordre juridique autrichien, et ainsi déterminer le statut marital et les droits parentaux du requérant. Il en découle que l'issue de la procédure est directement déterminante pour les droits de caractère civil du requérant* » (« *In the present case, it is not in dispute that the applicant had a right under Section 24 § 1 of the Fourth Implementing Regulation to the Marriage Act to have the Oakland Circuit Court's decision of 16 of april 1996 recognized provided that certain requirements were met. The recognition proceedings concerned the question whether or not the decision at issue was to be given effect in the Austrian legal order, thus determining the applicant's marital status and his parental rights. It follows that the outcome of the proceedings was directly decisive for the applicant's civil rights* ») ; voir également, CEDH 3 février 2005 requête n° 54640/00 *Sylvester c/ Autriche*, § 32.

¹⁴⁰⁵ CEDH 9 octobre 2003 requête n° 54640/00 *Sylvester c/ Autriche*.

¹⁴⁰⁶ Mme Sinopoli estime également que la nature du contentieux de l'*exequatur* importe peu afin de savoir si l'article 6 § 1 de la Convention lui est applicable (*op. cit.*, p. 304, n° 290).

¹⁴⁰⁷ CEDH 28 septembre 1995 requête n° 19133/91 *Scollo c/ Italie*.

296. Si le principe d'une influence de la Convention est admis, il reste à déterminer son sens que seule permettra de cerner l'identification de ses conditions et de ses effets.

En vertu d'une jurisprudence constante, seuls les jugements et arrêts présentant deux caractères cumulatifs peuvent être placés sous le parrainage de la Convention. Le droit à l'exécution ne bénéficie qu'aux décisions obligatoires et définitives. L'obligatorité d'un jugement ne suscite pas beaucoup de difficulté. Elle est liée à sa normativité, laquelle est acquise, ou devrait l'être, dès son prononcé. Son effet substantiel s'impose alors aux parties. En revanche, le caractère définitif d'une décision peut se prêter à diverses appréciations. Suffit-il que la décision soit revêtue de l'autorité de la chose jugée et soit exécutoire ou faut-il qu'elle soit passée en force de chose jugée ? Envisagé sous l'angle du droit international privé, un jugement étranger est-il définitif alors même que sa régularité internationale demeure sujette à contestation ? Un arrêt rendu par la Cour le 18 avril 2002¹⁴⁰⁸ fournit à cet égard d'utiles indications. Les juges de Strasbourg énoncent qu'ils « *ne sauraient admettre que l'article 6 protège non seulement la mise en œuvre des décisions judiciaires définitives et obligatoires, mais aussi celle de décisions qui peuvent être soumises au contrôle des plus hautes instances et, éventuellement, infirmées* »¹⁴⁰⁹. Le droit au procès équitable ne concerne donc que les décisions qui n'encourent plus la remise en cause de leur bien-fondé¹⁴¹⁰. Or, sauf à admettre un pouvoir de révision au fond suranné et à contre-courant de l'évolution historique, le juge de l'*exequatur* se prononce uniquement sur la régularité internationale du jugement et non sur son bien-fondé. Dès lors que le contenu de la décision accède au statut de vérité juridique, il appartient à l'État d'en assurer l'effectivité.

297. Par conséquent, il n'existe aucun obstacle à l'influence du droit à l'exécution des décisions de justice dans les relations privées internationales. La généralité de la formule utilisée par la Cour plaide d'ailleurs en ce sens. L'acceptation de la notion d'« *exécution* » est ainsi conçue en termes très larges puisque, outre les mesures d'exécution proprement dites, elle vise les conséquences de la décision de justice de même que l'ensemble des paramètres permettant sa mise à exécution au besoin par la contrainte, car, bien que l'*exequatur* ne

¹⁴⁰⁸ CEDH 18 avril 2002 requête n° 49144/99 Ouzounis c/ Grèce.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, § 21.

¹⁴¹⁰ Ainsi que le précise la Cour dans l'affaire *Ouzounis*, le droit à l'exécution des décisions de justice s'apprécie indépendamment du droit interne de l'État défendeur et, à cet égard, peu importe que la voie de recours exercée par les requérants avait un effet suspensif ou en était dépourvue (CEDH 18 avril 2002 requête n° 49144/99 Ouzounis c/ Grèce, § 21). C'est dire encore que même si le jugement de première instance frappé d'appel peut être mis à exécution, un éventuel obstacle ne saurait être surmonté en s'appuyant sur la Convention et singulièrement sur le droit à l'exécution des décisions.

correspondre pas à une mesure d'exécution, elle en constitue un préalable indispensable¹⁴¹¹. De plus, le droit à l'exécution concerne les jugements ou arrêts émanant de quelque juridiction que ce soit, c'est-à-dire tout organe appelé « à trancher, sur les bases de normes de droit, à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »¹⁴¹². À cet égard, peu importe la souveraineté dont il relève dès lors qu'il répond à la définition européenne du tribunal. Au demeurant, pour quelle raison le droit à l'exécution devrait-il se limiter à la frontière de l'État dans lequel le jugement a été rendu ? Même si l'arrêt *Estima Jorge*¹⁴¹³ suggère que le droit à l'exécution vise uniquement les titres exécutoires¹⁴¹⁴, il serait regrettable que le droit de l'État requis constitue l'un des paramètres du raisonnement de la Cour l'incitant à considérer que le jugement étranger ne saurait bénéficier du droit à l'exécution faute de présenter un caractère exécutoire¹⁴¹⁵. Son manque d'effectivité au sein de l'ordre juridique de l'État requis ne donnerait pas moins naissance à une situation incompatible avec la prééminence du droit¹⁴¹⁶, valeur trop importante pour que l'on puisse tolérer sa restriction par le phénomène de la frontière.

298. Au sens de la Convention, le respect de l'article 6 impose alors que l'exécution d'une décision judiciaire ne puisse être empêchée, invalidée ou retardée de manière excessive¹⁴¹⁷. L'essentiel ne consiste pas à savoir si l'État est apte à garantir l'exécution de la décision, mais plus modestement s'il s'est doté « d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le

¹⁴¹¹ D. FOUSSARD, « Entre *exequatur* et exécution forcée (De quelques difficultés théoriques et pratiques relatives à l'exécution des jugements étrangers) », *TCFDIP année 1996-1997*, Pédone, 1999, p. 175 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 298, n° 411 ; H. MUIR WATT, *Effets en France des décisions étrangères*, Jurisclasseur, 1990, Fasc. 584-7 (jurisclasseur droit international), p. 4, n° 10 ; É. PATAUT, « L'exécution des jugements nationaux et la convention de Bruxelles », in *Les effets des jugements nationaux dans les autres États membres de l'Union européenne*, Bruylant, 2001, p. 32.

¹⁴¹² CEDH 22 octobre 1984 requête n° 8790/79 *Sramek c/ Autriche*, § 36.

¹⁴¹³ CEDH 21 avril 1998 requête n° 24550/94 *Estima Jorge c/ Portugal RTDC* 1998 p. 593 note J.-P. Marguénaud.

¹⁴¹⁴ En l'occurrence un acte notarié garantissant une créance déterminée (CEDH 21 avril 1998 requête n° 24550/94 *Estima Jorge c/ Portugal*, préc., § 35).

¹⁴¹⁵ En ce sens, pourtant, N. FRICERO, « La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen : un principe émergent ? », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 173 : l'auteur relève que par l'arrêt *Hornsby*, la Cour « a donc consacré ce que l'on pourrait nommer un droit à l'exécution nationale (...), mais qui ne concerne que les jugements rendus dans un État déterminé et exécutoires dans cet État » (p. 175).

¹⁴¹⁶ Ainsi que le relève Mme Marmisse, « le droit à une exécution effective et plus largement le droit à une justice effective ne saurait être restreint par le jeu de frontières étatiques » (*op. cit.*, p. 342, n° 688).

¹⁴¹⁷ CEDH 28 juillet 1999 requête n° 22774/93 *Immobiliare Safi c/ Italie*, préc., § 74 ; CEDH 13 juin 2002 requête n° 67917/01 *Federici c/ Italie* ; CEDH 17 juin 2003 requête n° 34647/97 *Ruianu c/ Roumanie*, § 65.

respect des obligations positives qui lui incombent »¹⁴¹⁸ au titre du droit à l'exécution des décisions obligatoires et définitives.

Transposées au domaine des relations privées internationales, les exigences conventionnelles placent la célérité au cœur de l'exécution du jugement étranger obligatoire et définitif. Elle doit intervenir dans un délai raisonnable. La période prise en considération débute le jour où le bénéficiaire du jugement saisit les autorités de l'État requis de sa demande fondée sur la décision étrangère¹⁴¹⁹ pour prendre fin avec la réalisation effective du droit dont il est titulaire¹⁴²⁰. Dans l'hypothèse où la partie succombante s'oppose à la mise en œuvre de la décision et qu'il importe de recourir à des mesures d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes, il convient de réunir au plus tôt et le plus rapidement possible les présupposés de l'exécution forcée parmi lesquels figure la force exécutoire. Par conséquent, le droit à l'exécution se présente comme un moyen de renforcer « *la perspective d'une libre circulation des jugements et donc (...) d'une exécution des décisions étrangères toujours simplifiée et accélérée* »¹⁴²¹. De la sorte, il accompagne et dans une certaine mesure justifie le souci d'efficacité et de rapidité qu'illustre de façon particulièrement saillante le règlement du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Dans un premier temps, l'octroi de la force exécutoire résulte d'une procédure qui n'est ni contradictoire¹⁴²² ni nécessairement judiciaire¹⁴²³. En outre, les vérifications auxquelles l'autorité requise procède sont purement formelles et la partie contre laquelle l'exécution est sollicitée n'a pas la possibilité de présenter d'observations¹⁴²⁴. Un véritable débat entre les parties ne s'instaure que dans un second temps, si l'une d'elle exerce un recours contre la décision relative à la demande de déclaration constatant la force exécutoire¹⁴²⁵. *A priori*, la conventionnalité d'un tel système est peu douteuse. En effet, le respect du droit au procès équitable s'apprécie *in globo*. Or, dans le

¹⁴¹⁸ CEDH 17 juin 2003 requête n° 34647/97 *Ruianu c/ Roumanie*, § 66.

¹⁴¹⁹ Cf. *mutatis mutandis* CEDH 25 juin 2002 requête n° 38805/97 *W. K. c/ Italie* et CEDH 20 juillet 2004 requête n° 38805/97 *W. K. c/ Italie*, § 35, où la Cour considère que la période de référence débute à la date à laquelle la juridiction polonaise a transmis au ministre italien des affaires intérieures la demande de la requérante. Voir également CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, §§ 97-100 ; CEDH 6 mai 2004 requête n° 70807/01 *Monique, Oriane et Lilian Hussin c/ Belgique*.

¹⁴²⁰ Ou, le cas échéant, avec le rejet définitif de la demande (CEDH 6 mai 2004 requête n° 70807/01 *Monique, Oriane et Lilian Hussin c/ Belgique*).

¹⁴²¹ A. Marmisse, *op. cit.*, p. 344, n° 690. Dans le même sens, voir J.-P. MARGUÉNAUD, « La cohérence des sources communautaires et européenne (CEDH) », in A.-M. Leroyer et E. Jeuland (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, p. 55.

¹⁴²² Article 38-1 : « *Les décisions rendues dans un État membre et qui y sont exécutoires sont mises à exécution dans un autre État membre après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée* ».

¹⁴²³ Article 39-1.

¹⁴²⁴ Article 41.

¹⁴²⁵ Article 43-1.

meilleur des cas, la contestation aura déjà fait l'objet de plusieurs examens devant les juridictions de l'État d'origine avant que sa régularité internationale ne soit débattue contradictoirement, quoique de façon différée, devant les juridictions de l'État requis.

299. La CEDH, par le biais du droit à l'exécution des décisions obligatoires et définitives et, le cas échéant, de la superstructure procédurale des autres garanties substantielles¹⁴²⁶, incite les États à organiser une procédure de réception des jugements étrangers répondant à un impératif de célérité sans pour autant sacrifier les exigences d'équité. Bien sûr, les progrès les plus notables se rencontrent au sein d'espaces intégrés et relativement homogènes comme l'Union européenne. Néanmoins, les efforts doivent être poursuivis et amplifiés, car, du point de vue de la partie gagnante, l'obligation d'introduire une nouvelle instance dans l'État où elle souhaite profiter des droits qu'elle tire d'un jugement constitue une contrainte source de ralentissements potentiellement préjudiciables¹⁴²⁷ et de frais supplémentaires. Pour pallier ces inconvénients, la Cour, inspirée et confortée par certaines expériences¹⁴²⁸ « révolutionnaires »¹⁴²⁹, pourrait être conduite à considérer que le droit à l'exécution implique la suppression de toute procédure préalable et corrélativement l'admission d'une force exécutoire *de plano* au bénéfice des jugements étrangers définitifs.

§ II Vers une force exécutoire *de plano*

300. Les articles 2123 alinéa 2 du Code civil et 509 du Nouveau Code de procédure civile suggèrent que l'attribution de la force exécutoire aux jugements étrangers résulte nécessairement d'une intervention des tribunaux français. L'action en *exequatur* constitue un instrument essentiel et préalable pour la mise en œuvre concrète des décisions étrangères. À

¹⁴²⁶ Le constat de violation de l'un n'exclut pas, en effet, celui de l'autre, car, ainsi que le souligne la Cour, la différence entre l'objectif visé par leurs garanties respectives peut, selon les circonstances, justifier l'examen d'une même série de faits sous l'angle de chacune d'elles (cf. CEDH 24 mars 2003 requêtes n° 36812/97 et n° 40104/98 *Sylvester c/ Autriche*, § 76 ; CEDH 24 février 1995 requête n° 16424/90 *Mac Michael c/ Royaume-Uni*, § 91 (*Dalloz* 1995 p. 449 note M. Huyette)).

¹⁴²⁷ Particulièrement en matière internationale où le temps nécessaire à la mise à exécution du jugement étranger ne doit pas permettre à la partie succombante de déplacer ses avoirs dans un autre État contraignant alors son adversaire à introduire une nouvelle instance dans un nouvel État. Cette considération contribue à expliquer pourquoi le règlement communautaire du 22 décembre 2000 organise une procédure sur requête et non par voie d'assignation.

¹⁴²⁸ Cf. Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *JOCE* n° L 143/15 du 30 avril 2004 ; articles 41 et 42 du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *JOCE* n° L 338 du 23 décembre 2003 p. 1.

¹⁴²⁹ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 780, n° 512 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 340, n° 477-1.

cet argument textuel s'ajoute un argument qualifié par Francescakis¹⁴³⁰ de « rationnel » justifiant le traitement particulier des jugements étrangers par rapport aux jugements français. Du point de vue de l'éminent auteur, en effet, « *il n'est pas concevable que le souverain national puisse à tel point renoncer à ses prérogatives essentielles qu'il permette aux autorités d'un pays étranger de donner directement des ordres à sa force publique pour l'exécution de leur sentence* »¹⁴³¹. Pourtant, à l'examen, le caractère indispensable de l'*exequatur* se révèle douteux. L'octroi de la force exécutoire suppose impérativement la réunion de deux conditions. L'obligation doit être susceptible d'exécution forcée¹⁴³², d'une part, et contenue dans un acte pris par une autorité publique désignée par la loi¹⁴³³, d'autre part. L'apposition de la formule exécutoire, la notification du jugement à la partie contre laquelle l'exécution est requise et le caractère exécutoire de la décision étrangère s'analysent alors comme procédant davantage de considérations pratiques que juridiques¹⁴³⁴. Par conséquent, à rebours de l'opinion émise par Francescakis, rationnellement, l'octroi de la force exécutoire aux jugements étrangers n'implique pas le recours préalable à une autorité du for.

301. Renoncer à l'instance en *exequatur* n'équivaudrait cependant pas, pour le souverain, à abdiquer ses prérogatives au profit d'un souverain étranger, car l'attribution de la force exécutoire *de plano* ne saurait être assimilée à la suppression de toute intervention de l'ordre juridique requis. Elle s'impose non seulement à titre de réception de la force exécutoire acquise à l'étranger, mais aussi pour vérifier la régularité internationale du jugement étranger¹⁴³⁵. Ainsi, par l'énoncé des conditions de régularité internationale sous la forme d'une norme générale, abstraite et inconditionnelle représentant l'intervention de l'ordre juridique requis et dont l'effet juridique serait la reconnaissance de la force exécutoire de la décision étrangère¹⁴³⁶, les autorités chargées de l'exécution ne feraient que se conformer à l'ordre de leur souverain. Son pouvoir de commandement ne s'exprimerait plus par le

¹⁴³⁰ P. FRANCESCAKIS, « Effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'*exequatur* », *TCFDIP années 1946-1948*, Dalloz, 1951, p. 136.

¹⁴³¹ *Ibid.*, p. 131.

¹⁴³² H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, thèse dactyl. Caen, 1997, p. 185 et s., n° 233 et s..

¹⁴³³ *Ibid.*, p. 195 et s., n° 235 et s..

¹⁴³⁴ *Ibid.*, p. 195 et s., n° 245 et s. et p. 324 et s., n° 438 et s..

¹⁴³⁵ Parce que pas plus la force exécutoire que l'effet substantiel et l'autorité de la chose jugée ne sauraient être admis au bénéfice d'une décision internationalement irrégulière.

¹⁴³⁶ Peu importe à cet égard que la force exécutoire ne constitue pas un effet, mais un attribut du jugement, car le droit positif a d'ores et déjà ouvert la voie à la reconnaissance immédiate de l'autorité de la chose jugée qui, elle aussi, est un attribut du jugement.

truchement de la formule exécutoire, mais par l'effet d'une règle juridique générale. L'exigence de célérité procédant du droit à l'exécution issu de l'article 6 de la CEDH encourage et appuie la disparition d'une procédure coûteuse, retardant l'effectivité de l'effet substantiel du jugement et dont la nécessité apparaît finalement douteuse.

302. En se fondant sur la Convention européenne des droits de l'homme, seul le caractère obligatoire, définitif et exécutoire du jugement étranger dans l'ordre juridique d'origine conditionnerait la reconnaissance automatique de sa force exécutoire dans l'ordre juridique requis. Certains aménagements devraient accompagner l'avènement d'une telle solution afin, d'une part, d'assurer la sauvegarde des droits de la partie contre laquelle l'exécution est demandée et, d'autre part, d'encadrer, dans la mesure du possible, la remise en cause de la décision exécutée. En effet, puisque, à l'heure actuelle, l'action en contestation de la régularité internationale d'un jugement étranger n'est enfermée dans aucun délai particulier, la perspective de la remise en cause de ce qui a été exécuté, à n'importe quel moment, ne paraît pas raisonnablement envisageable¹⁴³⁷. Prévoir une information du débiteur ouvrant un délai de forclusion, plus ou moins long selon que son domicile se situe dans l'État requis ou à l'étranger, pour lui permettre d'introduire une action en inopposabilité du jugement étranger concilierait équité et célérité.

303. L'Union européenne manifeste d'ores et déjà le souci d'accroître l'efficacité des décisions rendues dans les États membres. Si le règlement du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale maintient l'exigence d'une intervention préalable d'une autorité du for requis pour l'octroi de la force exécutoire, le règlement relatif à la création d'un titre exécutoire européen¹⁴³⁸ franchit un palier supplémentaire dans la voie de la libéralisation. Considérant que toute mesure intermédiaire constitue une restriction à la libre circulation des jugements, il prévoit la suppression pure et simple de l'*exequatur*¹⁴³⁹ dans le domaine des

¹⁴³⁷ H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 337, n° 454.

¹⁴³⁸ Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *JOCE* n° L 143/15 du 30 avril 2004 ; H. PÉROZ, « Le règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire pour les créances incontestées », *Clunet* 2005 p. 637. Sur ses racines, voir, par exemple J.-P. CORREA DELCASSO, « Le titre exécutoire européen et l'inversion de contentieux », *RIDC* 2001 p. 61.

¹⁴³⁹ Article 5 ; Voir l'opinion nuancée de MM. Mayer et Heuzé (*op. cit.*, p. 341, n° 477-1). Dans le même sens, cf. les articles 41 et 42 du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

créances civiles et commerciales incontestées tant dans leur nature que dans leur montant. Inspiré par la confiance mutuelle entre les systèmes judiciaires des États membres et développant une logique libertaire jusque dans ses conséquences les plus extrêmes, le règlement dessaisit l'État membre d'exécution de la question de la régularité internationale de la décision¹⁴⁴⁰. La responsabilité de la certification en tant que titre exécutoire européen incombe uniquement à la juridiction d'origine. L'exclusion de tout recours contre le certificat¹⁴⁴¹ conduit à une inversion du contentieux¹⁴⁴² et impose par conséquent au défendeur de contester, le cas échéant, la décision dans l'État d'origine.

¹⁴⁴⁰ L'article 6 impose, pour l'essentiel, la réunion de trois conditions : la décision doit être exécutoire dans l'État d'origine ; la compétence du juge doit respecter les règles du règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 relatives aux compétences exclusives et à la compétence en matière d'assurance ; l'information du débiteur doit être assurée.

¹⁴⁴¹ Article 10-4.

¹⁴⁴² J.-P. CORREA DELCASSO, *loc. cit.* p. 61 ; G. DE LEVAL, « Les ressources de l'inversion de contentieux », in M.-T. Caupain et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 83.

CONCLUSION DU TITRE II

304. Sur le plan normatif, la cohérence et l'harmonie supposent l'ouverture et la perméabilité des ordres juridiques. C'est à cette seule condition qu'une permanence des situations, en dépit du phénomène de la frontière, est envisageable. Une fois encore, les droits fondamentaux permettent de conforter et au besoin de réaliser cet objectif du droit international privé. À cet égard, M. Rigaux soutient que leur respect implique, pour les États, d'élaborer un système au moins embryonnaire de droit international privé autorisant l'application d'une norme étrangère ou la reconnaissance de ses effets¹⁴⁴³. Cependant, pour prospérer, une telle analyse impose d'admettre la singularité des relations privées internationales par rapport aux relations purement internes, car, alors, leur traitement sera simplement distinctif sans encourir le reproche d'être discriminatoire. Si la concordance de la CEDH et du droit international privé se confirme alors largement en ce qui concerne les situations constituées à l'étranger, en revanche, elle semble compromise en ce qui concerne les situations créées dans le for. Parce que le juge européen déclare l'analogie de ces dernières et des situations internes, on ne peut affirmer sans nuance que la coordination normative est une valeur matérielle protégée par la CEDH. Il serait pourtant excessif de l'exclure. Elle apparaît tout d'abord à travers le contrôle exercé par la Cour dont l'objet est de vérifier que l'élément d'extranéité imprime à la situation un caractère suffisamment original pour justifier une solution spécifique. Elle se manifeste ensuite par le rapprochement des règles de fond et de conflit des Hautes Parties contractantes induit par la CEDH en ce qu'il oriente le droit international privé dans un sens universaliste.

¹⁴⁴³ F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pédone, 1977, p. 330 et s..

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

305. Sous l'influence de la CEDH, l'ordre international gagne en cohérence et en harmonie. Un tel résultat n'est pas naturel et nécessite certaines adaptations, car l'application systématique des droits et libertés conventionnellement garantis tels qu'ils ont été définis à l'égard des relations purement internes s'accorderait mal avec la spécificité plus ou moins marquée des relations privées internationales. En effet, promouvoir une liberté d'agir ou ne pas tolérer la mise en œuvre, au sens large, d'une norme étrangère sous prétexte d'une discrimination irait manifestement à l'encontre de l'objectif de coordination. Le pluralisme des ordres juridiques commande au contraire de contextualiser le déclinatoire de compétence et d'admettre la pertinence du phénomène juridique étranger. Le programme d'éradication des situations boiteuses est certes séduisant, mais il n'est guère réaliste ni même véritablement souhaitable. Son pouvoir d'attraction s'évanouit dès lors qu'il incite à accepter l'inacceptable¹⁴⁴⁴ ou à décliner l'indéclinable¹⁴⁴⁵. C'est ainsi, qu'outre l'harmonie internationale, le droit international privé poursuit également un objectif de protection de l'ordre juridique. D'aucuns suggèrent¹⁴⁴⁶ que cet objectif doit prévaloir en toute hypothèse lorsqu'il entre en conflit avec le précédent. Pour l'essentiel, un tel arbitrage repose sur l'argument historique de l'antériorité de l'ordre interne sur l'ordre international¹⁴⁴⁷. En ce sens, la cohésion du premier importe davantage que celle du second, laquelle est au demeurant inachevée. Le fait que la CEDH stimule et appuie la réalisation de l'objectif d'harmonie n'invite-t-il pas cependant à envisager une inversion de la hiérarchie ainsi proposée ? La réponse est assurément négative, non parce que la Convention conforte une telle présentation, mais parce qu'elle supprime les termes initiaux de la difficulté. Elle n'est pas indifférente à la protection de l'ordre juridique. Par exemple, il ne saurait être question de revendiquer son bénéfice afin de justifier la reconnaissance d'une décision étrangère dont les

¹⁴⁴⁴ Lorsque la mise en œuvre de la norme étrangère porte atteinte aux valeurs essentielles du for.

¹⁴⁴⁵ Lorsque la mise en œuvre de la norme étrangère produit des résultats compatibles avec les valeurs essentielles du for.

¹⁴⁴⁶ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 323, n° 145 ; L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, p. 260 et s., n° 357 et s. Comp. M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations (relations entre systèmes laïques et systèmes religieux)*, Dalloz, 2005 : de son point de vue, en effet, la hiérarchie qu'il convient « inéluctablement » d'établir s'impose seulement si les principes internes sont véritablement menacés et si aucune conciliation ne peut être opérée avec les impératifs internationaux.

¹⁴⁴⁷ Voir, par exemple, M.-C. NAJM, *op. cit.*, p. 105, n° 112 et p. 110 et s., n° 118 et s. ; M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports en droit interne et en droit international », in *Mélanges offerts à H. Rolin, Problème du droit des gens*, Pédone, 1964, p. 495.

effets seraient incompatibles avec les droits et libertés qu'elle garantit. En somme, elle contribue au rejet des normes indésirables. Partant, les objectifs de coordination et de protection se situent sur un même plan. Aucun n'est *a priori* supérieur à l'autre. Aussi, l'objectif de protection doit-il se concilier avec l'objectif de coordination.

SECONDE PARTIE

LA CEDH, FACTEUR DE PROTECTION DES ORDRES JURIDIQUES

306. L'engouement pour l'harmonie internationale des solutions et la fluidité des situations juridiques individuelles dans l'ordre international ne saurait sombrer dans l'angélisme. Les normes générales ou individuelles étrangères n'ont pas toutes vocation à déployer leurs effets dans l'ordre juridique requis, car, à raison de leur mise en œuvre concrète ou, pour les secondes, de leur élaboration, elles risqueraient de heurter gravement ses valeurs fondamentales. Les mécanismes normaux du droit international privé s'effacent alors au profit de mécanismes exceptionnels de sauvegarde des principes essentiels du for.

Dans la mesure où la CEDH se présente comme l'expression d'un patrimoine commun d'idéal, elle constitue pour les juges des différents États Parties et notamment français une référence pertinente afin de déterminer le niveau de protection du for¹⁴⁴⁸. Elle nourrit ainsi naturellement tant l'ordre public international substantiel que l'ordre public procédural dont elle conforte¹⁴⁴⁹, provoque¹⁴⁵⁰ voire empêche¹⁴⁵¹ la réaction. En d'autres termes, dans ce domaine, le recours à la CEDH n'est pas toujours une simple faculté, mais parfois une obligation. L'attitude du juge requis d'appliquer une loi étrangère ou de donner effet à une décision de justice étrangère peut, en effet, engager la responsabilité internationale de l'État duquel il dépend puisque les juges de Strasbourg n'ont jamais admis que la mise en œuvre d'une norme étrangère s'apparentât à une cause d'exonération. Dès lors, la protection de l'ordre juridique requis échappe pour partie aux juges nationaux¹⁴⁵². Le contrôle exercé par la Cour européenne et avant elle par les anciennes Cour et Commission EDH contribue à définir les cas dans lesquels il convient d'accueillir ou au contraire de rejeter la norme étrangère. Puisqu'il n'existe pas de règle d'ordre public international, mais seulement des normes

¹⁴⁴⁸ B. DOCQUIR, « Le droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain*, vol. LIX, 1999, n° 4, p. 512 ; F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 217.

¹⁴⁴⁹ Dans l'hypothèse où la valeur défendue trouve une justification supplémentaire dans la Convention.

¹⁴⁵⁰ Dans l'hypothèse où la valeur défendue n'a d'autre assise que conventionnelle.

¹⁴⁵¹ Dans l'hypothèse où la valeur que le for souhaite défendre se révèle contraire à la Convention alors que la norme étrangère lui apparaît corrélativement conforme.

¹⁴⁵² D. COHEN, « La CEDH et le droit international privé », *RCDIP* 1989, p. 482.

étrangères contraires à l'ordre public international¹⁴⁵³, il fournit ainsi des indications, à défaut de la spécifier explicitement, sur la manière dont il sied d'opposer la Convention à la norme émanant d'un État tiers. Un dilemme apparaît alors pour le juge : « *s'il accepte d'appliquer une norme étrangère qui lui est contraire, il viole la Convention, mais s'il refuse, il risque d'ouvrir la voie à un cloisonnement des ordres juridiques* »¹⁴⁵⁴.

307. Là se situe certainement le point d'achoppement le plus aigu entre la Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé, car l'éviction de la loi normalement compétente, selon la célèbre expression de Maury¹⁴⁵⁵, et le refus des effets d'une décision étrangère qu'il permet ne s'inspirent pas uniquement de considérations nationales. Ils opèrent également en contemplation des intérêts de l'ordre international. L'ordre public du droit international privé est ainsi un remède ultime qui consiste à réaliser un juste équilibre entre l'application illimitée de la loi étrangère et la sauvegarde des intérêts légitimes du for. Le développement des relations internationales et la logique du système réclament la limitation d'un tel remède¹⁴⁵⁶. Par voie de conséquence, l'exception d'ordre public n'est pas la transposition pure et simple de l'ordre public interne. Certaines valeurs, rigoureusement impératives dans l'ordre interne, n'ont pas la même force dans un contexte international¹⁴⁵⁷. En outre, l'ordre public international lui-même est empreint de nuances. Certaines circonstances altèrent son intervention et il se manifeste alors dans son effet atténué¹⁴⁵⁸. La protection du for n'est pas absolue. Elle s'ouvre au maximum à l'altérité et l'ordre public international, par l'intensité variable de sa réaction¹⁴⁵⁹, illustre le souci de

¹⁴⁵³ É. BARTIN, *Études de droit international privé*, A. Chevalier-Marescq et Cie, 1899, p. 244 ; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, p. 188, n° 161, note 26 ; S. SAROLÉA, « L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation », *RTDF* 1996 p. 147.

¹⁴⁵⁴ B. DOCQUIR, *loc. cit.*, p. 516.

¹⁴⁵⁵ J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952.

¹⁴⁵⁶ P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 123, n° 108.

¹⁴⁵⁷ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. 177, n° 19.10 ; M.-N. JOBARD-BACHELIER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « Ordre public international. Conditions d'intervention de l'ordre public. Affirmations de valeurs intangibles du for », *Jurisclasser Droit international*, vol. 8, fasc. 534-2, mai 1992, p. 3 et s., n° 5 et s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 335, n° 249 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 149, n° 205.

¹⁴⁵⁸ Civ. 17 avril 1953 Rivière, préc. : « *La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* ».

¹⁴⁵⁹ Constat qui s'appliquerait davantage à l'ordre public de proximité qu'à l'effet atténué de l'ordre public. Voir, R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *Colloque d'Avignon, l'ordre public*

respecter, autant que possible, la diversité culturelle et le pluralisme idéologique. L'équilibre qu'il réalise s'inscrit dans les finalités du droit international privé et son maintien s'impose. Or, de nombreux auteurs¹⁴⁶⁰ craignent que l'immixtion de la CEDH dans ce domaine ne le rompe et par conséquent brise les efforts tendant à l'instauration d'une communauté internationale. Dès lors, afin d'éviter que les droits et libertés garantis par la Convention ne favorisent l'émergence d'un isolationnisme juridique, il importe d'atténuer ou plutôt de moduler le contrôle de leur respect. En d'autres termes, la protection du for qu'ils ne manquent pas d'influencer doit demeurer équilibrée. Aussi, déterminer s'il est possible de faire produire à la CEDH des effets adaptés aux spécificités du droit international privé et selon quelle méthode est-il décisif.

308. Le premier point appelle certainement une réponse positive. Lorsqu'ils examinent les relations privées internationales, les juges de Strasbourg ajustent leur raisonnement en considération de l'originalité apportée par l'élément d'extranéité¹⁴⁶¹. Il serait paradoxal et pour le moins curieux qu'ils la négligent dans l'hypothèse particulière d'un contrôle de la compatibilité de la norme étrangère avec la Convention.

Si un infléchissement des exigences européennes peut se concevoir, la conceptualisation de sa manifestation se révèle plus délicate à réaliser. Convient-il d'opérer une sélection au sein des dispositions conventionnelles entre celles qui sont essentielles et celles qui le sont moins pour n'opposer que les premières aux normes étrangères ? Introduire une distinction selon que la norme étrangère émane d'un État Partie ou d'un État tiers présente-t-il une utilité ? Doit-on, au contraire, opter pour une pleine applicabilité des droits et libertés garantis tout en réservant les adaptations nécessaires dans leur mise en œuvre ? Le choix peut être indécis parce que les prolongements, dans l'ordre interne, de chacune des possibilités envisagées sont

au 20^{ème} siècle, 7 octobre 1994, Dalloz, 1996, p. 65 : « Cette prétendue variabilité de l'ordre public dans l'espace est critiquable par son manque de nuances : nulle gradation là-dedans, mais un passage du tout au rien, une véritable hésitation entre l'éviction complète et la pleine validité » (p. 72). De son point de vue, seul l'ordre public de proximité offre une variation effective (p. 73 et s.).

¹⁴⁶⁰ Voir, par exemple, P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 256 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000 p. 802 ; J. FOYER, « Droits internationaux des droits de l'homme et ordre public international », in *Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme, Mélanges Raymond Goy*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 333 ; Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 112 et s., n° 192 et s. ; P. MAYER, « Droit à un procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 1996, p. 134.

¹⁴⁶¹ Cf. *supra* Partie I.

substantiellement différents. Cet aspect du problème est certes important, car il est évident qu'à son tour le for doit assurer la protection de la CEDH, mais il apparaît davantage comme la conséquence d'une option plus fondamentale relative à l'expression du pluralisme des ordres juridiques et des intérêts de l'ordre international dans le contrôle européen.

309. En ce qui concerne le second point, la prise en compte des spécificités nationales s'effectue classiquement dans l'application de la Convention¹⁴⁶² par le truchement du principe de proportionnalité et de la marge nationale d'appréciation. Ils devraient logiquement permettre, même s'ils sont voués principalement à la préservation de la diversité et de la richesse des traditions des États Parties, d'accueillir les particularités du traitement des relations privées internationales. Pourtant, en cette matière, les juges de Strasbourg ont emprunté une autre voie, surprenante et éminemment contestable¹⁴⁶³. C'est, en effet, dans le premier temps de leur contrôle qu'ils ont insufflé la souplesse tendant à établir une protection du for contre les normes étrangères sans sacrifier totalement les impératifs de la vie internationale. Leur démarche a ainsi donné naissance à un mécanisme curieux et inédit qualifié par la doctrine¹⁴⁶⁴ d'effet atténué de l'ordre public européen dont le fonctionnement se caractérise, de façon certaine, par une applicabilité sélective des droits et libertés conventionnels couplée, quoique les arrêts manquent de clarté à cet égard, à leur application sans nuance. En outre, la Cour, au fil de sa jurisprudence, a établi de subtiles distinctions dont la pertinence laisse perplexe. Aussi conviendrait-il de ne pas réserver le même sort aux normes étrangères selon qu'elles émanent d'un État Partie à la Convention ou d'un État

¹⁴⁶² G. COHEN-JONATHAN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des États contractants », in *Mélanges Nicolas Valticos « Droit et justice »*, Pédone, 1999, p. 385, spéc. p. 391 et s. ; M. DELMAS-MARTY, « Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels) », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 81 ; M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit, réflexion sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000 p. 753 ; C. PICHERAL, *L'ordre public européen (droit communautaire et droit européen des droits de l'homme)*, La documentation française, 2001, p. 70 et s..

¹⁴⁶³ Bien que les deux arrêts fondateurs (CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 Soering c/ Royaume-Uni, préc. ; CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, préc.) se rapportent à la coopération pénale internationale, le parallélisme avec la matière civile semble évident (F. MATSCHER, *loc. cit.*, p. 223).

¹⁴⁶⁴ Voir, par exemple, C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001, p. 339, n° 454 ; G. COHEN-JONATHAN, « La place de la CEDH dans l'ordre juridique français », in F. Sudre (dir.), *Le droit français et la CEDH, 1974-1992*, NP Engel-Kehl, Strasbourg Arlington, 1993, p. 45 ; J.-F. FLAUSS, « L'exequatur des jugements étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Droz, Genève, 2002, p. 73 ; F. MATSCHER, opinion concordante sous CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, préc. ; S. SAROLÉA, *loc. cit.*, p. 162 ; F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 77.

tiers¹⁴⁶⁵ et selon qu'elles soulèvent une difficulté d'ordre substantiel ou d'ordre procédural¹⁴⁶⁶. Solide dans ses fondements, louable dans ses finalités, mais fragile dans son architecture, il serait souhaitable que cette construction atypique s'efface au profit d'une autre d'essence plus classique. Dans une telle perspective, que la Cour européenne a semblé retenir le temps d'un arrêt¹⁴⁶⁷, le relativisme qui imprègne d'ores et déjà la Convention s'adapterait au relativisme qui règne en droit international privé afin de préserver la nécessaire tolérance et l'indispensable compréhension des valeurs portées par les normes étrangères, sans pour autant sacrifier les droits fondamentaux. Il en résulterait alors une définition équilibrée de l'objectif de protection de l'ordre juridique du for par la CEDH (Titre I) et il appartiendrait aux Hautes Parties contractantes de traduire les exigences européennes ainsi circonscrites en assurant leur respect à l'encontre de l'ensemble des normes étrangères (Titre II).

¹⁴⁶⁵ CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 *Pellegrini c/ Italie* *RTDH* 2002 p. 463 note J.-P. Costa, *JCP* 2002.I.105.7 obs. F. Sudre, *RTDC* 2001 p. 987 obs. J.-P. Marguénaud, *AJDA* 2001 p. 1062 obs. J.-F. Flauss, *RCDIP* 2004 p. 106 note L.-L. Christians, *RDIDC* 2004 p. 231 obs. P. Marchal.

¹⁴⁶⁶ CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 *Odd F. Lindberg c/ Suède*.

¹⁴⁶⁷ Cf. CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 *Pellegrini c/ Italie*, préc., avant que la Cour ne précise, de manière incidente, le véritable sens de la jurisprudence *Pellegrini* par sa décision *Lindberg* (CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 *Odd F. Lindberg c/ Suède*) que seule Mme Sinopoli (« Droit au procès équitable et *exequatur* : Strasbourg sonne les cloches à Rome (à propos de l'arrêt *Pellegrini c/ Italie* du 20 juillet 2001) », *Gazette du Palais*, 21-23 juillet 2002, p. 2) avait, semble-t-il, perçu (cf. *infra* n° 347).

TITRE I

LA DÉFINITION EUROPÉENNE DE LA PROTECTION

310. Le règlement des relations privées internationales conduit à mettre en contact un ordre juridique de référence avec les institutions, les règles et au-delà les mœurs et la mentalité d'ordres juridiques tiers¹⁴⁶⁸. Savigny¹⁴⁶⁹ et Bartin¹⁴⁷⁰ prétendaient que le système conflictualiste ne se concevait qu'au sein d'une communauté de droit. Ce qui constituait alors le paradigme de la matière apparaît aujourd'hui anachronique ou à tout le moins réducteur. Le fonctionnement du droit international privé dépasse les limites de la ou des communautés de droit. Le défaut de communauté juridique, relève M. Elgeddawi, est contrebalancé par l'idée d'une « *communauté internationale qui lie les systèmes juridiques nonobstant leur rattachement à telle ou telle civilisation. Des points d'accord et de rapprochement existent et peuvent se développer entre les systèmes divergents en vue de leur coordination sur le plan international* »¹⁴⁷¹.

Par voie de conséquence, les institutions ou les règles auxquelles l'ordre juridique de référence se trouve confronté ne procèdent plus seulement d'un fond de culture commune, même si, à l'occasion, elles pouvaient apparaître fort singulières. Leur degré d'exotisme est désormais susceptible d'atteindre un niveau si élevé qu'elles susciteront naturellement méfiance, incompréhension et finalement un sentiment de rejet. Le droit international privé devient alors le théâtre de conflits que d'aucuns ont qualifié de civilisation¹⁴⁷². L'observateur occidental, enclin à considérer le produit de sa culture comme un phénomène universel¹⁴⁷³ et

¹⁴⁶⁸ Ainsi que le relevait M. Mercier, « *on peut dire que les lois sont un reflet des civilisations et qu'admettre dans un État une loi étrangère revient à consacrer la solution qu'elle prévoit et par-là même à reconnaître la part de civilisation qu'elle représente* » (*Conflit de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Droz, Genève, 1972, p. 1).

¹⁴⁶⁹ F. K. VON SAVIGNY, *Traité du droit romain. Tome VIII*, Librairie de Firmin Didot Frères, fils et Cie, 2^{ème} édition, Paris, 1860 ; J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, collection Les voies de droit, 1999, p. 52 et s..

¹⁴⁷⁰ É. BARTIN, *Études de droit international privé*, A. Chevalier-Marescq et Cie, 1899, p. 217 et s. ; *Id.*, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Tome I, Domat-Montchrestien, 1930, p. 58, 69, 157 et s..

¹⁴⁷¹ A. K. ELGEDDAWI, *Relations entre système confessionnel et laïque en droit international privé*, Dalloz, 1971, p. 127, n° 168.

¹⁴⁷² J. DÉPREZ, « Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre système d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel », *RCADI* 1988 tome 211 ; A. K. ELGEDDAWI, *op. cit.*, p. 127, n° 167 ; P. MERCIER, *opere citato*.

¹⁴⁷³ Cf. par exemple J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 2^{ème} édition, 1995 : « *À première lecture, les réformes françaises du droit de la famille paraissent rejoindre un courant universel* » (p. 182). Or, afin d'appuyer son affirmation, l'illustre auteur renvoie aux évolutions identiques qui ont eu lieu au Royaume-Uni, en Italie, aux USA, en Suisse et en Allemagne, soit uniquement des États occidentaux.

la ligne d'horizon de la modernité, demeure dubitatif face aux institutions ou règles qui portent la marque de la religion, en particulier l'Islam¹⁴⁷⁴. La polygamie, la répudiation, l'inégalité successorale ou les empêchements à mariage frappant spécifiquement les femmes ou encore le refus de l'adoption et de l'établissement de la filiation naturelle sont, sous ce rapport, très révélateurs¹⁴⁷⁵. Pour autant, la différence, si grande soit-elle, n'aboutit pas inéluctablement à l'éviction. Le souci d'assurer une plus grande fluidité des situations juridiques individuelles et les apports du droit comparé ont permis, de façon plus ou moins généreuse selon les époques, une ouverture de l'ordre juridique à l'altérité. Aussi, l'ordre juridique français a-t-il ponctuellement accueilli les effets d'une union polygamique¹⁴⁷⁶ ou d'une répudiation¹⁴⁷⁷ prononcée à l'étranger réprimant par-là une légitime sensation de répulsion puisque, comme le relevait John Stuart Mill, « *les règles qui ont cours dans les différents pays sont si évidentes pour leurs habitants qu'elles semblent naturelles. Cette illusion universelle est un exemple de l'influence magique de l'habitude qui, comme le dit le proverbe, devient non seulement une seconde nature, mais se confond constamment avec la première* »¹⁴⁷⁸. Pour l'essentiel, le souci de préserver l'entreprise de coordination des ordres juridiques et de surmonter les conflits de civilisations s'exprime par le biais de l'effet atténué de l'ordre public international, d'une mise en œuvre circonspecte de son plein effet¹⁴⁷⁹ et d'une approche résolument internationale du problème du conflit de qualifications¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁴ L'hostilité est réciproque dans la mesure où l'Islam se veut également universel (J. DÉPREZ, *loc. cit.*, p. 156-157, n° 74 ; A. K. ELGEDDAWI, *op. cit.*, p. 118, n° 155 ; P. HERMANN, *L'existence d'une conception des droits de l'homme propre aux États musulmans*, mémoire Montpellier I, 1999, p. 9). Au demeurant, la prétention universaliste semble commune à chaque grande civilisation (cf. S. P. HUNTINGTON, *Le choc des civilisations*, Odile Jacob, 2000, p. 467 : « *Dans un monde traversé par les conflits ethniques et les chocs entre civilisations, la croyance occidentale dans la vocation universelle de sa culture a trois défauts majeurs : elle est fautive, elle est immorale et elle est dangereuse* », notamment parce que les civilisations asiatique et musulmane prétendent aussi à l'universalité). En ce qui concerne la civilisation chinoise, cf. X. LI, « Les droits de l'homme en Chine. Réalité et polémique », *Droit et cultures* 1998-I n° 35 p. 125.

¹⁴⁷⁵ Pour un aperçu du droit musulman, voir S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, « La définition internationale des droits de l'homme et l'islam », *RGDIP* 1985 p. 625 ; I. AL MAFREGY, *Essai sur les caractéristiques essentielles du droit musulman et sa conception des droits de l'homme*, thèse Montpellier, 1974, p. 313 et s. ; F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, Dalloz, collection connaissance du droit, 1995.

¹⁴⁷⁶ Civ. 26 janvier 1958 Chemouni *JCP* 1958.II.10488 note P. Louis-Lucas, *RCDIP* 1958 p. 110 note Jambu-Merlin, *Clunet* 1958 p. 776 note A. Ponsard, *Dalloz* 1958 p. 265 note Lenoan.

¹⁴⁷⁷ Civ. 1^{ère} 3 novembre 1983 Rohbi *RCDIP* 1984 p. 325 note I. Fadlallah, *Clunet* 1984 p. 322 note P. Kahn, *JCP* 1984.II.20131 conclusions Gulphe, *GAJFDIP* n° 63-64 ; Civ. 1^{ère} 3 juillet 2001 Douibi *Clunet* 2002 p. 181 note P. Khan, *JCP* 2002.II.10039 note T. Vignal, *Dalloz* 2001 p. 3378 note M.-L. Niboyet, *RCDIP* 2001 p. 704 note L. Gannagé, *RJPF* 2001 n° 11 p. 16 note M.-C. Meyzeaud-Garaud.

¹⁴⁷⁸ J. S. MILL, *De la liberté*, Gallimard, Folio essai, trad. L. Lenglet, 1990, p. 68.

¹⁴⁷⁹ « À mesure de sa tolérance ou de son intolérance, autrement dit de sa souplesse ou de sa rigidité, les chances de cette coordination paraîtront grandes ou faibles » (A. K. ELGEDDAWI, *op. cit.*, p. 215, n° 277). Voir également, P. FRANCESKAKIS, « Droit naturel et droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, tome I Droit international privé et droit international public*, Dalloz, 1960, p. 121 et s..

¹⁴⁸⁰ L'idée est de « regarder les institutions étrangères comme des réponses différentes à des problèmes que nous résolvons autrement ». La structure importe moins que la fonction, ce qui permet, par exemple, d'intégrer l'union polygamique dans la catégorie « mariage » (H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit*

311. De prime abord, le droit européen des droits de l'homme n'affiche pas de concessions similaires. À deux reprises¹⁴⁸¹, par exemple, la Cour a nettement souligné « *l'incompatibilité de la charia avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention* ». Si la doctrine a parfois regretté une appréciation si générale de la loi islamique¹⁴⁸², son contenu, en revanche, correspond à l'opinion la plus répandue¹⁴⁸³. Ainsi, nul ne conteste l'affirmation de la Cour selon laquelle « *la Turquie, comme toute autre Partie contractante, peut légitimement empêcher que les règles de droit privé d'inspiration religieuse portant atteinte à l'ordre public et aux valeurs de la démocratie au sens de la Convention (par exemple les règles permettant la discrimination fondée sur le sexe des intéressés telles que la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession) trouvent application sous sa juridiction* »¹⁴⁸⁴. Face à des questions aussi épineuses que la réception des effets d'une répudiation¹⁴⁸⁵, la Cour fournit une réponse simple. *A priori* et *in abstracto*, elle juge qu'il convient de rejeter une telle institution en raison de son incompatibilité avec les valeurs démocratiques dont elle est la gardienne et l'interprète. D'emblée, le second terme n'est pas sans soulever quelques difficultés. Une interprétation se nourrit consciemment ou inconsciemment de subjectivité et glisse parfois

international privé, Dalloz, 1956, p. 43, n° 19) et la répudiation dans la catégorie « divorce ». Voir également, P. FRANCESCAKIS, *loc. cit.*, p. 121 et s..

¹⁴⁸¹ CEDH 31 juillet 2001 requêtes n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 Refah Partisi c/ Turquie, § 72 (*Clunet* 2002 p. 308 obs. R. A., *JCP* 2002.I.105.7 obs. F. Sudre, *RTDC* 2001 p. 979 obs. J.-P. Marguénaud) ; CEDH 13 février 2003 requêtes n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 Refah Partisi c/ Turquie, § 123 (*Clunet* 2004 p. 712 obs. E. Decaux).

¹⁴⁸² J.-P. MARGUÉNAUD, obs. sous CEDH 31 juillet 2001 requêtes n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 Refah Partisi c/ Turquie, *RTDC* 2001 p. 982.

¹⁴⁸³ D'une manière générale, relève M. Diop, l'Islam est perçu comme contraire aux droits de l'homme en raison du statut qu'il accorde à la femme et des règles qu'il prévoit en matière pénale (« Islam et droits de l'homme. Une problématique actuelle. Un impact certain », in G. Conac et A. Amor (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Economica, 1994, p. 75 et s.).

¹⁴⁸⁴ CEDH 13 février 2003 requêtes n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 Refah Partisi c/ Turquie, préc., § 128. Voir cependant l'opinion concordante du juge Kovler jointe à CEDH 13 février 2003 requêtes n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 Refah Partisi c/ Turquie, précité. Quoiqu'il ait voté avec la majorité, il exprime de vives inquiétudes par rapport au manque de nuances dont souffrent certaines affirmations de la Cour. De son point de vue, par exemple, la description de l'union polygamique est caricaturale.

¹⁴⁸⁵ Qui a donné lieu à de grandes controverses doctrinales (voir, entre autres, I. FADLALLAH, « Vers une reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français », *RCDIP* 1981 p. 17 ; F. MONÉGER, « Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français », *Clunet* 1994 p. 361 ; R. EL-HUSSEINI, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *RCDIP* 1999 p. 427) et à une jurisprudence chaotique (pour un aperçu des principales étapes, cf. Civ. 1^{ère} 3 novembre 1983 Rohbi, préc. ; Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988 Boujlifa c/ Dyane *RCDIP* 1989 p. 733 note M.-L. Niboyet-Hoegy ; Civ. 1^{ère} 6 juin 1990 Akla *RCDIP* 1991 p. 593 note P. Courbe, *Dalloz* 1990 som. p. 263 obs. B. Audit ; Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1994 El Madani *RCDIP* 1995 p. 103 note J. Déprez, *Dalloz* 1995 p. 263 note J. Massip, *Defrénois* 1995 p. 310 obs. J. Massip, *Bull. civ.* n° 192, *GAJFDIP* n° 63-64 ; Civ. 1^{ère} 3 juillet 2001 Douibi, préc. ; Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (arrêts n° 256 et 258) *Dalloz* 2004 p. 606, *Dalloz* 2004 p. 824 concl. F. Cavarroc, *RCDIP* 2004 p. 423 note P. Hammje, *JCP* 2004.II.10126 note H. Fulchiron, *Clunet* 2004 p. 1200 note L. Gannagé, *RTDC* 2004 p. 365 obs. J.-P. Marguénaud).

vers la création. Au demeurant, la Cour ne cherche pas à dissimuler le manque d'objectivité des valeurs démocratiques puisqu'elles sont clairement contextualisées (« *au sens de la Convention* »). En dépit des circonstances particulières de l'affaire¹⁴⁸⁶, on peut redouter que l'incise ait une très large portée. Certes, la mise en œuvre d'une loi étrangère ou la réception des effets d'un jugement étranger ne sauraient être assimilées à la volonté de refouler la laïcité et d'instaurer un régime politique fondé sur la charia ou des règles qui en sont le reflet. La Cour ne vise cependant pas une hypothèse aussi radicale. De son point de vue, certaines normes sont injustifiables en elles-mêmes. Par conséquent, les États peuvent (doivent ?) légitimement s'opposer à leur application à l'égard de situations qui se développent sous l'empire de leur juridiction. Et, dès l'instant où elles seront régies par une norme étrangère, quelle qu'elle soit, une telle prise de position est susceptible d'affecter le traitement des relations privées internationales. Plus précisément, elle aboutit à ériger une cloison rigide entre, d'une part, les ordres juridiques influencés par la Convention européenne des droits de l'homme et, d'autre part, ceux imprégnés de religion¹⁴⁸⁷. Alors, la remarque formulée par le Tribunal de Karlsruhe dans sa décision du 4 mai 1971 selon laquelle la crainte de voir le droit international privé complètement bouleversé par une confrontation normale du droit étranger aux droits fondamentaux « *ne serait fondée que si l'on voulait traiter l'application du droit étranger dans chaque cas de la même manière que l'application d'une règle allemande ordinaire à une affaire purement interne* »¹⁴⁸⁸ prend tout son sens. Le droit international privé sera sauvé de la ruine uniquement si la Cour accepte de traiter différemment les Hautes Parties contractantes selon qu'elles appliquent leur propre droit ou un droit étranger, selon, en d'autres termes, qu'elles structurent leur société ou œuvrent à la coordination des ordres juridiques. La poursuite d'un tel objectif, tout en ne renonçant pas au patrimoine commun de valeurs qui unit les États membres du Conseil de l'Europe, implique alors l'aménagement de la responsabilité étatique¹⁴⁸⁹. Selon les vœux de M. Mayer, il y a lieu d'interpréter la portée de l'obligation dont l'État est débiteur à l'égard des situations internationales¹⁴⁹⁰ ; et, comme le

¹⁴⁸⁶ Dissolution d'un parti politique turc dont le but inavoué aurait été de mettre en place un régime fondé sur la Charia.

¹⁴⁸⁷ Ce qui concerne notamment, à des degrés divers en fonction de l'étatisation de leur droit, les pays musulmans (A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *Clunet* 2003 p. 726 et s.).

¹⁴⁸⁸ Tribunal de Karlsruhe 4 mai 1971, précité.

¹⁴⁸⁹ Bien que, selon une approche radicale et militante, la réception d'une institution étrangère méconnaissant les droits de l'homme équivaille nécessairement à un reniement de soi (A. MEZGHANI, *loc. cit.* p. 761).

¹⁴⁹⁰ P. MAYER, « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991 p. 661.

précisait le Tribunal de Karlsruhe, « *une juste interprétation des droits fondamentaux admet qu'il faille tenir compte du particularisme de la matière* »¹⁴⁹¹.

312. L'objectif est souhaitable et sa réalisation peut être raisonnablement envisagée. Le contrôle européen présente une structure particulièrement adaptée à cette fin. La souplesse qui caractérise la mise en œuvre de la Convention permet de concevoir la modulation du contrôle exercé par la Cour de Strasbourg et la variation de son intensité. Insuffisamment exploitées dans la jurisprudence de la Cour, les relations privées internationales pourraient être l'occasion de redonner du sens à des distinctions dont l'existence est pourtant certaine. Elle invite à circonscrire ce qu'il importe de sauvegarder. Et, à cet égard, toute différenciation entre les États suivant qu'ils sont tiers ou Parties à la Convention n'est pas à exclure. S'il n'est en effet guère concevable de réduire le domaine d'application de la Convention, remarque M. Bucher¹⁴⁹², « *en revanche, la définition des droits de l'homme par la Convention porte en elle-même la perspective d'une application différenciée selon l'origine étatique, sociale et culturelle des personnes* ». En particulier, poursuit-il, la marge nationale d'appréciation permet de « *relativiser la gravité de certaines restrictions aux libertés fondamentales qui auraient pour origine le droit d'un État non-contractant* » (Chapitre II). De façon très contestable, la Cour ne semble pourtant pas hostile à une réduction du domaine matériel de la Convention en s'appuyant sur une distinction qui s'articule autour de la nature de la norme étrangère qui soulève une difficulté au regard de la Convention (Chapitre I).

¹⁴⁹¹ Tribunal de Karlsruhe 4 mai 1971, précité.

¹⁴⁹² A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *RCADI* 2000 tome 283 p. 85 note 257.

Chapitre I Approche critique de l'applicabilité restreinte de la CEDH

313. Si les gardiens de la Convention estiment que, face à une norme étrangère, l'État est susceptible d'engager sa responsabilité à raison d'un acte qui lui est imputable, alors, l'extranéisation des effets de la CEDH évoquée par M. Flauss¹⁴⁹³ ne devrait pas, logiquement, se manifester au regard de l'applicabilité du texte européen. Dans la mesure où il s'applique directement, rien, *a priori*, ne permet de restreindre, *ratione materiae*, l'étendue des obligations étatiques. Il resterait seulement à déterminer si tel ou tel contentieux relève de la matière civile ou s'il se rattache à la vie privée et familiale et plus largement s'il intéresse, matériellement, l'un quelconque des droits conventionnellement protégés. Pourtant, la juridiction strasbourgeoise, soucieuse de ne pas entraver excessivement le développement des relations privées internationales et leur traitement harmonieux, s'est engagée dans une autre voie tout empreinte de nuance, mais mal maîtrisée. Sans aucun appui textuel, elle a entrepris de redéfinir, suivant les hypothèses, la teneur des droits qu'il importe de sauvegarder lorsque le juge d'une Haute Partie contractante se trouve requis de mettre en œuvre une loi étrangère ou de donner effet à un jugement étranger. À cette fin, elle a établi plusieurs distinctions, en définitive assez peu convaincantes, qui se fondent sur la nature de la norme étrangère en cause, le problème qu'elle soulève et l'État d'où elle émane¹⁴⁹⁴.

314. En vertu de ce que certains n'hésitent alors pas à nommer l'ordre public européen¹⁴⁹⁵, elle envisage l'applicabilité de la CEDH différemment selon qu'elle se trouve en présence d'une norme générale ou d'une norme individuelle. Par-là, elle évoque une autre distinction

¹⁴⁹³ J.-F. FLAUSS, « L'exequatur des jugements étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Droz, Genève, 2002, p. 70 ; *Id.*, « L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg », *LPA* 18 avril 2002 n° 78 p. 11. Voir, toutefois, *Id.*, « Variations autour de l'influence *extra-muros* de la Convention européenne des droits de l'homme », in J.-F. Flauss (dir.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit des États tiers*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 129.

¹⁴⁹⁴ CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 Odd F. Lindberg c/ Suède.

¹⁴⁹⁵ J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 55, spéc. p. 67 et s. ; G. COHEN-JONATHAN, « La place de la CEDH dans l'ordre juridique français », in F. Sudre (dir.), *Le droit français et la CEDH, 1974-1992*, NP Engel-Kehl, Strasbourg Arlington, 1993, p. 45 ; C. PICHERAL, *L'ordre public européen (droit communautaire et droit européen des droits de l'homme)*, La documentation française, 2001 ; F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 70 et s. ; *Id.*, « L'ordre public européen », in M.-J. Redor (dir.) *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Nemesis, Bruylant, 2001, p. 125 et s..

familière du droit international privé français clairement affirmée par la Cour de cassation dans son célèbre arrêt *Rivière*¹⁴⁹⁶.

Dans le premier cas, en effet, malgré l'absence d'une position ferme et expresse, il semble que la décision du juge requis s'apprécie à l'aune de l'ensemble de la CEDH¹⁴⁹⁷.

Dans le second, bien que la Cour ait refusé de régler la question d'une manière générale, plusieurs de ses décisions et arrêts reflètent une volonté très marquée d'atténuer les obligations pesant sur les États membres. À cet égard, seule l'observation de certaines dispositions s'impose. Ainsi, le contrôle auquel le juge requis doit se livrer sur la procédure qui s'est déroulée à l'étranger n'a pas pour base l'intégralité de l'article 6 de la Convention, mais une partie seulement des garanties qu'il consacre, réunies sous la dénomination de « *déni de justice* ». Pareillement, l'obligation de respecter la CEDH semble moindre lors de la réception de l'effet substantiel du jugement étranger. Aussi, est-il tentant d'évoquer un effet plein de l'ordre public européen qui s'opposerait à son effet atténué¹⁴⁹⁸, lequel ne jouerait qu'en « *cas de transgression des exigences essentielles de la Convention* »¹⁴⁹⁹.

La systématisation des limitations ainsi introduites se révèle cependant plus délicate à réaliser parce que, outre leur variabilité en fonction de l'État d'origine, une jurisprudence abondante et suffisamment précise fait défaut. Par conséquent, le rapprochement entre ce schéma et le mécanisme français ne peut guère être approfondi, car le dégradé que propose la jurisprudence européenne se sépare radicalement des variations d'intensité de l'exception d'ordre public¹⁵⁰⁰. La terminologie employée est donc source de confusion. C'est pourquoi la locution « applicabilité restreinte » paraît plus propice à rendre compte de la mesure dans laquelle la CEDH intervient en présence d'une décision de justice étrangère.

315. De la sorte, la Cour conçoit l'extranéisation des effets de la Convention d'abord par son applicabilité. Un examen critique de sa réduction face aux jugements étrangers révèle

¹⁴⁹⁶ Civ. 17 avril 1953 *Rivière* *RCDIP* 1953, précité.

¹⁴⁹⁷ Dans l'affaire *Gil et Malone* (Commission 11 avril 1996 requête n° 24001/94 *Gil et Malone c/ Pays-Bas et le Royaume-Uni*), par exemple, la Commission, avant de prononcer l'irrecevabilité de la requête pour non-épuisement des voies de recours internes, a rappelé sans nuance les exigences découlant de l'article 8 de la Convention en matière de filiation. Les circonstances internationales du litige ne lui ont semblé appeler aucune adaptation (voir également, Commission 10 juillet 1975 requête n° 6482/74 *A. H. c/ Pays-Bas*). Une attitude similaire est perceptible à l'encontre des lois émanant d'un État tiers au système européen de garantie des droits de l'homme (voir Commission 10 juillet 1973 requête n° 5288/71 *X c/ Luxembourg*). *Contra* F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 72 et s. : l'auteur estime que, dans cette hypothèse, seuls les droits relevant de l'ordre public européen, c'est-à-dire les garanties essentielles de la Convention, permettent d'évincer les lois étrangères.

¹⁴⁹⁸ F. SUDRE, *loc. cit.*, p. 72 et s..

¹⁴⁹⁹ G. COHEN-JONATHAN, *loc. cit.*, p. 45. Voir également C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001, p. 389 et s., n° 454.

¹⁵⁰⁰ Voir également, selon un point de vue sensiblement différent, C. PICHERAL, *op. cit.*, p. 320.

l'échec de la tentative, approuvée néanmoins par certains¹⁵⁰¹, et renforce le souhait du recours à une méthode plus orthodoxe et plus classique, d'ores et déjà adoptée à propos des lois étrangères. En effet, si la souplesse insufflée à la CEDH repose sur de solides justifications (section I), sa manifestation apparaît cependant bien peu satisfaisante (section II).

Section I Opportunité des fondements de l'applicabilité restreinte

316. L'intervention de la Convention face aux normes étrangères ne saurait conduire à leur éviction systématique. Or, la mise en œuvre sans nuance du texte européen risque d'aboutir à un tel résultat, en particulier à l'égard des normes provenant des États non Parties dont la culture et l'approche des droits de l'homme peuvent se révéler sensiblement voire radicalement différentes de celles qui imprègnent l'aire soumise à l'influence de la Convention. Pour éviter l'avènement d'un isolationnisme juridique, les organes de la Convention ont songé à identifier les droits essentiels qu'il convenait de sauvegarder. Faute de dispositions sur lesquelles ils auraient pu justifier leur position, ils ont mis en avant des considérations de pure opportunité. Le souci de préserver la sécurité et la prévisibilité des situations acquises plaide en faveur d'une atténuation de la rigueur de la CEDH en présence d'une décision de justice étrangère. Ainsi, dans des affaires qui intéressent de près ou de loin les relations privées internationales, la Cour n'a pas manqué de souligner, d'une part, l'influence majeure de l'élément d'extranéité dans la mise en œuvre de son contrôle (§ I) et, d'autre part, que l'assouplissement qui l'accompagne répond avant tout au souci de ne pas nuire au développement de la coopération interétatique (§ II).

§ I La spécificité du fait générateur de la responsabilité étatique

317. À première vue, l'extranéité de la situation ne devrait entraîner aucune atténuation du contrôle européen envisagé sous l'angle de la norme de référence, car, dans l'exercice de sa juridiction, l'État répond du respect de l'ensemble des droits et libertés garantis. La décision des organes de Strasbourg porte en effet sur un acte d'une Haute Partie contractante, qui se réalise certes dans des circonstances particulières, mais à propos desquelles la Convention ne ménage pas d'exception. Le fait générateur de la responsabilité ne réside pas dans la procédure étrangère, mais dans son contrôle par l'État requis ; il ne se situe pas davantage

¹⁵⁰¹ F. SUDRE, *loc. cit.*, p. 72 : « On conçoit mal que toute disposition de la Convention puisse écarter la norme étrangère ».

dans le contenu du jugement étranger, mais dans la réception de ses effets substantiels ; enfin, il ne s'identifie pas à la loi étrangère, mais à sa mise en œuvre par le juge du for. L'extranéité est alors indifférente puisque, une fois encore, il ne s'agit pas d'établir la responsabilité de l'État d'origine. La Cour l'exprime fermement et clairement dans l'arrêt *Pellegrini* lorsqu'elle affirme que sa tâche « *consiste dès lors non pas à examiner si la procédure s'étant déroulée devant les juridictions ecclésiastiques était conforme à l'article 6 de la Convention, mais si les juridictions italiennes, avant de donner l'exequatur à ladite déclaration de nullité, ont dûment vérifié que la procédure y relative remplissait les garanties de l'article 6* »¹⁵⁰².

Cependant, le raisonnement n'est peut-être pas si net. Comment, en effet, apprécier l'effectivité du contrôle opéré par le for requis sans s'intéresser au déroulement de la procédure étrangère ? Par ailleurs, en tant que telles, la réception d'un jugement étranger ou la mise en œuvre d'une loi étrangère sont relativement neutres. Déterminer si, en elles-mêmes, elles violent la Convention conduit inévitablement à vérifier, directement ou indirectement, la compatibilité de leur objet, c'est-à-dire le jugement ou la loi étrangers, au regard de la CEDH. Par conséquent, les frontières du fait générateur de la responsabilité tendent à s'obscurcir. Au demeurant, la Cour n'a pas toujours fait preuve de la témérité affichée dans l'affaire *Pellegrini*. De façon très réaliste et pragmatique, elle a concédé, à l'occasion de l'affaire *Soering*, que, pour établir la responsabilité du Royaume-Uni à raison de l'extradition du requérant vers les États-Unis, on ne pouvait « *éviter d'apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3* »¹⁵⁰³. Faire abstraction de l'élément d'extranéité se révèle ainsi impossible puisque, à défaut d'influencer le principe même de la responsabilité, il contribue à en façonner le fait générateur. Bien que certains auteurs¹⁵⁰⁴ semblent considérer que seul l'examen d'une décision étrangère implique une atténuation de la Convention, leur position ne mérite pas d'être entièrement approuvée. Si M. Sudre considère que l'effet atténué n'a pas lieu de jouer lorsque la situation n'est pas née à l'étranger, il précise néanmoins que, dans ce cas, ce n'est pas la Convention qui produit son plein effet, mais l'ordre public européen, soit les droits essentiels de la Convention. Or, dans la mesure où ils ne s'identifient pas à l'ensemble des droits garantis, il admet implicitement

¹⁵⁰² CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 *Pellegrini c/ Italie*, préc., § 40.

¹⁵⁰³ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering c/ Royaume-Uni*, préc., § 91.

¹⁵⁰⁴ Voir, en particulier, G. COHEN-JONATHAN, *loc. cit.*, p. 45 ; B. DOCQUIR, « Le droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain*, vol. LIX, 1999, n° 4, p. 516-517 ; F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 223 ; F. SUDRE, *loc. cit.*, p. 39 ; *Id.*, « L'ordre public européen », in M.-J. Redor (dir.) *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Nemesis, Bruylant, 2001, p. 127.

une atténuation de la Convention toutes les fois où la situation présente un élément d'extranéité¹⁵⁰⁵. M. Cohen-Jonathan semble développer une idée similaire, car s'il vise spécifiquement le cas où « *le droit ou la situation juridique a été acquise à l'étranger* »¹⁵⁰⁶, ce n'est qu'à titre d'exemple. Par conséquent, il ne paraît pas hostile à un élargissement du domaine de l'effet atténué de la Convention. La prise en compte de l'extranéité de la norme s'impose donc, que la difficulté provienne de la réception d'une décision étrangère (A) ou de la mise en œuvre d'une loi étrangère (B).

A La décision étrangère

318. L'étude de l'influence de l'élément d'extranéité sur le fait générateur de la responsabilité doit, en ce qui concerne les décisions de justice étrangère, se dédoubler selon qu'elles soulèvent une difficulté à raison de la procédure qui les a précédées (1) ou à raison de leurs effets substantiels (2).

1 La procédure étrangère

319. Le juge doit en premier lieu s'assurer que la procédure qui a précédé le jugement étranger n'est pas incompatible avec la Convention. Le rôle de la Cour, précisé dans l'arrêt *Pellegrini*, consiste alors à vérifier l'effectivité du contrôle mené par la juridiction requise. Sous ce rapport, les juges strasbourgeois ont le choix entre deux attitudes, l'une timorée, l'autre audacieuse.

320. Selon une première perspective, ils peuvent se contenter d'un examen purement formel de la décision d'*exequatur* ou de reconnaissance, en ce sens qu'ils se borneront à constater qu'un contrôle a eu lieu ce dont attestera, notamment, une motivation dénuée d'arbitraire.

C'est ainsi que, dans l'arrêt *Drozd et Janousek*, ils n'ont relevé aucun manquement à la CEDH, sur la seule foi des affirmations du Gouvernement défendeur ! Ils énoncent alors que « *la Cour prend acte de la déclaration du Gouvernement selon laquelle la France pourrait refuser et refuserait sa collaboration coutumière s'il s'agissait d'exécuter sur son sol une*

¹⁵⁰⁵ Cf. en particulier F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 73, note 205 : « *La question du contenu de l'exception d'ordre public européen se pose, nous semble-t-il, de manière identique dans l'hypothèse d'un conflit avec une loi étrangère* ».

¹⁵⁰⁶ G. COHEN-JONATHAN, *loc. cit.*, 1993, p. 45.

sentence andorrane manifestement contraire aux prescriptions de l'article 6 ou aux principes qu'il consacre »¹⁵⁰⁷. Pour s'en convaincre, la Cour cite deux arrêts par lesquels les juridictions françaises ont refusé l'extradition en raison de ses conséquences prévisibles dans l'État de destination (impossibilité pour la personne condamnée par contumace d'en obtenir la purge en ce qui concerne le premier ; risque d'exécution capitale pour le second).

Relevons toutefois qu'il peut paraître curieux de corroborer une affirmation par des exemples qui ne s'y rapportent que de façon très lointaine voire pas du tout ! En effet, l'affaire *Drozdet Janousek* ne portait pas sur l'extradition des requérants, mais sur leur transfèrement. En outre, aucun des deux arrêts cités par la Cour ne concernait la Principauté d'Andorre. Pourtant, elle s'en est contentée pour se persuader que, si la procédure andorrane avait présenté une incompatibilité avec la CEDH, alors les juridictions françaises l'auraient relevée et par conséquent empêché l'exécution sur le sol français de la condamnation étrangère.

321. À l'opposé d'un comportement pour le moins laxiste, les juges européens ont la possibilité, selon une seconde perspective, de mener un examen beaucoup plus approfondi qui ne traduira aucune démission de leur part. Ils doivent alors déterminer par eux-mêmes et indépendamment des allégations de l'État si le recours offert par le for requis présente un caractère sérieux. Une telle option les oblige à vérifier à leur tour que la procédure étrangère apparaît compatible avec le droit au procès équitable. Si tel n'est pas le cas et que le for requis a reconnu ou accordé l'*exequatur* à la décision étrangère qui en est l'aboutissement, ils en déduiront un manquement aux obligations découlant de la Convention en la matière.

Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Pellegrini*, bien que la Cour se défende d'examiner si la « *procédure s'étant déroulée devant les juridictions ecclésiastiques était conforme à l'article 6 de la Convention* »¹⁵⁰⁸, elle y consacre les paragraphes 42, 44, 45 et 46 de son arrêt pour parvenir à la conclusion que la règle du contradictoire n'avait pas été respectée¹⁵⁰⁹. Parce qu'elles en ont décidé autrement, la Cour estimera que les motifs avancés par les instances italiennes n'étaient pas suffisants.

En adoptant ce point de vue, remarque le juge Costa, « *la Cour de Strasbourg ne se comporte pas comme une juridiction de cinquième instance, mais on n'en est pas loin : elle substitue en*

¹⁵⁰⁷ CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 *Drozdet Janousek c/ France et Espagne*, préc., § 110.

¹⁵⁰⁸ CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 *Pellegrini c/ Italie*, préc., § 40.

¹⁵⁰⁹ La Cour adopte ainsi le raisonnement qu'elle avait suivi dans l'affaire *Soering*. Elle avait alors clairement affirmé la nécessité de se référer au droit étranger afin d'apprécier la responsabilité de l'État Partie et il n'est donc pas étonnant que de nombreux paragraphes de l'arrêt soient consacrés à l'analyse du droit de l'État de Virginie vers lequel le requérant devait être extradé.

effet son appréciation à celle, jugée par elle défailante, des tribunaux italiens »¹⁵¹⁰. Par conséquent, la responsabilité à laquelle s'exposent les Hautes Parties contractantes prend sa source dans un acte qui certes leur est imputable, le contrôle de la procédure étrangère, mais qui, en réalité, est indissociable de ce qui s'est passé à l'étranger. Dans l'affaire *Pellegrini*, ce sont bien, en dernière analyse, « *les imperfections au regard de l'article 6 de la procédure suivie devant les tribunaux canoniques qui rendent la République italienne coupable de violation* »¹⁵¹¹ de la Convention. Un tel lien constitue un puissant incitatif à la mesure et à la pondération, sinon les États membres du Conseil de l'Europe devraient apprécier la procédure étrangère selon la même rigueur que leur impose la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵¹².

322. L'extranéité de la situation joue un rôle tout aussi fort lorsque, en second lieu, des individus souhaitent se prévaloir des effets substantiels d'un jugement étranger au sein de l'ordre juridique d'une Haute Partie contractante.

2 Les effets substantiels

323. Saisi de la question de la régularité internationale d'une décision étrangère qui pose une difficulté en raison de son contenu, le juge, faute d'un pouvoir de révision, n'a d'autre alternative que d'accepter ou refuser ses effets substantiels. S'il retient le premier parti, sa décision ne doit pas, en elle-même, réaliser une violation de la Convention. Or, pour atteindre ce résultat, il est nécessaire que les effets substantiels du jugement étranger ne soient pas, eux-mêmes, incompatibles avec la CEDH. À cet égard, faut-il le rappeler, une décision de justice, quelle qu'elle soit, constitue pour les parties une base de prévision sur laquelle elles auront fondé des espoirs et réglé leur conduite. Exclure sa reconnaissance est ainsi une chose grave qui ne saurait intervenir sans de sérieuses justifications. C'est pourquoi, au demeurant, la Cour de cassation française affirme avec force que la réaction de l'ordre public international

¹⁵¹⁰ J.-P. COSTA, note sous CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 *Pellegrini c/ Italie*, *RTDH* 2002 p. 474.

¹⁵¹¹ J.-P. COSTA, note préc., p. 474. Dans le même sens, voir J.-F. FLAUSS, « *L'exequatur des jugements étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme* », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Droz, Genève, 2002, p. 76 ; *Id.*, « *L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg* », *LPA* 18 avril 2002 n° 78 p. 14.

¹⁵¹² Cf. les motifs très éclairants de la Commission dans l'affaire *Droz et Janousek* (Commission 11 décembre 1990 requête n° 12747/87 *Droz et Janousek c/ France et Espagne*) : « (...) il paraît évident que dans beaucoup de cas de ce genre il n'est guère possible de procéder à une vérification réelle et complète de la manière dont la juridiction étrangère a fait application des principes inhérents à l'article 6 de la Convention. L'exigence d'une telle vérification constituerait en réalité un obstacle sérieux au développement international dans ce domaine » (§ 148).

s'apprécie différemment suivant que le droit litigieux a été acquis à l'étranger ou a vocation à prendre naissance dans le for¹⁵¹³.

Dans le premier cas, il ne produit plus qu'un effet atténué ce qui revient à tolérer dans l'ordre juridique français des situations qu'un juge français, saisi directement d'un litige de même nature pourvu ou dépourvu d'un élément d'extranéité, aurait été dans l'impossibilité de consacrer.

Par conséquent, un assouplissement des exigences européennes apparaît souhaitable puisque, là encore, le fait générateur de la responsabilité demeure intimement lié à des éléments qui échappent à la juridiction de l'État membre requis.

324. Une conclusion similaire concerne également l'hypothèse où, en dernier lieu, le juge doit mettre en œuvre une loi étrangère, laquelle exerce, à la lumière des récentes évolutions de la jurisprudence française, une emprise croissante sur le système juridique national.

B La loi étrangère

325. Affirmer l'emprise de la loi étrangère sur le système juridique national présente quelque incongruité puisque la Cour de cassation considère, avec une constance remarquable, que son interprétation relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et, partant, échappe à son contrôle¹⁵¹⁴. Le seuil de son intervention, soulignent MM. Ancel et Lequette, se situe « *au-delà de la vérification de la conformité de la solution atteinte à la vérité du droit étranger, au-delà du contrôle de l'exactitude de fait de la mise en œuvre de celui-ci* »¹⁵¹⁵. Ainsi, elle paraît laisser une substantielle marge de manœuvre aux cours et tribunaux pour déterminer la signification de la norme qu'ils sont requis d'appliquer ; si leur décision méconnaît une disposition de la Convention, l'influence de l'ordre juridique compétent, sans être nulle, pourrait alors être tenue pour négligeable.

¹⁵¹³ Civ. 17 avril 1953 Rivière, préc. : « *la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* ».

¹⁵¹⁴ Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Moureau RCDIP 1999 p. 713 note H. Muir Watt : « *Mais attendu que l'application que fait le juge du droit étranger, quelle qu'en soit la source, légale ou jurisprudentielle, échappe (sauf dénaturation non invoquée en l'espèce) au contrôle de la Cour de cassation* » (dans le même sens, Soc. 26 février 2002 inédit titré) ; Civ. 1^{ère} 9 mars 1999 inédit : « *Mais attendu que l'interprétation de la loi étrangère relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond* » (voir également, Civ. 1^{ère} 27 mai 1995 inédit titré ; Civ. 1^{ère} 4 février 1992 Bull. civ. I n° 39, Dalloz 1993 p. 13 note G. Légier). Voir, cependant, Crim. 17 mai 1989 RCDIP 1989 p. 511 note B. Ancel.

¹⁵¹⁵ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. 749, n° 82-83.19.

326. Cependant, la liberté concédée par la Haute juridiction n'est pas, et n'a jamais été, sans limites. Elle fait l'objet d'un encadrement de plus en plus strict qui s'inscrit dans un vaste mouvement tendant à l'amélioration de la condition de la loi étrangère devant le juge français¹⁵¹⁶.

Le changement de perspective n'a d'ailleurs rien d'étonnant, car, en dépit d'une confusion terminologique, la tâche d'interprétation qui incombe au juge se conçoit différemment selon l'origine nationale ou étrangère de la loi en cause. Dans le second cas, il n'a pas à établir le sens de la loi étrangère, mais à le découvrir en se référant au droit étranger dans sa totalité, solutions coutumières et jurisprudentielles comprises¹⁵¹⁷. En effet, relèvent MM. Mayer et Heuzé¹⁵¹⁸, « *étant extérieure au système, peu lui importe la source formelle de la règle juridique, pourvu qu'elle soit effectivement en vigueur dans l'État d'où elle émane* ». Aussi, ne saurait-il « *être question de lui confier un véritable pouvoir d'interprétation, lui permettant de dégager lui-même la règle à partir du texte de loi. Il doit se contenter de constater la teneur de la règle telle qu'elle résulte de l'ensemble des sources du droit étranger, et notamment de la jurisprudence* ». L'objectif assigné au juge est donc clair : traiter la question de droit posée de la manière qu'elle le serait dans l'ordre juridique désigné¹⁵¹⁹. Son office apparaît clairement dans la jurisprudence récente de la Haute juridiction dans la mesure où elle précise qu' « *il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger (...)*

¹⁵¹⁶ S'y rattachent, en particulier, les questions de l'autorité de la règle de conflit (Civ. 1^{ère} 26 mai 1999 Belaïd, préc. : En accueillant une action en recherche de paternité sur le fondement de l'article 340 du Code civil français « *sans rechercher, d'office, quelle suite devait être donnée à l'action en application de la loi personnelle de la mère, qui, selon les éléments de procédure, était titulaire d'une carte de résident, la cour d'appel a méconnu les exigences* » des articles 311-14 et 3 du Code civil ; voir, cependant, Civ. 1^{ère} 26 mai 1999 Société Mutuelles du Mans IARD, préc. : « *S'agissant des droits dont les parties ont la libre disposition, une cour d'appel a légalement justifié sa décision sur le fondement de la loi française, dès lors qu'aucune des parties n'avait invoqué la convention de La Haye du 15 juin 1955 pour revendiquer l'application d'un droit étranger* »), de la nature de la loi étrangère (cf. Civ. 1^{ère} 13 janvier 1993 Coucke RCDIP 1994 p. 78 note B. Ancel : « *Attendu que, sous couvert de griefs non fondés ou irrecevables de violation de l'article 3 du Code civil et de dénaturation de certificats de coutume, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'application et l'interprétation souveraines par les juges du fond de la loi étrangère laquelle, malgré l'absence de contrôle par la Cour de cassation, est une règle de droit (cnqs) qui ne relève pas des prescriptions de l'article 7 du nouveau Code de procédure civile* ») et de la preuve de sa teneur dont le régime actuel (cf. *infra* n° 326, notes 1522 et 1523) en favorise une recherche soutenue.

¹⁵¹⁷ P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 140, n° 191. Voir également, J. LEMONTEY et J.-P. REMERY, « La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation », in *Rapport de la Cour de cassation 1993*, La documentation française, 1994, p. 92.

¹⁵¹⁸ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 130, n° 191.

¹⁵¹⁹ B. ANCEL, « L'objet de la qualification », *Clunet* 1980 p. 258 ; B. ANCEL, note sous Civ. 1^{ère} 24 novembre 1998 Lavazza, RCDIP 1999 p. 91 ; H. MUIR WATT, note sous Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Moureau, RCDIP 1999 p. 717.

de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger »¹⁵²⁰. Au service de l'observation de cette directive, la Cour de cassation a développé deux contrôles dont l'intensité n'a cessé de croître au fil de ses arrêts. Leur conjugaison « *permet de vérifier que le juge du fond applique correctement le droit étranger* »¹⁵²¹.

Le premier porte sur la motivation retenue par les juges du fond et s'exerce indépendamment des règles relatives à la preuve de la loi étrangère. Que l'accomplissement de cette charge relève du juge¹⁵²² ou des parties¹⁵²³ importe peu. L'essentiel est que le sens qu'attribuera le juge à l'ensemble des matériaux ainsi réunis reflète un respect rigoureux de l'intégrité de l'ordre juridique compétent¹⁵²⁴. Pour s'en convaincre, la Cour de cassation, qui, en toute hypothèse, ne recherchera pas la vérité du droit étranger, impose une double obligation. En premier lieu, la disposition étrangère sur laquelle se fonde le juge doit figurer formellement dans sa décision¹⁵²⁵.

En second lieu, il appartient au juge d'adopter des motifs expliquant pourquoi il a retenu telle interprétation du droit étranger¹⁵²⁶ et justifiant l'application à l'espèce de la loi étrangère ainsi

¹⁵²⁰ Civ. 1^{ère} 28 juin 2005 François X c/ Henry Y et autre *Dalloz* 2005 p. 1882 ; Com. 28 juin 2005 *Dalloz* 2005 p. 1883.

¹⁵²¹ B. FAUVARQUE-COSSON, « Le juge français et le droit étranger », *Dalloz* 2000 p. 132.

¹⁵²² S'il applique d'office la règle de conflit de lois dans les matières où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits (Civ. 1^{ère} 1 juillet 1997 Driss Abdou *RCDIP* 1998 p. 60 note P. Mayer, *Defrénois* 1998 p. 711 note J. Massip : « *l'application de la loi étrangère désignée pour régir les droits dont les parties n'ont pas la libre disposition impose au juge français de rechercher la teneur de cette loi* ») ou, en toute hypothèse, s'il en prend l'initiative, directement (Civ. 1^{ère} 27 janvier 1998 Abadou *JCP* 1998.II.10098 note H. Muir Watt : « *il appartient au juge qui déclare applicable une loi étrangère de procéder à sa mise en œuvre et, spécialement, d'en rechercher la teneur* ») ou indirectement (Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999 *Dalloz* 2000 p. 904 note P. Gouband, *Clunet* 2000 p. 751 note H. Péroz, *JCP* 2000.II.10243 note H. Muir Watt : « *il appartient au juge qui doit faire une application même indirecte d'une loi étrangère, d'en rechercher la teneur* »).

¹⁵²³ Com. 16 novembre 1993 Amerford *RCDIP* 1994 p. 332 note P. Lagarde, *Clunet* 1994 p. 98 note J.-B. Donnier : « *dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre du droit étranger, désigné par la règle de conflit de lois, conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque, à défaut de quoi le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire* ». Comp. avec la position adoptée par la Première Chambre civile (Civ. 1^{ère} 28 juin 2005 François X c/ Henry Y et autre, préc.) et à laquelle s'est ralliée la Chambre commerciale (Com. 28 juin 2005, préc.) : « *il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu* ». Elle constitue ainsi l'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle à l'issue de laquelle le juge a l'obligation de rechercher la teneur du droit étranger dès lors qu'il le reconnaît applicable.

¹⁵²⁴ H. MUIR WATT, note sous Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Moureau, *RCDIP* 1999 p. 717.

¹⁵²⁵ Civ. 19 mai 1958 *RCDIP* 1958 p. 700 note H. Batiffol ; Civ. 1^{ère} 22 février 2000 *RCDIP* 2000 p. 778 note H. Muir Watt et B. Ancel, *Clunet* 2001 p. 107 note M. Raimon ; Civ. 1^{ère} 6 mars 2001 *Clunet* 2002 p. 171 note M. Raimon.

¹⁵²⁶ Civ. 1^{ère} 10 octobre 1978 Saccone *RCDIP* 1979 p. 775 note P. Courbe.

interprétée¹⁵²⁷. À cette fin, il est nécessaire, notamment, qu'il réponde aux conclusions des parties sur les modalités d'application et d'interprétation de ce droit¹⁵²⁸.

Leur respect contribue assurément à une application satisfaisante de la loi étrangère, même si, isolément, il ne garantit pas qu'elle serait celle que ferait un juriste du système étranger¹⁵²⁹.

C'est l'une des raisons pour lesquelles la Cour de cassation exige, en outre, que les juges du fond ne dénaturent pas la loi étrangère. Obéissant, à l'origine, à des conditions assez strictes¹⁵³⁰, le contrôle de la dénaturation s'est alourdi à mesure qu'il acquérait son autonomie¹⁵³¹. Désormais, il n'a plus pour objet de sanctionner la méconnaissance du sens clair et précis de la loi étrangère tel qu'il résulte des documents présentés au juge, mais plus largement de censurer une erreur manifeste de compréhension, notamment par l'omission ou l'addition d'éléments normatifs. En d'autres termes, le juge ne peut se contenter d'une simple référence à la loi étrangère. Il lui incombe de la replacer dans son contexte, de l'éclairer à la lumière d'autres sources de droit positif. En particulier, il lui faut prendre en compte la jurisprudence étrangère qui s'y rapporte¹⁵³². À présent, en effet, c'est aussi dénaturer la loi étrangère que de ne pas retenir l'interprétation qui en est donnée à l'étranger¹⁵³³. En définitive, la mise en œuvre de la loi étrangère relèvera du pouvoir souverain d'appréciation

¹⁵²⁷ Ce qui permet le contrôle de la rectitude du syllogisme par la Haute juridiction (P. COURBE, note sous Civ. 1^{ère} 10 octobre 1978, *RCDIP* 1979 p. 778).

¹⁵²⁸ Civ. 1^{ère} 6 février 1996 *RCDIP* 1996 p. 460 note D. Bureau.

¹⁵²⁹ H. MUIR WATT, note préc., p. 719.

¹⁵³⁰ Cf. Civ. 21 novembre 1961 Montefiore *RCDIP* 1962 p. 329 note P. Lagarde, *Clunet* 1962 p. 686 note B. Goldman, *JCP* 1962.II.12521 note P. Louis-Lucas, *Dalloz* 1963 p. 37 note P. Francescakis, *GAJFDIP* n° 36 : la Cour de cassation énonce que doit être cassé l'arrêt qui méconnaît le sens clair et précis d'un document législatif étranger, en l'occurrence belge, versé aux débats. Par-là, le contrôle de la dénaturation de la loi étrangère porte les stigmates de ses origines, soit le contrôle de la dénaturation en matière contractuelle (Civ. 15 avril 1872 Foucauld et Coulombe *GAJC* n° 160 p. 111). C'est dire qu'à défaut d'un document clair et précis, les juges du fond établissaient souverainement le sens de la loi étrangère.

¹⁵³¹ L'élément le plus significatif réside sans doute dans la modification du fondement du contrôle de la dénaturation de la loi étrangère. Découlant naguère de l'article 1134 du Code civil, il résulte aujourd'hui de l'article 3 de ce même Code (cf. Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1997 Africatours *JCP* 1998.II.10170 note B. Billon-Dufouleur, *Clunet* 1998 p. 98 note I. Barrière-Brousse, *Dalloz* 1998 p. 104 note M. Menjucq). Cf. D. THARAUD, *Le contrôle de dénaturation en droit international privé*, mémoire DEA Limoges, 2001, *passim*.

¹⁵³² Civ. 1^{ère} 24 novembre 1998 Lavazza *RCDIP* 1999 p. 88 note B. Ancel : « Vu l'article 3 du Code civil ; attendu qu'il incombe au juge qui applique une loi étrangère de rechercher la solution donnée à la question litigieuse par le droit positif en vigueur dans l'État concerné » ; Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1997 Africatours, préc. : « Vu l'article 3 du Code civil ; attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la loi sénégalaise précise que les administrateurs et le président du conseil d'administration sont "responsables des fautes commises dans leur fonction", et en méconnaissant ainsi le sens littéral de cette loi au profit de l'interprétation donnée en droit interne à la loi française, dont les termes n'étaient d'ailleurs pas identiques, sans faire état d'aucune autre source de droit positif sénégalais donnant à la disposition litigieuse le sens qu'elle lui attribue, la cour d'appel a dénaturé la loi étrangère » ; Civ. 1^{ère} 2 février 1982 Olivier *RCDIP* 1982 p. 706 note P. Mayer, *Clunet* 1982 p. 690 note H. Muir Watt : « d'où il suit que les motifs critiqués, qui ne font état d'aucune autre source du droit positif allemand donnant à la disposition allemande le sens qu'ils lui attribuent, dénaturent les termes clairs et précis du texte législatif étranger ».

¹⁵³³ B. BILLON-DUFOULEUR, note sous Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1997 Africatours, *JCP* 1998.II.10170 p. 1969.

des juges du fond uniquement dans le cas où l'état du droit étranger demeurerait incertain par l'effet d'un langage législatif obscur ou de solutions jurisprudentielles contradictoires qu'il serait impossible de départager grâce à des considérations objectives tirées de leur date ou de l'autorité dont elles émanent¹⁵³⁴. Cependant, même dans une telle hypothèse, le souci de respecter l'intégrité du droit étranger pourrait conduire à une conclusion différente. Ainsi, MM. Mayer et Heuzé estiment que le juge devrait alors « *raisonner comme le ferait le juge étranger, en particulier (...) obéir aux maximes d'interprétation que celui-ci observerait* »¹⁵³⁵. Tout réel pouvoir d'interprétation serait donc exclu puisque face à une trop grande obscurité du droit étranger, la prudence commanderait de tenir son sens pour insuffisamment établi et d'appliquer la loi française¹⁵³⁶.

327. Par conséquent, l'implication de l'État du for dans la mise en œuvre de la loi étrangère désignée par sa règle de conflit doit être nuancée. En théorie et de plus en plus en pratique, le juge requis ne dispose que d'une marge de manœuvre réduite, d'autant que de nombreux moyens s'offrent à lui afin de découvrir, dans un délai raisonnable, la vérité du droit étranger¹⁵³⁷.

Au demeurant, la Cour de Strasbourg ne s'oppose pas à la recherche, même obstinée, du droit étranger, mais il est nécessaire qu'elle n'entraîne pas une prolongation excessive de l'instance. Bien qu'elle constate, dans l'affaire *Karalyos et Huber*¹⁵³⁸ un manquement de la Hongrie au droit à être jugé dans un délai raisonnable, à aucun moment, cependant, elle n'indique qu'une solution satisfaisante aurait résidé dans la mise en œuvre de la loi du for au détriment de la loi grecque normalement compétente. Au contraire, elle déplore que les tribunaux hongrois aient attendu aussi longtemps¹⁵³⁹ les renseignements sollicités auprès des autorités grecques alors qu'ils avaient la possibilité, en vertu de la section 5 § 1 du Décret-Loi de 1979 sur le droit international privé, de désigner un expert compétent en la matière¹⁵⁴⁰. En outre, elle relève que les autorités hongroises n'ont pas été suffisamment diligentes dans

¹⁵³⁴ H. MUIR WATT, note sous Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Moureau, *RCDIP* 1999 p. 720.

¹⁵³⁵ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 141, n° 192.

¹⁵³⁶ *Ibidem*.

¹⁵³⁷ Mesures d'instruction, expertise, certificats de coutume, user des possibilités offertes par la convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger signée à Londres le 7 juin 1968 (<http://convention.coe.int>) ratifiée par 42 États dont 3 ne sont pas membres du Conseil de l'Europe ...

¹⁵³⁸ CEDH 6 avril 2004 requête n° 75116/01 *Karalyos et Huber c/ Hongrie et Grèce*.

¹⁵³⁹ Plus de 9 ans et l'affaire était toujours pendante lorsque la Cour a rendu son arrêt.

¹⁵⁴⁰ CEDH 6 avril 2004 requête n° 75116/01 *Karalyos et Huber c/ Hongrie et Grèce*, § 35. En vertu du § 3, ils pouvaient également considérer que le contenu de la loi étrangère normalement compétente n'avait pu être établi et en conséquence faire application de la loi hongroise. Cependant, la Cour ne fait pas mention d'une telle possibilité.

l'application du traité d'assistance judiciaire greco-hongrois. D'une part, certains documents ne figuraient pas dans leur première demande de renseignement de sorte qu'elles ont dû le compléter et le réexpédier. Or, en raison d'une erreur administrative, au lieu d'être transmis au Ministre de la justice grec, le nouvel envoi fut adressé au défendeur à l'instance¹⁵⁴¹. D'autre part, en dépit des retards accumulés, il aura fallu 5 ans avant qu'elles ne délaissent la correspondance traditionnelle au profit des notes verbales et du téléphone afin d'obtenir des réponses plus rapides¹⁵⁴². Dès lors, rien ne fait obstacle à la recherche de la solution étrangère et à son application à la question de droit soulevée devant le juge du for. Dans ces circonstances, peut-on apprécier la décision qui sera prononcée sur le fondement de la loi étrangère avec la même rigueur que celle qui aurait été commandée par les dispositions substantielles de la loi du for ? Dans ce dernier cas, en effet, et à la différence du premier, le législateur ou le juge qui élaborent une règle conduisant à la violation de la CEDH ne sauraient aucunement être excusés. L'esprit de tolérance et d'ouverture qui anime le droit international privé incite à manifester une certaine réserve envers des conceptions certes exotiques, mais que, parfois, nous partageons peu de temps auparavant. C'est pourquoi le juge peut consacrer une situation qui aurait été radicalement exclue si le litige n'avait pas été affecté d'un élément d'extranéité. L'ordre public international ne coïncide pas avec l'ordre public interne.

328. Si l'extranéité de la norme ne constitue pas une cause exclusive de responsabilité, du moins imprime-t-elle à son fait générateur une configuration particulière. L'appréciation du seul comportement des autorités de l'État requis ne permet pas de déterminer si la Convention a été respectée ou au contraire méconnue ; ce qui oblige la Cour de Strasbourg, quoiqu'elle s'en défende à l'occasion, à examiner la norme étrangère en elle-même ou, dans l'hypothèse d'une décision de justice, la procédure qui l'a précédée. L'extranéisation des effets de la CEDH a donc un sens. Elle s'exprime dans la nuance, faute de quoi, le relativisme du droit international privé chancellerait. L'atténuation des exigences européennes se nourrit ainsi d'une considération de pure opportunité. Néanmoins, par-là, la juridiction européenne ne souhaite pas offrir aux États un espace au sein duquel ils pourraient se soustraire à leurs obligations. En effet, un exercice plus souple du contrôle européen obéit au dessein de satisfaire aux aspirations légitimes des individus, les principaux destinataires de la CEDH.

¹⁵⁴¹ CEDH 6 avril 2004 requête n° 75116/01 Karalyos et Huber c/ Hongrie et Grèce, § 36.

¹⁵⁴² *Ibid.*, § 37.

L'un des moyens pour y parvenir consiste à ne pas entraver irrémédiablement le développement des éléments contribuant au progrès du droit international privé.

§ II La préservation du développement de la coopération interétatique

329. Comment une restriction au domaine de la Convention pourrait-elle entraîner l'approbation ? Même si elle apparaît opportune au regard des spécificités du fait générateur de la responsabilité encourue, elle n'en heurte pas moins la lettre de l'article 17 de la CEDH qui prohibe, en termes semble-t-il absolus, l'abus de droit¹⁵⁴³. C'est sans doute la raison pour laquelle la Cour multiplie les arguments en faveur d'une applicabilité restreinte de la CEDH qui ne s'impose pas en logique. Aussi fait-elle valoir les inconvénients, réels ou supposés, qui s'attacheraient à une appréciation classique de la décision du for accueillant une norme étrangère au sein de son ordre juridique. Certes, les arrêts pertinents intéressent la coopération interétatique en matière pénale¹⁵⁴⁴, mais la Cour elle-même s'y réfère afin de justifier la singularité du traitement qu'elle réserve aux relations privées internationales¹⁵⁴⁵.

Ainsi, dans un premier temps, il était indispensable que l'objet de la coopération internationale poursuive un objectif bénéfique. La Cour se voulait rassurante en signifiant que l'atténuation de son contrôle présentait un caractère exceptionnel. Elle paraissait limiter les possibilités du raisonnement analogique pour s'attacher à découvrir, au cas par cas, si la rationalité propre de chaque institution devait conduire à l'aménagement des obligations étatiques au titre de la Convention. Par la suite, elle imprimera à la justification un caractère très général. Elle ne porte plus son attention sur l'institution dont le fonctionnement est critiqué, mais sur le contexte dans lequel elle s'inscrit. Contestable en raison de l'enjeu de la question, la démarche de la Cour se révèle cependant plus adéquate puisque l'assouplissement de ses exigences s'explique alors, de façon assez paradoxale, par les bénéfices que peuvent espérer en retirer les individus. En définitive, que l'instauration d'une coopération interétatique réponde à l'intérêt général (A) ou aux intérêts des individus (B), elle permet toujours de conforter la réduction du contrôle européen.

¹⁵⁴³ « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ». Cf. J.-F. FLAUSS, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *RUDH* 1992 p. 461 ; A. SPIELMANN, « La convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 673.

¹⁵⁴⁴ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 Soering c/ Royaume-Uni, préc. ; CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, précité.

¹⁵⁴⁵ Cf. en particulier CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 Odd F. Lindberg c/ Suède.

A La coopération interétatique inspirée par l'intérêt général

330. La Cour a fait prévaloir le point de vue analytique dans l'affaire *Soering*. Si elle a dénié au Royaume-Uni la possibilité d'échapper à toute responsabilité par la remise du requérant aux autorités de l'État de Virginie pour qu'elles le jugent, elle a néanmoins eu conscience des effets potentiellement dévastateurs d'une attitude rigoureuse sur l'entraide internationale en matière pénale.

Elle a donc aussitôt précisé que l'article 1 de la CEDH « *ne saurait s'interpréter comme consacrant un principe général selon lequel un État contractant, nonobstant ses obligations en matière d'extradition, ne peut livrer un individu sans se convaincre que les conditions escomptées dans le pays de destination cadrent pleinement avec chacune des garanties de la Convention* »¹⁵⁴⁶. En d'autres termes, seul un manquement à certaines dispositions de la Convention, que l'on suppose particulièrement importantes, s'opposerait à la satisfaction de la demande de l'État requérant. La nécessité d'apprécier le droit de ce dernier au regard d'un texte auquel il n'est pas partie explique en grande partie la prudence manifestée par la juridiction strasbourgeoise. Pourtant, elle passera sous silence cette considération et préférera justifier sa position en reprenant à son compte un argument développé par l'État défendeur. En réalité, affirme-t-elle, « *le gouvernement britannique le souligne avec raison, en déterminant le champ d'application de la Convention, et spécialement de l'article 3, on ne saurait oublier l'objectif bénéfique de l'extradition : empêcher les délinquants en fuite de se soustraire à la justice* »¹⁵⁴⁷. Lutter contre l'internationalisation de la criminalité et l'impunité des délinquants implique une étroite collaboration entre les États et, ainsi que la Cour le relève, « *les voyages de par le monde devenant plus faciles et la criminalité prenant une plus grande ampleur internationale, toutes les nations ont un intérêt croissant à voir traduire en justice les délinquants présumés qui fuient à l'étranger* »¹⁵⁴⁸. Voilà pourquoi, fondamentalement, il importe que la Convention ne gêne pas l'extradition en l'assortissant de conditions que les États contractants auraient de grande difficulté à satisfaire, d'autant plus que leur observation ne dépendrait pas uniquement de leur comportement, mais de l'État requérant, le cas échéant, tiers à la CEDH. Or, poursuit la Cour, même si les droits de la

¹⁵⁴⁶ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering c/ Royaume-Uni*, préc., § 86.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.* (cf. également § 110 : « *la Cour ne saurait oublier ni l'atrocité des meurtres reprochés à M. Soering, ni le rôle louable et salutaire des accords d'extradition dans la lutte contre le crime* »).

¹⁵⁴⁸ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering c/ Royaume-Uni*, préc., § 89 ; CEDH 12 mai 2005 requête n° 46221/99 *Öcalan c/ Turquie*, § 88 (*JCP* 2005.I.159 obs. F. Sudre).

personne objet de l'extradition méritent un haut niveau de protection, il ne saurait en résulter un blocage de la coopération internationale. En effet, « *la création de havres de sécurité pour fugitifs ne comporterait pas seulement des dangers pour l'État tenu d'abriter la personne protégée : elle tendrait également à saper les fondements de l'extradition* »¹⁵⁴⁹. Sous ce rapport, la Cour ne souhaite pas que l'espace du Conseil de l'Europe devienne un refuge pour les criminels.

331. L'applicabilité restreinte de la Convention se fonde à la fois sur l'utilité de l'extradition et sur les inconvénients qui découleraient de son entrave. L'analyse détaillée de ses finalités témoigne de la retenue dont font preuve les juges de Strasbourg avant de s'engager dans une voie aussi inquiétante que celle de l'amputation des garanties dont la personne extradée pourrait revendiquer le bénéfice. Cependant, aussi argumentée soit-elle, la démonstration laisse perplexe. Rien dans le texte même de la CEDH ne permet de la corroborer et elle aboutit à privilégier les intérêts étatiques au détriment des droits fondamentaux de l'individu¹⁵⁵⁰. Par ailleurs, sa transposition aux relations privées internationales paraît délicate à réaliser, la réception d'une décision de justice ou la mise en œuvre d'une loi étrangère pouvant difficilement être placées sous le parrainage d'un intérêt étatique. Quand bien même le droit international privé serait-il compris comme un conflit de souverainetés, la résolution de ce dernier s'effectue en considération d'intérêts privés¹⁵⁵¹. Il serait dès lors indispensable que l'objectif poursuivi par le mécanisme en cause et provoquant la bienveillance des juges européens puise également sa légitimité à la source des intérêts individuels. La Cour adoptera cette nouvelle orientation trois ans après l'affaire *Soering*.

B La coopération interétatique inspirée par les intérêts individuels

332. L'affaire *Drozd et Janousek*¹⁵⁵² a offert à la Cour l'opportunité de se prononcer une fois encore sur les motifs conduisant à la restriction de son contrôle. Statuant sur les obligations de la France relativement à l'exécution sur son sol d'une décision de justice

¹⁵⁴⁹ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering c/ Royaume-Uni*, préc., § 89 ; CEDH 12 mai 2005 requête n° 46221/99 *Öcalan c/ Turquie*, préc., § 88.

¹⁵⁵⁰ Cf. les réticences exprimées par le juge De Meyer dans son opinion pourtant concordante sous l'arrêt *Soering* : « *je ne puis souscrire ni au premier alinéa du § 86, ni au § 89, car ces parties des motifs de l'arrêt laissent trop de place à des atteintes inacceptables aux droits fondamentaux des personnes dont l'extradition est demandée* ».

¹⁵⁵¹ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, LGDJ, 1997, p. 35 et s., n° 32 et s..

¹⁵⁵² CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 *Drozd et Janousek c/ France et Espagne*, précité.

andorrane, la Cour énonce qu'il n'incombait pas à l'État défendeur « *de rechercher si la procédure qui déboucha sur cette condamnation remplissait chacune des conditions de l'article 6* »¹⁵⁵³. À l'inverse, en effet, outre les difficultés liées à l'élément d'extranéité qui affecte le fait générateur de la responsabilité, « *exiger un tel contrôle de la manière dont une juridiction non liée par la Convention applique les principes se dégageant de ce texte contrecarrerait aussi la tendance actuelle au renforcement de l'entraide internationale dans le domaine judiciaire, tendance normalement favorable aux intéressés* »¹⁵⁵⁴. Elle promeut alors une conception complémentaire de l'objectif légitime, à présent fondée sur l'individu. La généralité de la formule employée tranche également avec l'affaire *Soering*. Ici, la Cour envisage la situation incriminée dans sa globalité. L'approche analytique cède alors sa place à l'approche synthétique. À aucun moment elle ne cherche à établir l'utilité du transfèrement et les inconvénients, pourtant évoqués par le gouvernement défendeur¹⁵⁵⁵, que ne manqueraient pas de susciter le fait de soumettre sa réalisation au respect de telles conditions supplémentaires. Elle détache sa réflexion de l'analyse concrète du problème soulevé par le cas pour déterminer ce à quoi participe le transfèrement, en l'occurrence, « *la tendance (...) au renforcement de l'entraide internationale dans le domaine judiciaire* ».

Le changement de perspective n'est pas anodin, car, à la vérité, rien ne l'imposait afin d'introduire la considération des intérêts individuels. Ainsi que le soulignaient les représentants de l'État devant la Commission EDH, le transfèrement des détenus poursuit « *un but humanitaire afin de permettre aux ressortissants français condamnés à l'étranger de bénéficier du régime français d'exécution des peines* »¹⁵⁵⁶. C'est donc sciemment que la Cour a abstrait son raisonnement de la matière pénale. En d'autres termes, la réduction de son contrôle se justifie d'une manière générale par le souci de ne pas porter atteinte aux intérêts des individus¹⁵⁵⁷.

Or, ceux-ci seraient tout autant affectés si la Convention entravait ou limitait sans mesure la circulation des décisions de justice civiles et commerciales ou la possibilité de mettre en

¹⁵⁵³ *Ibid.*, § 110.

¹⁵⁵⁴ *Ibidem.*

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, § 109.

¹⁵⁵⁶ Commission 11 décembre 1990 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, § 143.

¹⁵⁵⁷ Au demeurant, le point de vue n'est pas complètement extérieur à l'affaire *Soering*. En effet, la violation de l'article 3 de la CEDH qu'elle a alors constaté réalise, à certains égards, une conciliation entre l'utilité de l'extradition et la nécessaire protection de la personne. En l'espèce, la Cour avait considéré que la possibilité d'extrader le requérant vers l'Allemagne était une circonstance pertinente pour apprécier la situation au regard de la Convention, car « *l'envoi du requérant dans sa propre patrie aux fins de jugement supprimerait à la fois le danger de voir un criminel en fuite demeurer impuni et le risque de souffrances profondes et prolongées dans le "couloir de la mort"* » (CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering c/ Royaume-Uni*, préc., § 110). C'était ainsi souligner, qu'utiliser à bon escient, l'extradition pouvait également satisfaire les intérêts de l'individu.

œuvre une loi étrangère. Dans l'un et l'autre cas, les individus auront réglé leur conduite en fonction d'une norme qui n'est pas nécessairement celle du juge saisi. Peut-on alors accepter que l'immixtion de la CEDH aboutisse à déjouer systématiquement leurs prévisions ?

333. L'atténuation des exigences européennes procède donc de la conjugaison de deux éléments. Outre son extranéité originelle, la situation doit s'inscrire dans un mouvement de coopération internationale légitime, c'est-à-dire poursuivant un but d'intérêt général ou la satisfaction des intérêts des individus tels que l'entraide judiciaire internationale, la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires ou encore l'aménagement de la garde des enfants¹⁵⁵⁸. Quant au point de savoir si toutes les coopérations internationales légitimes sont pertinentes, l'hésitation est permise. On ne peut manquer de relever que les affaires *Soering et Drozd et Janousek* ont en commun d'aborder les problèmes soulevés par la mise en œuvre d'une collaboration entre un État Partie, d'une part, et un État tiers à la Convention, d'autre part. Ainsi, fait-on valoir¹⁵⁵⁹ que nulle réduction du contrôle européen n'a lieu d'être opérée lorsque la situation met en cause deux Hautes Parties contractantes, soit lorsque la norme étrangère émane d'un État membre du Conseil de l'Europe. La réception de ses décisions de justice ou l'application de son droit n'en sont pas moins légitimes et bénéfiques, mais, dans cette hypothèse, l'État d'origine et l'État requis ont accepté d'assumer des engagements substantiellement identiques. Dès lors, pour quelle raison la Cour devrait-elle faire preuve de clémence ? Sa jurisprudence, néanmoins, n'est pas si nette. Qu'elle établisse une distinction selon que la norme étrangère provient d'un État Partie ou d'un État tiers semble acquis. En revanche, qu'elle concrétise cette distinction par l'alternative d'un contrôle entier ou d'un contrôle restreint ne s'impose pas clairement¹⁵⁶⁰.

334. Par conséquent, tant du point de vue de l'État que du point de vue des individus, la réduction du contrôle européen peut se comprendre. En ce qui concerne le premier, il convient de ne pas le soumettre à des obligations trop lourdes puisque la responsabilité qu'il encourt dépend, en dernière analyse, d'éléments qui échappent pour partie à sa juridiction. En ce qui

¹⁵⁵⁸ Cf. G. COHEN-JONATHAN, « La place de la CEDH dans l'ordre juridique français », in F. Sudre (dir.), *Le droit français et la CEDH*, 1974-1992, NP Engel-Kehl, Strasbourg Arlington, 1993, p. 45).

¹⁵⁵⁹ J.-F. FLAUSS, « L'*exequatur* des jugements étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Droz, Genève, 2002, p. 74 ; *Id.*, « L'*exequatur* des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg », *LPA* 18 avril 2002 n° 78 p. 13. Comp. G. COHEN-JONATHAN, *loc. cit.*, p. 42.

¹⁵⁶⁰ Il s'agirait à chaque fois d'un contrôle restreint, mais dont l'intensité serait sensiblement voire substantiellement plus élevée en présence d'une norme émanant d'une Haute Partie contractante (cf. *infra* n° 378 et s.).

concerne les seconds, l'enjeu réside dans la continuité du traitement de leur situation en dépit du phénomène de la frontière. Cependant, le choix opéré par la Cour de Strasbourg afin de traduire ces divers impératifs dans son raisonnement apparaît beaucoup moins convaincant. Sous un double rapport, sa jurisprudence manque de conséquence. D'une part, elle semble cantonner les atténuations de son contrôle à l'hypothèse où un État membre réceptionne une décision de justice étrangère alors que leur fondement intéresse également l'application d'une loi étrangère par le juge du for¹⁵⁶¹. D'autre part, le procédé mis en place, tendant à sélectionner au sein de la Convention les droits et libertés qui appellent une protection, est teinté d'arbitraire et se révèle d'une grande complexité.

Section II Inopportunité des manifestations de l'applicabilité restreinte

335. L'extranéisation des effets de la CEDH est une création atypique purement prétorienne. Qu'elle ne trouve aucun appui textuel et ne relève pas des méthodes usuelles d'interprétation de la Convention n'est alors guère surprenant. Entièrement bâtie autour d'une dialectique État/individu, la Convention n'intègre pas, en tant que telle, les intérêts de l'ordre international. Cependant, dès lors que le cas présente un élément d'extranéité, leur prise en compte est impérative. C'est donc de façon pragmatique et réaliste que les organes de la Convention ont élaboré une technique de contrôle vouée à répondre aux spécificités de l'introduction d'une norme étrangère dans l'ordre juridique d'un État membre. Pour ne pas nuire au développement de la coopération internationale et à la continuité des situations juridiques individuelles, ils ont considéré qu'une atténuation des exigences européennes s'imposait. À cet égard, ils ont entrepris de sélectionner au sein de la Convention les seuls droits et libertés dont l'État requis doit assurer la protection, soit les garanties jugées primordiales. Afin de les identifier, la Cour a mis en place un double filtre qui résulte, par analogie, d'un rapprochement des affaires *Soering*¹⁵⁶² et *Drozdz et Janousek*¹⁵⁶³.

Par la première, elle affirme que l'État n'a pas à se convaincre que la norme étrangère cadre « *pleinement avec* chacune des garanties de la Convention¹⁵⁶⁴ »¹⁵⁶⁵. Ainsi, le contrôle auquel doit se livrer le juge requis n'intéresse pas l'ensemble des stipulations conventionnelles.

¹⁵⁶¹ Cf. *supra*.

¹⁵⁶² CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering c/ Royaume-Uni*, précité.

¹⁵⁶³ CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 *Drozdz et Janousek c/ France et Espagne*, précité.

¹⁵⁶⁴ Cnqs.

¹⁵⁶⁵ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering c/ Royaume-Uni*, préc., § 86.

Seules certaines d'entre elles, les plus essentielles, ont vocation à évincer les normes étrangères.

Par la seconde, elle indique que, parmi les dispositions déclarées applicables, il convient encore de distinguer entre celles qui le seront entièrement et celles qui le seront partiellement. Après avoir énoncé qu' « *il n'incombait pas à la France de rechercher si la procédure qui déboucha sur cette condamnation remplissait chacune des conditions de l'article 6*¹⁵⁶⁶ »¹⁵⁶⁷, elle précise en effet que « *les États doivent toutefois se garder d'apporter leur concours s'il apparaît que la condamnation résulte d'un déni de justice flagrant* »¹⁵⁶⁸. En d'autres termes, la responsabilité encourue par l'État au titre du droit au procès équitable ne s'apprécie pas par rapport à l'intégralité de ses prolongements ; elle est réduite au « *déni de justice flagrant* »¹⁵⁶⁹. D'une manière générale, la portée des droits appartenant à la seconde catégorie serait limitée à leur noyau dur désigné par un vocable distinct de l'intitulé du droit auquel il se rapporte, afin de bien marquer sa spécificité¹⁵⁷⁰.

336. Une réduction de la norme de référence opposable aux lois et décisions de justice étrangères reçues par un juge d'une Haute Partie contractante réaliserait alors un juste équilibre entre les droits des individus, les intérêts des États et ceux de l'ordre international. Simple dans sa formulation, le mécanisme de la double sélection apparaît complexe et incertain tant en ce qui concerne la sélection primaire (§ I), soit la spécification des droits applicables, pleinement ou partiellement, qu'en ce qui concerne la sélection secondaire (§ II), soit la détermination des garanties opposables aux normes étrangères lorsque le droit en cause est applicable seulement en partie.

¹⁵⁶⁶ Cnqs.

¹⁵⁶⁷ Voir également, dans des circonstances similaires à l'affaire *Drozd et Janousek*, CEDH 24 octobre 1995 requête n° 16462/90 Iribarne Pérez c/ France : « *La Cour ne se trouve pas appelée à rechercher si la procédure pénale qui fut suivie en Andorre contre le requérant et qui déboucha sur la condamnation de ce dernier par le tribunal des Corts remplissait chacune des conditions de l'article 6* » (§ 29).

¹⁵⁶⁸ CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, préc., § 110.

¹⁵⁶⁹ La Cour avait déjà évoqué la notion à l'occasion de l'affaire *Soering*. Une fois encore, la configuration particulière du fait générateur de la responsabilité et l'objectif légitime poursuivi par l'extradition justifiaient que, sur le terrain de l'article 6, les obligations du Royaume-Uni se limitassent au déni de justice flagrant (CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering c/ Royaume-Uni*, préc., § 113).

¹⁵⁷⁰ Même si, en l'état de la jurisprudence, il s'agit là d'une pure conjecture puisque le seul exemple concerne le droit au procès équitable dont la restriction s'intitule « déni de justice flagrant ».

§ I L'incertitude de la sélection primaire

337. La première difficulté consiste à déterminer les droits concernés par l'applicabilité restreinte ainsi que leur portée. L'idée de faire le départ entre ce qui est essentiel et ce qui l'est moins n'est pas contestable dans son principe puisque la Convention elle-même instaure, sur la base de leur régime juridique, une hiérarchie entre les droits et libertés qu'elle consacre. Ses articles 15 § 2 et 3 du Protocole n° 6 isolent ainsi cinq droits particulièrement importants qui ne sont susceptibles d'aucune restriction ou dérogation même en cas de danger public menaçant la vie de la Nation.

Néanmoins, à l'instar de ses fondements, le procédé mis en place se singularise et illustre une nouvelle fois que l'extranéisation des effets de la Convention se situe à la marge, voire en dehors du texte européen. Face aux normes étrangères, la Cour de Strasbourg ne se réfère pas à la catégorie formelle des droits intangibles. Selon une démarche *a priori* opportune¹⁵⁷¹, elle s'est détachée du classement de la CEDH pour établir une hiérarchie parallèle¹⁵⁷², principalement matérielle, adaptée aux relations privées internationales et aux problèmes que l'application d'une norme étrangère est susceptible de soulever. Les garanties alors élues constituent la base ce que certains auteurs nomment l'ordre public européen¹⁵⁷³, notion aux contours très vagues que la Cour¹⁵⁷⁴ et la Commission EDH¹⁵⁷⁵ n'ont fait qu'évoquer dans leurs décisions et arrêts.

¹⁵⁷¹ La catégorie des droits intangibles comprend en effet le droit à la vie (article 2), l'interdiction de la torture (article 3), l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (article 4 § 1), le principe de légalité (article 7) et l'abolition de la peine de mort (article 1 du Protocole n° 6), soit des droits dont l'incidence sur les relations privées paraît peu évidente. Par conséquent, réduire le contrôle européen aux droits indérogables n'aurait guère présenté d'utilité.

¹⁵⁷² D'un autre point de vue, cependant, il ne s'agirait pas d'instaurer une hiérarchie, mais de souligner l'importance de certains droits qui appellent en conséquence un contrôle plus rigoureux (L.-E. PETTITI, « Réflexion sur les mécanismes de la Convention (De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui) », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 32).

¹⁵⁷³ Cf. notamment, C. PICHERAL, *L'ordre public européen (droit communautaire et droit européen des droits de l'homme)*, La documentation française, 2001, spéc. p. 316 et s. ; F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : Y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber amicorum Eissen M.-A.*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, 1995, p. 383 ; *Id.*, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39 ; *Id.*, « L'ordre public européen », in M.-J. Redor (dir.) *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Nemesis, Bruylant, 2001, p. 109.

¹⁵⁷⁴ CEDH 23 mars 1995 requête n° 15318/89 Loizidou c/ Turquie RUDH 1995 p. 130, GACEDH n° 1 : la Convention est qualifiée « d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen » (§ 75). Voir également, entre autres, CEDH 17 février 2004 requête n° 44158/98 Gorzelik c/ Pologne, § 89 (*Clunet* 2005 p. 538 obs. P. Tavernier) ; CEDH 13 février 2003 requêtes n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 Refah Partisi c/ Turquie, préc., § 86 ; CEDH 10 mai 2001 requête n° 25781/94 Chypre c/ Turquie, § 78.

¹⁵⁷⁵ Commission 11 avril 1961 requête n° 788/60 Autriche c/ Italie : « Considérant qu'il (...) résulte [du préambule] qu'en concluant la Convention, les États contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe, tels que les énonce le Statut, et instaurer un ordre public communautaire des

338. Une comparaison des deux arrêts pertinents permet cependant de fournir quelques indications sur la sélection primaire puisque le premier retient une applicabilité entière de l'article 3 alors que le second ne propose de l'article 6 qu'une version abrégée. Il importe donc de rechercher ce qui les distingue et ce qui les rapproche, tâche peu aisée, car, si la Cour prend soin de préciser la nature du premier, en revanche, elle reste muette sur les caractéristiques du second.

L'article 3, souligne la Cour à l'occasion de l'affaire *Soering*, « *ne ménage aucune exception et l'article 15 ne permet pas d'y déroger en temps de guerre ou autre danger national* »¹⁵⁷⁶. De ce constat, elle déduit que l'article 3 « *consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe* »¹⁵⁷⁷. Ainsi, ce n'est pas tant le régime juridique de l'interdiction de la torture que ce qu'il révèle de sa nature qui la conduirait à l'opposer dans toute son étendue. *A contrario*, cela signifierait que le droit au procès équitable ne constitue pas une valeur fondamentale des sociétés démocratiques, cette qualité paraissant intimement liée au caractère absolu et indérogeable du droit en cause. L'arrêt *Drozd et Janousek* ne permettant pas de vérifier l'hypothèse, il faut se référer à l'ensemble de la jurisprudence. Son examen révèle en effet que l'article 6 de la Convention reçoit une qualification sensiblement différente qui, après quelques hésitations¹⁵⁷⁸, est désormais bien ancrée. Du point de vue de la Cour, le droit à un procès équitable occupe une « *place éminente* » dans une société démocratique¹⁵⁷⁹. Celle-ci joue donc un rôle capital dans la sélection primaire. Sa récurrence atteste qu'elle constitue, par-delà leurs différences, le point commun entre les articles 3 et 6.

Par conséquent, le principe et l'étendue de l'applicabilité des droits semblent dépendre de la relation qu'ils entretiennent avec la société démocratique telle que l'entend la Cour de

libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit ». Voir également Commission 10 janvier 1978 requête n° 8007/77 Chypre c/ Turquie *Recueil* p. 85.

¹⁵⁷⁶ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering* c/ Royaume-Uni, préc., § 88.

¹⁵⁷⁷ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering* c/ Royaume-Uni, préc., § 88. Voir également, CEDH 1^{er} avril 2004 requête n° 59584/00 *Rivas* c/ France, § 36 ; CEDH 6 avril 2000 requête n° 26772/95 *Labita* c/ Italie, § 119.

¹⁵⁷⁸ CEDH 27 février 1980 requête n° 6903/75 *Deweert* c/ Belgique : la Cour précise que le droit au tribunal revêt une grande importance dans une société démocratique (§ 49).

¹⁵⁷⁹ Voir, par exemple, CEDH 18 mai 2004 requête n° 67972/01 *Somogyi* c/ Italie, § 72 ; CEDH 28 octobre 1998 requête n° 22924/93 *Ait-Mouhoub* c/ France, préc., § 52 ; CEDH 25 août 1993 requête n° 13308/87 *Chorherr* c/ Autriche, § 31.

Strasbourg, c'est-à-dire une société où règnent « pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture »¹⁵⁸⁰.

Dès lors, seuls les droits consubstantiels à la démocratie appelleraient une observation rigoureuse, y compris lorsque la situation présente un élément d'extranéité. Outre l'article 3, seraient concernés le droit à la vie¹⁵⁸¹, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé¹⁵⁸², la liberté d'expression¹⁵⁸³ et la liberté de pensée, de conscience et de religion¹⁵⁸⁴.

En revanche, ne seront que partiellement applicables les droits qui, sans être fondateurs de la société démocratique, y revêtent néanmoins une grande importance. Hormis le droit au procès équitable, il en serait ainsi du droit à la liberté et à la sûreté¹⁵⁸⁵, du droit à des élections libres¹⁵⁸⁶ et du droit des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸⁰ CEDH 7 décembre 1976 requête n° 5493/72 Handyside c/ Royaume-Uni, § 49 ; CEDH 13 août 1981 requêtes n° 7601/76 et 7806/77 Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, § 63 ; CEDH 29 avril 1999 requêtes n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95 Chassagnou et autres c/ France, § 112 (*Clunet* 2000 p. 105 obs. Ph. G., *GACEDH* n° 59) ; CEDH 17 février 2004 requête n° 44158/98 Gorzelik c/ Pologne, § 90.

¹⁵⁸¹ CEDH 12 mai 2005 requête n° 46221/99 Öcalan c/ Turquie, préc. : « l'article 2, qui garantit le droit à la vie, se place parmi les articles primordiaux de la Convention (l'un de ceux auxquels aucune dérogation ne saurait être autorisée en temps de paix en vertu de l'article 15) et consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés qui forment le Conseil de l'Europe » (§ 166) ; CEDH 8 avril 2004 requête n° 26307/95 Tahsin Acar c/ Turquie, § 209 (*Clunet* 2005 p. 497 obs. P. Tavernier) ; CEDH 4 mai 2001 requête 28883/95 Mac Kerr c/ Royaume-Uni, § 108. Voir encore CEDH 22 mars 2001 requêtes n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98 Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne *Clunet* 2002 p. 278 obs. Ed. D. : « le droit à la vie constitue un attribut indéniable de la personne humaine et (...) forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme » (§ 94).

¹⁵⁸² CEDH 26 juillet 2005 requête n° 73316/01 Siliadin c/ France : « l'article 4 de la Convention consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe » (§ 82 et § 112).

¹⁵⁸³ CEDH 7 décembre 1976 requête n° 5493/72 Handyside c/ Royaume-Uni : « Son rôle de surveillance commande à la Cour de prêter une extrême attention aux principes propres à une "société démocratique". La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » (§ 49) ; CEDH 18 mai 2004 requête n° 58148/00 Société Plon c/ France, § 42 (*Clunet* 2005 p. 531 obs. A. Guedj) ; CEDH 29 février 2000 requête n° 39293/98 Fuentès Bobo c/ Espagne, § 43.

¹⁵⁸⁴ CEDH 25 mai 1993 requête n° 14307/88 Kokkinakis c/ Grèce : « la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention » (§ 31) ; CEDH 10 juillet 2001 requête n° 41754/98 Johannische Kirche et Peters c/ Allemagne ; CEDH 26 octobre 2000 requête n° 30985/96 Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie, § 60.

¹⁵⁸⁵ CEDH 18 juin 1971 requêtes n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66 De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique *GACEDH* n° 16 : « le droit à la liberté et à la sûreté revêt une (...) grande importance dans une société démocratique » (§ 65) ; CEDH 24 octobre 1979 requête n° 6301/73 Winterwerp c/ Pays-Bas, § 37 (*GACEDH* n° 14) ; CEDH 30 janvier 2001 requête n° 35683/97 Vaudelle c/ France, préc., § 61.

¹⁵⁸⁶ CEDH 2 mars 1987 requête n° 9267/81 Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Royaume-Uni, préc. : « Selon le préambule de la Convention, le maintien des libertés fondamentales "repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique". Consacrant un principe caractéristique de pareil régime, l'article 3 Protocole n° 1 revêt dans le système de la Convention une importance capitale » (§ 47) ; CEDH 18 février 1999 requête n° 24833/94 Matthews c/ Royaume-Uni, § 42 (*RUDH* 1999 p. 253 note G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, *RTDH* 1999 p. 873 note A. Potteau, *Europe* janvier 2000 p. 4 note G. Gori et F. Kauff-Gazin, *RTDC* 1999 p. 918 obs. J.-P. Marguénaud, *Clunet* 2000 p. 97 obs. P. T., *GACEDH* n° 60) ; CEDH 11 juin 2002 requêtes n° 25144/94, 26149/95, 26154/95, 27100/95, 27101/95 Selim Sadak et autres c/ Turquie, § 32.

¹⁵⁸⁷ CEDH 7 décembre 1976 requêtes n° 5095/71, 5920/72 et 5926/72 Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark *GACEDH* n° 48 : « La seconde phrase de l'article 2 [Protocole n° 1] vise en somme à sauvegarder le

Pour ce qui est des autres clauses normatives de la Convention, leurs liens avec la société démocratique ne seraient pas suffisamment forts pour justifier leur applicabilité à l'hypothèse envisagée. Le droit au respect de la vie privée, par exemple, se définit indépendamment de la notion de société démocratique même s'il constitue aux yeux de la Cour « *une valeur supérieure garantie par la Convention* »¹⁵⁸⁸.

Selon M. Sudre, une telle analyse sémantique de la jurisprudence de la Cour circonscrit le contenu de l'ordre public européen¹⁵⁸⁹, c'est-à-dire « *un ensemble de règles perçues comme fondamentales pour la société européenne et s'imposant à ses membres* »¹⁵⁹⁰. Son affirmation, en effet, « *implique, nécessairement, la distinction entre ce qui relève de l'ordre public et ce qui n'en relève pas, entre ce qui est "fondamental" et ce qui ne l'est pas* »¹⁵⁹¹ et la Cour précise de manière significative que « *la démocratie représente sans nul doute un élément fondamental de "l'ordre public européen"* »¹⁵⁹². Elle met ainsi en relation la démocratie, et par extension les droits caractéristiques de la société démocratique, en tant que contenu, et l'ordre public européen, en tant que contenant. L'éviction des normes étrangères compterait parmi ses fonctions¹⁵⁹³.

339. Tel qu'il semble résulter de la jurisprudence européenne et de la lecture qu'en propose la doctrine, notamment M. Sudre, le triptyque adopté par la Cour européenne appelle trois observations critiques.

pluralisme éducatif, essentiel à la préservation de la "société démocratique" telle que la conçoit la Cour » (§ 50).

¹⁵⁸⁸ CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98 Odièvre c/ France, préc., § 45.

¹⁵⁸⁹ Cf. F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : Y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber amicorum Eissen M.-A.*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, 1995, p. 386-390 ; *Id.*, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 54-57. Pour une approche sensiblement différente des principes propres à une "société démocratique", voir V. FABRE-ALIBERT, « La notion de "société démocratique" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1998 p. 468 et s..

¹⁵⁹⁰ F. SUDRE, « L'ordre public européen », in M.-J. Redor (dir.) *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Nemesis, Bruylant, 2001, p. 111.

¹⁵⁹¹ *Id.*, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : Y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber amicorum Eissen M.-A.*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, 1995, p. 383.

¹⁵⁹² CEDH 17 février 2004 requête n° 44158/98 Gorzelik c/ Pologne, § 89 ; CEDH 13 février 2003 requêtes n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 Refah Partisi c/ Turquie, préc., § 86 ; CEDH 2 septembre 1998 requête n° 22954/93 Ahmed et autres c/ Royaume-Uni, § 52.

¹⁵⁹³ C. Picheral, *op. cit.*, p. 316 et s. ; F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 70 et s. ; *Id.*, « L'ordre public européen », in M.-J. Redor (dir.) *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Nemesis, Bruylant, 2001, p. 126 et s..

340. D'une part, le critère retenu, fondé sur la notion de société démocratique, est purement formel et empreint d'arbitraire. Les droits et libertés conventionnellement garantis relèvent de telle ou telle catégorie uniquement parce que la Cour le décide. La répartition qu'elle opère procède davantage du sentiment que de la raison puisque nul élément objectif ne permet de corroborer les qualifications qu'elle attribue. Par exemple, les droits bénéficiant d'une pleine applicabilité manquent d'homogénéité. Bien que, sous l'angle de l'article 15, les articles 2 et 3 obéissent à un régime juridique en grande partie similaire, seul le second ne souffre aucune exception. En outre, les articles 9 et 10 consacrent des droits qui demeurent relatifs et en cela rien ne les distingue des articles 8, 6 ou 1 du Protocole n° 1. La différenciation apparaît de la sorte bien fragile et byzantine¹⁵⁹⁴. De la même manière, certaines prises de position de la Cour européenne ne laissent pas d'étonner. Bien que le contenu de l'ordre public soit nécessairement flou et évolutif¹⁵⁹⁵, il est pour le moins surprenant que l'article 3 Protocole n° 1 ne jouisse pas dès à présent d'une meilleure considération. Si la démocratie se définit traditionnellement comme le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple, alors le droit à des élections libres n'y occupe pas simplement une place importante : il lui est inhérent.

341. D'autre part, l'analyse du procédé sélectif en termes d'ordre public européen, et plus précisément « *d'exception d'ordre public européen* »¹⁵⁹⁶, est contestable à un double titre.

En ce qui concerne son contenu, tout d'abord, l'idée selon laquelle il renfermerait uniquement les droits les plus importants de la Convention n'est guère probante. Outre la doctrine¹⁵⁹⁷, qui emploie plus volontiers l'expression pour désigner l'ensemble du système conventionnel, la Cour elle-même établit un lien très net entre la CEDH et la notion. L'affaire *Loizidou*, à l'occasion de laquelle elle mentionne l'ordre public européen pour la première fois, est à cet égard particulièrement révélatrice puisque la Cour cherche, précise-t-elle, à préserver « *l'efficacité de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public* ».

¹⁵⁹⁴ Par exemple, quelle est la rationalité de la distinction entre « *une valeur fondamentale* » qui justifierait l'entière applicabilité de l'article 3 et « *une valeur supérieure* » qui excluerait celle de l'article 8.

¹⁵⁹⁵ CEDH 17 février 2004 requête n° 44158/98 *Gorzelik c/ Pologne* : « *la Convention est destinée à sauvegarder et promouvoir (cnqs) les idéaux et valeurs d'une société démocratique* » (§ 89).

¹⁵⁹⁶ F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 70.

¹⁵⁹⁷ Cf. notamment J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'élaboration progressive d'un ordre public européen des droits de l'homme », *CDE* 1997 n° 5-6 p. 655 ; *Id.*, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme (1996-1997-1998) », *CDE* 2000 n° 5-6 p. 657.

européen »¹⁵⁹⁸. Même s'il « *reste que l'adjectif "constitutionnel" n'est pas synonyme de "constitutif", et qu'un instrument n'est pas une source* »¹⁵⁹⁹, elle paraît bien viser l'intégralité de la CEDH. C'est elle qui possède une nature d'ordre public et non quelques droits et libertés choisis plus ou moins heureusement¹⁶⁰⁰. M. Sudre s'oppose à une interprétation aussi extensive parce que, remarque-t-il, la notion deviendrait alors « *une simple figure de rhétorique et perd[rait] toute signification juridique* »¹⁶⁰¹. L'objection, cependant, ne convainc pas. Affirmer que la Convention est d'ordre public n'implique pas la dilution et l'inutilité de la notion. Au contraire, elle légitime et conforte certaines interprétations de la CEDH et les conséquences qui en découlent, lesquelles seraient autrement critiquables au regard du droit international général. Par exemple, dans l'affaire *Loizidou*, si l'invalidation de la réserve tendant à restreindre territorialement le droit de recours individuel pouvait se justifier sans faire appel à la notion d'ordre public¹⁶⁰², en revanche, « *la décision de dissocier les réserves invalides de la déclaration d'acceptation et de les considérer comme non avenues tout en décidant que le consentement de la Turquie à la Convention reste établi, est clairement contraire au droit international général* »¹⁶⁰³. Pour asseoir une telle restriction à l'autonomie de la volonté, la notion d'ordre public se révèle indispensable¹⁶⁰⁴. Par conséquent, même étendu à l'ensemble de la Convention, l'ordre public européen présente un intérêt et conserve une signification juridique.

¹⁵⁹⁸ CEDH 23 mars 1995 requête n° 15318/89 *Loizidou c/ Turquie*, préc., § 75. Elle précise encore que pour les besoins de son examen de l'affaire, il convient de tenir compte de la nature particulière de la Convention, qualifiée d' « *instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains* » (§ 93). Voir également, CEDH 12 décembre 2001 requête n° 52207/99 *Bankovic et autres c/ 17 États membres*, § 80 (RTDH 2002 p. 1055 note G. Cohen-Jonathan, JCP 2002 n° 105.1 obs. F. Sudre, Dalloz 2002 p. 2567 obs. J.-F. Renucci) : « *L'obligation de la Cour à cet égard consiste à tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument constitutionnel d'un ordre public européen pour la protection des êtres humains (...)* ».

¹⁵⁹⁹ C. PICHERAL, *L'ordre public européen (droit communautaire et droit européen des droits de l'homme)*, La documentation française, 2001, p. 222.

¹⁶⁰⁰ Voir cependant C. PICHERAL, *op. cit.*, p. 251 et s. : « *L'hypothèse est plutôt que, conformément à l'instrumentalisation évoquée par l'arrêt Loizidou, il peut se manifester concrètement à travers telle ou telle de ses dispositions, selon les nécessités de l'espèce, sans qu'on doive le délimiter au préalable* » (p. 252).

¹⁶⁰¹ F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : Y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber amicorum Eissen M.-A.*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, 1995, p. 383.

¹⁶⁰² Voir cependant C. PICHERAL, *op. cit.*, p. 298 et s..

¹⁶⁰³ J.-P. COT, note sous CEDH 18 décembre 1996 requête n° 15318/89 *Loizidou c/ Turquie*, RTDH 1998 p. 105.

¹⁶⁰⁴ C. PICHERAL, *op. cit.*, p. 300 et s.. Encore faut-il cependant adhérer à l'existence d'un « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* » (pour une critique de la notion cf. J.-P. COT, note préc., p. 107 et s.), car, de prime abord, seul le *jus cogens* restreint la volonté des États souverains. Or, il paraît fort improbable que la Convention tout entière en relève.

En ce qui concerne ses fonctions, ensuite, elles ne paraissent pas aussi diversifiées que M. Sudre¹⁶⁰⁵ le laisse entendre. Pour l'heure, elles tendent à préciser et à renforcer le système de garantie collective institué par la CEDH et la compétence des organes de contrôle.

Ainsi le recours à l'ordre public européen a conduit les organes de la Convention à écarter toute réciprocité entre les États Parties¹⁶⁰⁶, à apprécier la validité des réserves¹⁶⁰⁷ et les conséquences qui dérivent de leur éventuelle invalidation¹⁶⁰⁸ et à spécifier le domaine *rationae loci* de la Convention¹⁶⁰⁹. En revanche, la notion, tout comme celle « *d'exception d'ordre public européen* », ne figure dans aucun des arrêts ou décisions se rapportant à la conventionnalité d'une loi ou d'un jugement étrangers. L'omission est fâcheuse¹⁶¹⁰ et alimente les doutes relatifs à la vocation de l'ordre public européen, du moins tel que le conçoit la Cour, à évincer les normes étrangères.

342. Enfin, et surtout, le produit de l'applicabilité sélective, même envisagé dans sa première opération, ne paraît pas vraiment adapté aux problèmes soulevés par les relations privées internationales et singulièrement par les normes étrangères qui les régissent. Les difficultés les plus vives naissent en effet du droit des personnes et de la famille, soit un domaine relevant plutôt des articles 8, 12 et 5 Protocole n° 7 de la Convention que la Cour ne semble pas incorporer logiquement¹⁶¹¹ dans son contrôle. En outre, seuls les articles 1 du Protocole n° 1, 14 et, par extension, 1 du Protocole n° 12 seraient également susceptibles d'intéresser les relations privées internationales¹⁶¹². Mme Estelle Fohrer exclut cependant l'influence de l'article 1 du Protocole n° 1 en raison de la trop grande généralité et

¹⁶⁰⁵ Cf. notamment F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 58 et s..

¹⁶⁰⁶ Commission 11 avril 1961 requête n° 788/60 Autriche c/ Italie.

¹⁶⁰⁷ CEDH 23 mars 1995 requête n° 15318/89 Loizidou c/ Turquie, préc., § 75.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, § 93.

¹⁶⁰⁹ CEDH 12 décembre 2001 requête n° 52207/99 Bankovic et autres c/ 17 États membres, préc. : « *Aussi peut-on difficilement prétendre qu'une décision refusant d'admettre la juridiction extraterritoriale des États défendeurs méconnaît l'objectif d'ordre public de la Convention, lequel souligne lui-même la vocation essentiellement régionale du système de la Convention (...)* » (§ 80).

¹⁶¹⁰ Même si elle n'est pas déterminante, car on peut néanmoins supposer que la jurisprudence relative aux radiations du rôle s'en inspire. En effet, si la Cour ne s'appuie pas expressément sur la notion, en revanche l'emploi de formules telles que « *l'absence de tout motif d'ordre public pouvant justifier la poursuite de l'instance* » (CEDH 3 juin 1985 requête n° 9621/81 Vallon c/ Italie) ou « *aucun motif particulier touchant au respect des droits de l'homme garantis par la Convention n'exige la poursuite de l'examen de la requête en vertu de l'article 37 § 1 in fine* » l'évoquent probablement (F. SUDRE, *loc. cit.*, p. 67 et s.).

¹⁶¹¹ La Cour et la Commission n'ont en effet jamais hésité à contrôler la loi étrangère à l'aune des prescriptions de l'article 8, mais seulement en raison du manque de cohérence de leur jurisprudence (cf. *supra* n° 316 et s.).

¹⁶¹² Cf. P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 257 ; B. DOCQUIR, « Le droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain*, vol. LIX, 1999, n° 4, p. 508 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000 p. 802.

imprécision de son libellé¹⁶¹³. Les différents arrêts et décisions des organes de la Convention permettent pourtant de lever bien des ambiguïtés ! Tout aussi surprenante est l'idée selon laquelle l'article 12 de la Convention ne permettrait pas d'évincer une loi étrangère dans la mesure où il renvoie aux droits nationaux¹⁶¹⁴. En définitive, hormis l'article 6, le contenu de l'ordre public européen ne présenterait aucune utilité. Bien qu'il ne faille exclure aucune hypothèse¹⁶¹⁵, la retenue judiciaire apparaît beaucoup trop intense pour convaincre pleinement.

Fort heureusement, les juridictions internes, notamment françaises, développent une jurisprudence beaucoup plus satisfaisante qui va bien au-delà des exigences européennes ainsi comprises. Nombreuses sont les décisions, émanant tant de la Cour de cassation que des juridictions inférieures, qui ne trahissent aucune hésitation relativement à l'applicabilité des articles sans nul doute les plus pertinents en la matière tels que les articles 6¹⁶¹⁶, 8¹⁶¹⁷ et 5 du Protocole n° 7¹⁶¹⁸. Leur attitude est d'autant plus remarquable qu'elles utilisent des dispositions à propos desquelles la jurisprudence européenne est quasiment inexistante¹⁶¹⁹ ou dont on aurait difficilement soupçonné l'influence sur les relations privées internationales, tel l'article 2 du Protocole n° 4 qui consacre la liberté de circulation¹⁶²⁰. Celle-ci permet, en particulier, au juge saisi d'apprécier s'il peut, sans méconnaître la Convention, prendre en compte un jugement étranger relatif au droit de garde en ce qu'il enjoint à son titulaire d'élever les enfants dans une zone géographique limitée (en l'occurrence l'Angleterre ou le Pays de Galles alors que la mère souhaitait établir son domicile et celui de ses enfants en

¹⁶¹³ E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 8, n° 9.

¹⁶¹⁴ M.-L. NIBOYET-HOEGY, « La mise en oeuvre du droit international privé conventionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 325.

¹⁶¹⁵ Par exemple, l'affaire *Lindberg* (CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 Odd F. Lindberg c/ Suède) illustre de façon assez inattendue l'utilité de l'article 10 pour apprécier la conventionnalité de la réception des effets substantiels d'une décision de justice étrangère (en l'occurrence, une condamnation à dommages et intérêts en raison de propos diffamatoires).

¹⁶¹⁶ Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Pordéa, préc. ; Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Mailliez *Juridique Lamy Cour de Cassation* arrêt n° 529 ; Civ. 1^{ère} 30 juin 2004 Stolzenberg, précité.

¹⁶¹⁷ Civ. 1^{ère} 31 janvier 1990 Pistre, préc. ; CA Paris 14 juin 1994, préc. ; Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999 El Karroumi *Dalloz* 1999 IR p. 257, *Defrénois* 2000 p. 699 note M. Revillard, *Defrénois* 2000 p. 660 obs. J. Massip, *Clunet* 2000 p. 737 note F. Monéger.

¹⁶¹⁸ Cf. par exemple Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron *Dalloz* 1999 p. 309 note J. Thierry, *RCDIP* 1998 p. 637 note G. A. L. Droz, *Dalloz* 1999 som. p. 290 note B. Audit, *Clunet* 1998 p. 732 note E. Kerckhove, *JCP* 1998.II.10175 note T. Vignal, *RTDC* 1998 p. 458 obs. B. Vareille, *Defrénois* 1999 p. 1173 obs. R. Crône. ; Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999 *Droit de la famille* n° 4 2000.22.54 note H. Fulchiron, *JCP N* 1999 p. 634, *JCP* 2001.I.293.4 obs. M. Farge, *Dalloz* 1999 p. 671 note E. Agostini.

¹⁶¹⁹ Ce qui est le cas de l'article 5 du Protocole n° 7 qui consacre l'égalité entre époux (en attendant cependant l'arrêt dans l'affaire *D. D.* ; pour l'instant, la Cour a déclaré la requête recevable CEDH 3 mai 2005 requête n° 3/02 *D. D. c/ France*).

¹⁶²⁰ TGI Périgueux 17 mars 1992 *RCDIP* 1993 p. 650 note B. Ancel, *JCP* 1993.II.22104 note Clay, *JCP* 1993.I.3688 note H. Fulchiron, *Gaz. Pal.* 1992 II p. 678 note G. C., *Dalloz* 1992 p. 315 note G. C..

France). Indépendamment de la justesse de la solution apportée à la difficulté, la démarche entreprise, cependant très critiquée¹⁶²¹, devrait susciter une entière approbation dans la mesure où la Cour de Strasbourg considère qu'une telle modalité du droit de garde est susceptible de soulever un problème au regard de la Convention¹⁶²². Ainsi, les juridictions internes ne paraissent pas hostiles à éprouver la compatibilité de la réception de l'ensemble des normes étrangères à la totalité des droits et libertés conventionnellement garantis.

343. Le premier temps de l'applicabilité sélective semble par conséquent manquer son but. L'atténuation des exigences européennes est certes indispensable, mais la méthode utilisée à cette fin est décevante. Outre l'irritante indétermination des droits et libertés opposables aux normes étrangères en raison de la faiblesse du critère utilisé, les quelques indications déduites de l'étude de la jurisprudence des organes de la Convention révèlent leur inadéquation. La rationalité du procédé sélectif échappe donc à toute justification satisfaisante y compris par l'appel à la notion d'ordre public européen dont la pertinence en la matière est plus que douteuse. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles les juridictions internes ne se hasardent pas à réduire la norme de référence et préfèrent examiner les lois et les jugements étrangers qui se présentent à elles à l'aune de l'ensemble de la Convention. La Cour de Strasbourg serait ainsi bien inspirée d'abandonner le procédé sélectif, ce que confirme l'analyse de la restriction qui affecte certains des droits élus dont l'incertitude est tout aussi critiquable.

§ II L'incertitude de la sélection secondaire

344. Le second temps de l'applicabilité sélective, c'est-à-dire la détermination des garanties dont l'observation s'impose relativement aux droits partiellement applicables¹⁶²³, suscite également de nombreuses difficultés. Son analyse se prête mal à la systématisation et aux conclusions inébranlables dans la mesure où les décisions et arrêts relevant se rapportent

¹⁶²¹ Voir, notamment, H. GAUDEMET-TALLON, note sous TGI Périgueux 17 mars 1992, *Clunet* 1993 p. 943 : « (...) il ne faut pas pour autant invoquer de façon systématique la Convention européenne des droits de l'homme et lui faire dire ce qu'elle ne dit pas : la Convention de 1950 ne permet certainement pas qu'une personne, au nom de la liberté de circulation, échappe à des obligations pesant normalement sur elle » ; E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 49, n° 66 ; L. GANNAGÉ, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », *RCDIP* 2001 p. 38.

¹⁶²² CEDH 26 octobre 2000 requête n° 40655/98 Rosa Maria Roldan Teixeira et autres c/ Italie.

¹⁶²³ Ce que M. Sudre analyse en termes « d'effet atténué de l'ordre public européen » (par exemple, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 77 et s.).

exclusivement à l'article 6 de la Convention. De surcroît, lorsque la question se pose, la Cour européenne préfère l'esquiver dès lors qu'une réponse ne serait pas strictement indispensable à la résolution du cas dont elle se trouve saisie. Ainsi, dans l'une des rares affaires où elle avait l'occasion de clarifier sa position, en l'occurrence l'affaire *Lindberg*¹⁶²⁴, elle énonce qu'elle « *n'estime pas nécessaire pour les besoins de son examen de la présente affaire de décider de la question de caractère général concernant les critères qui devraient être appliqués lorsque tant l'État sur le territoire duquel l'exécution est requise que l'État dont les tribunaux ont rendu la décision contestée sont Parties à la Convention et que la matière est relative à un droit substantiel (c'est-à-dire, ici, la liberté d'expression) plutôt qu'à un droit procédural* »¹⁶²⁵. Faute de plus amples indications, l'hypothèse ne pourra être envisagée dans sa généralité que succinctement (B). Aussi l'attention se portera-t-elle essentiellement sur le droit au procès équitable et son curieux diminutif que constitue le « *déni de justice* »¹⁶²⁶. Son étude permet de circonscrire les éléments de la procédure étrangère que le juge requis doit vérifier afin que la reconnaissance du jugement étranger respectent la Convention (A).

A La réduction du droit au procès équitable

345. Mentionné pour la première fois à l'occasion l'affaire *Soering*¹⁶²⁷, aucun constat de violation de la CEDH ne s'est explicitement fondé sur le déni de justice flagrant. Ce nonobstant, il existe quelques décisions et arrêts qui en esquissent les contours.

Sur ce point, l'arrêt *Iribarne Pérez contre la France*¹⁶²⁸ revêt une importance capitale en raison de la richesse des détails qu'il fournit. Si, en l'espèce, à l'instar de la Commission EDH, la Cour n'aperçoit aucun déni de justice flagrant, « *elle note en particulier que [le requérant] n'allègue pas une méconnaissance des droits essentiels de la défense : il a bénéficié de l'assistance d'un avocat et d'une audience publique et a reçu notification du jugement* »¹⁶²⁹. En outre, elle constate qu'il ne met pas en cause l'impartialité de la juridiction

¹⁶²⁴ CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 Odd F. Lindberg c/ Suède.

¹⁶²⁵ « *the Court does not seem necessary for the purposes of its examination of the present case to determine the general issue concerning what standard should apply where the enforcing State as well as the State whose court gave the contested decision is a Contracting Party to the Convention and where the subject-matter is one of substance (i.e., here, the freedom of expression) rather than procedure* ».

¹⁶²⁶ L'expression exacte est « *déni de justice flagrant* », mais dans la mesure où le qualificatif « *flagrant* » participe de la définition de l'intensité du contrôle entrepris et non de la détermination des garanties protégées, les développements qui suivent ne se réfèrent qu'au « *déni de justice* » tel qu'il est entendu par la Cour dans les affaires comportant un élément d'extranéité.

¹⁶²⁷ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering c/ Royaume-Uni*, préc., § 113.

¹⁶²⁸ CEDH 24 octobre 1995 requête n° 16462/90 *Iribarne Pérez c/ France*.

¹⁶²⁹ *Ibid.*, § 32.

étrangère¹⁶³⁰. Ainsi, l'expression ne renvoie fort heureusement pas à l'acception commune du déni de justice, c'est-à-dire le refus du juge de rendre sa décision¹⁶³¹. Son utilité aurait été en effet improbable parce qu'on imagine mal un plaideur demander à bénéficier des effets d'une décision de justice qui n'aurait en rien répondu à ses prétentions, et que subordonner le manquement à la Convention au caractère flagrant, c'est-à-dire évident, incontestable, visible au point de ne pas être nié, du refus de juger paraît excessif et irréaliste. Le « *déni de justice* » tel qu'il apparaît dans la jurisprudence européenne relative aux situations présentant un élément d'extranéité participe d'une autre logique. La description qu'en fait la Cour dans l'arrêt *Iribarne Pérez* confirme l'idée selon laquelle l'applicabilité de la CEDH procède d'une hiérarchie matérielle. Parmi l'ensemble des exigences découlant du droit au procès équitable, seule la méconnaissance des « *droits essentiels de la défense* », précise la Cour, pourrait conduire à évincer le jugement étranger au risque, pour le juge requis, d'engager la responsabilité internationale de l'État au nom duquel il rend la justice. Néanmoins, nulle déduction fiable ne saurait s'opérer sur la base d'une directive aussi générale. Afin de pallier l'incertitude en découlant, la Cour dresse une liste de garanties, sans indiquer, cependant, si, ce faisant, elle prétendait à l'exhaustivité ou se contentait d'être simplement indicative.

En faveur de la première branche de l'alternative, on ne peut manquer de relever que la locution adverbiale « *en particulier* » ne semble pas se rapporter à « *droits essentiels* ». Elle aurait alors simplement pour fonction de souligner le silence du requérant à propos de leur éventuelle violation. La ponctuation utilisée, à savoir le deux-points, est également très significative. Ce signe « *a un pouvoir logique très fort* »¹⁶³², il annonce une cause ou une conséquence. Ainsi, l'énumération subséquente spécifierait les droits essentiels de la défense qui seraient au nombre de quatre : l'assistance d'un avocat, le bénéfice d'une audience publique, la notification du jugement et l'impartialité du tribunal. De ce point de vue, le « *déni de justice* » constituerait un strict minimum, au demeurant assez singulier puisqu'il comporterait une garantie que la Cour n'a jamais formellement consacrée, la notification du jugement¹⁶³³, tout en excluant des éléments aussi importants que le principe du contradictoire, l'égalité des armes ou l'indépendance des magistrats.

¹⁶³⁰ *Ibidem*.

¹⁶³¹ R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Litec, 2002, p. 130 ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 10^{ème} édition, 2001, p. 76, n° 174 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Déni de justice et interprétation de la loi par le juge », *Jurisclasseur article 4*, novembre 1996, p. 4, n° 15.

¹⁶³² A. PAGÈS ET PAGÈS-PINDON, *Le français*, édition Nathan, 1992, p.185.

¹⁶³³ D'une manière générale, elle ne s'y réfère que pour apprécier la recevabilité des requêtes sous l'angle du délai de 6 mois (cf., entre autres, CEDH 23 mars 2004 requête n° 55092/00 Iordache c/ Roumanie ; CEDH 9 octobre 2003 requête n° 45585/99 Ayhan c/ Turquie).

Toutefois, si « *en particulier* » a valeur de « notamment », alors l'énoncé est simplement indicatif. La pertinence du reproche relatif au contenu de la notion décroît puisque rien n'empêchera les gardiens de la Convention de compléter la liste des droits essentiels de la défense. Or, tel semble être le cas dans la mesure où plusieurs décisions sont venues enrichir la notion de « *déni de justice* ». Ainsi, le représentant du requérant doit avoir eu la possibilité de faire valoir ses arguments devant les juridictions étrangères et il ne saurait être privé, à tort, du bénéfice de l'assistance judiciaire s'il l'a sollicitée¹⁶³⁴. La notion inclut également le droit pour le requérant ou son représentant d'assister à l'audience ce qui implique que le requérant ait disposé du temps nécessaire pour préparer utilement sa défense comme l'illustre la décision *Sogn Koutsofotinos contre la Norvège et la Grèce*¹⁶³⁵. En l'espèce, la requérante estimait que les juridictions norvégiennes avaient enfreint la Convention en accordant l'*exequatur* à un jugement grec attribuant la garde provisoire de ses enfants à leur père. La décision étrangère aurait constitué un déni de justice flagrant dans la mesure où elle n'était ni présente, ni représentée à l'audience. Cependant, la Commission EDH note que la requérante n'avait pas démontré qu'elle était dans l'impossibilité de préparer utilement sa défense, car, bien qu'elle fût avertie de la date de l'audience par un simple télégramme, les commissaires ont considéré qu'elle avait disposé d'un délai suffisant. Seul cet élément importait puisqu'il n'entraîne pas dans leurs attributions de se prononcer sur la conformité de son assignation à l'audience avec les instruments internationaux gouvernant la signification ou la notification à l'étranger des documents judiciaires.

346. Conformément aux principes généraux d'interprétation de la Convention et à son objectif avoué de sauvegarde et de développement des droits et libertés fondamentaux, le « *déni de justice* » est donc une notion évolutive, ce qu'illustre parfaitement la décision sur la recevabilité *Einhorn contre la France*¹⁶³⁶. La Cour avait décidé d'examiner la procédure étrangère sous l'angle de deux garanties¹⁶³⁷ dont l'une avait été précédemment écartée par la Commission EDH du champ de son contrôle¹⁶³⁸.

¹⁶³⁴ Commission 18 janvier 1996 requête n° 27292/95 Bakhtiar c/ Suisse. La Commission rappelle également que le requérant était représenté par un avocat.

¹⁶³⁵ Commission 10 septembre 1997 requête n° 27095/95 Sogn Koutsofotinos c/ Norvège et Grèce.

¹⁶³⁶ CEDH 16 octobre 2001 requête n° 71555/01 Einhorn c/ France.

¹⁶³⁷ *Ibid.* : « il n'est pas douteux qu'un déni de justice est constitué lorsqu'un individu condamné in absentia ne peut obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit, alors qu'il n'est pas établi de manière non équivoque qu'il a renoncé à son droit de comparaître et de se défendre » (§ 33). En d'autres termes, il convient que le système étranger protège le droit pour tout accusé d'obtenir la purge de la contumace.

¹⁶³⁸ *Ibid.* : « le requérant produit plusieurs coupures de presse ainsi que la retranscription d'une émission télévisée dont il ressort clairement que son cas fait l'objet, en Pennsylvanie, d'un battage médiatique

La démarche mérite sans doute d'être approuvée, notamment au regard des lacunes intolérables que comportait la liste dressée par la Cour dans l'affaire *Iribarne Pérez*. Toutefois, ce que la notion a gagné en amplitude, elle l'a perdu en certitude. Dès lors, la moindre modification dans la rédaction des décisions et arrêts peut parfois donner l'illusion d'une évolution du contenu du « *déni de justice* » dont la confirmation est rarissime voire inexistante. Deux exemples sont, à cet égard, très révélateurs.

347. Le premier concerne, *mutatis mutandis*, l'étendue des vérifications à opérer lorsque le jugement étranger émane d'un État non Partie à la CEDH. Dans l'affaire *Zapata Salazar et autres contre la Suède*¹⁶³⁹, le requérant soutenait que la décision des autorités suédoises de le renvoyer au Pérou méconnaissait l'article 6 de la Convention. Si la Commission EDH rappelle opportunément que son contrôle se limite alors au « *déni de justice* », elle prétend cependant l'exercer au regard des paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 6, soit l'intégralité du droit au procès équitable. Isolément, elle réalise ainsi une extension considérable de la notion qui sera néanmoins démentie par la jurisprudence postérieure¹⁶⁴⁰. Dans le même ordre d'idées, à l'occasion de l'arrêt *Pellegrini*, la Cour a constaté un manquement de l'Italie à ses obligations conventionnelles parce que ses tribunaux avaient accordé l'*exequatur* à une décision de justice rendue par une juridiction du Vatican à l'issue d'une procédure menée en violation du principe du contradictoire. Les commentateurs de l'arrêt n'ont pas manqué de relever que la Cour ne se réfère à aucun moment au déni de justice flagrant. De cette omission, le juge Costa¹⁶⁴¹, MM. Marchal¹⁶⁴², Marguénaud¹⁶⁴³, Sudre¹⁶⁴⁴, Flauss¹⁶⁴⁵ et Christians¹⁶⁴⁶ ont déduit

extrêmement virulent. Selon lui, les jurés appelés à "rejuger" ne pourront avoir échappé à une telle influence, de sorte que son procès ne se déroulerait pas dans des conditions conformes à l'article 6 de la Convention. La Cour n'exclut pas que le fait d'être jugé dans de telles circonstances puisse être susceptible de poser une question sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention » (§ 34). Or, en l'espèce, le requérant ne démontrait pas le caractère flagrant du déni de justice allégué. Comp. les termes beaucoup plus définitifs de la Commission dans l'affaire Aylor-Davis (Commission 21 janvier 1994 requête n° 22742/93 Aylor-Davis c/ France) : « *Or le grief de la requérante tiré de l'impact virtuel que la médiatisation de son affaire pourrait avoir sur la formation de l'opinion du jury de la cour d'assises texane n'est aucunement de nature à exposer la requérante à pareil déni de justice flagrant* ».

¹⁶³⁹ Commission 7 mars 1996 requête n° 28987/95 Zapata Salazar et autres c/ Suède.

¹⁶⁴⁰ Voir, par exemple, CEDH 16 octobre 2001 requête n° 71555/01 Einhorn c/ France.

¹⁶⁴¹ J.-P. COSTA, note sous CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 Pellegrini c/ Italie, *RTDH* 2002 p. 472. L'auteur constate que, rendu en matière civile, l'arrêt *Pellegrini* va plus loin que les exigences découlant des arrêts *Soering* et *Drozd*, relatifs à la matière pénale, car « *on ne parle plus (...) de déni de justice flagrant : il faut un "entier" contrôle des conditions posées à l'article 6, faute de quoi (par ricochet en somme) l'État Partie viole cet article, à raison des vices entachant la procédure dans l'État étranger* » (p. 472).

¹⁶⁴² P. MARCHAL, obs. sous CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 Pellegrini c/ Italie, *RDIDC* 2004 p. 238.

¹⁶⁴³ J.-P. MARGUÉNAUD, obs. sous CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 Pellegrini c/ Italie, *RTDC* 2001 p. 987.

¹⁶⁴⁴ F. SUDRE, obs. sous CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 Pellegrini c/ Italie, *JCP* 2002.I.105.7.

la volonté d'innover de la part des juges strasbourgeois : désormais, le juge requis devra s'assurer du respect de l'ensemble du droit au procès équitable. Le changement d'orientation serait d'autant plus significatif que, en l'espèce, l'imperfection de la procédure étrangère était patente. Cependant, et précisément pour cette raison, Mme Laurence Sinopoli¹⁶⁴⁷ a fortement mis en question l'abandon du seuil de gravité. Était-il en effet nécessaire pour la Cour de le rappeler alors que « *la violation du contradictoire était aussi grave que flagrante* »¹⁶⁴⁸ ? La décision *Lindberg* confirmera son point de vue. Certes, le grief du requérant s'articule autour de la compatibilité avec la Convention de la réception des effets substantiels d'un jugement étranger, mais la Cour précise qu'elle a déjà examiné des questions comparables dans l'hypothèse où le problème portait sur la procédure suivie à l'étranger. Elle avait alors attaché un poids décisif, ajoute-t-elle, à la question de savoir si le jugement contesté était le produit d'un « *déni de justice* ». Afin d'illustrer son propos, elle cite naturellement le paragraphe 110 de l'arrêt *Drozd et Janousek* et le paragraphe 31 de l'arrêt *Iribarne Pérez*, mais encore, de façon très surprenante, l'arrêt *Pellegrini*, même si, concède-t-elle, « *il n'a été fait aucune mention expresse dudit critère dans cet arrêt* »¹⁶⁴⁹. Bien que, selon sa conviction première, la rectification ou l'éclaircissement du sens de la jurisprudence *Pellegrini* provienne d'une simple incidente, il montre à quel point la Cour est, en toute matière, attachée à la réduction de son contrôle en présence d'un élément d'extranéité, en particulier lorsqu'il trouve sa source dans un ordre juridique tiers au Conseil de l'Europe. L'arrêt *Pellegrini* n'est donc pas l'arrêt « *révolutionnaire* »¹⁶⁵⁰ qu'il paraissait être. Il apporte simplement un nouvel élément au « *déni de justice* », le principe du contradictoire.

348. Le second exemple se rapporte au cas où le jugement étranger est issu d'un autre État Partie. Dans de telles circonstances, l'exigence d'un respect intégral du droit au procès équitable apparaît dans deux décisions de la Commission EDH. Les requérants estimaient que la décision des autorités autrichiennes (première espèce)¹⁶⁵¹ et italiennes (seconde espèce)¹⁶⁵²

¹⁶⁴⁵ J.-F. FLAUSS, « *L'exequatur des jugements étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme* », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Droz, Genève, 2002, p. 76 ; *Id.*, « *L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg* », *LPA* 18 avril 2002 n° 78 p. 14.

¹⁶⁴⁶ L.-L. CHRISTIANS, note sous CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 *Pellegrini c/ Italie*, *RCDIP* 2004 p. 116.

¹⁶⁴⁷ L. SINOPOLI, « *Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome (à propos de l'arrêt Pellegrini c/ Italie du 20 juillet 2001)* », *Gazette du Palais*, 21-23 juillet 2002, p. 2.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 6.

¹⁶⁴⁹ « *See also Pellegrini v. Italy (...), even though no express mention was made of the said criterion in that judgment* ».

¹⁶⁵⁰ J.-F. FLAUSS, obs. sous CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 *Pellegrini c/ Italie*, *AJDA* 2001 p. 1064.

¹⁶⁵¹ Commission 5 juillet 1994 requête n° 24132/94 *HPL c/ Autriche*.

de les extradier vers l'Allemagne emportait violation de la Convention. Si la Commission EDH rappelle classiquement que seul le constat d'un « *déni de justice* » expose les États requis à la mise en œuvre de leur responsabilité, en revanche sa conclusion est assez atypique. À deux reprises, en effet, le rejet de la requête repose sur le fait que « *rien n'indique que le requérant ne bénéficiera pas d'un procès équitable en Allemagne* ». Elle semble alors signifier que, lorsque l'ordre juridique tiers est celui d'une Haute Partie contractante, le « *déni de justice* » s'identifie au droit au procès équitable. En soi, la solution paraît légitime. Elle peut se fonder, en premier lieu, sur une lecture *a contrario* du paragraphe 86 de l'arrêt *Soering*. Puisque la Convention régit les actes des États membres, ne doit-on pas considérer, à l'instar de *MM. Cohen-Jonathan et Flauss*¹⁶⁵³, qu'elle prétend exiger des États requis qu'ils imposent ses normes à pareils États ? Bien que les nécessités de la coopération internationale demeurent tout aussi impérieuses, on ne saurait négliger, en second lieu, que les deux États en cause ont accepté d'assumer les mêmes obligations. Ainsi, les conditions à la mise en œuvre de la responsabilité n'ont pas à se différencier, d'autant qu'un recours contre l'État d'origine a pu se heurter à des obstacles de nature procédurale tels le non-épuisement des voies de recours internes ou le dépassement du délai de six mois¹⁶⁵⁴. L'argumentation, pourtant, ne convainc guère.

D'une part, la Cour a signalé¹⁶⁵⁵, en des termes très fermes, que le recours exercé à l'encontre de l'État requis ne pouvait en aucun cas être assimilé à celui qui aurait pu être dirigé contre l'État requérant. Au nom de la cohérence du système de la garantie collective des droits et libertés fondamentaux, le requérant n'a pas la possibilité de revenir sur des éléments définitivement clos. La précision est au demeurant fort logique, car les responsabilités ne s'apprécient pas à l'aune des mêmes obligations. Dans l'hypothèse envisagée, en effet, si l'État d'origine doit respecter le droit au procès équitable, en revanche, l'État requis est astreint à un devoir de contrôle¹⁶⁵⁶.

La détermination de son contenu, d'autre part, est également soumise à l'influence des données qui engendrent le contrôle restreint. L'extranéité de la situation n'importe pas tant que la configuration particulière qu'elle imprime au fait générateur de la responsabilité ; et, à cet égard, que la norme étrangère provienne d'un autre État Partie ou d'un État tiers est

¹⁶⁵² Commission 17 janvier 1996 requête n° 25336/94 Sommer c/ Italie.

¹⁶⁵³ G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, note sous CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, *RTDH* 1994 p. 105 note 15.

¹⁶⁵⁴ J.-F. FLAUSS, « *L'exequatur des jugements étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme* », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Droz, Genève, 2002, p. 78 ; *Id.*, « *L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg* », *LPA* 18 avril 2002 n° 78 p. 15.

¹⁶⁵⁵ CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 Odd F. Lindberg c/ Suède.

¹⁶⁵⁶ Cf. *infra* n° 463 et s..

indifférent. Les organes de la Convention promeuvent une telle analyse puisque leurs décisions les plus récentes limitent l'étendue des obligations de l'État requis au déni de justice flagrant¹⁶⁵⁷. Tout au plus la décision *Lindberg* autorise-t-elle, *mutatis mutandis*, à penser que dans l'hypothèse où la norme étrangère émane d'une Haute Partie contractante, la Cour retiendrait une acception plus généreuse du « déni de justice » sans toutefois qu'elle coïncide avec le droit au procès équitable¹⁶⁵⁸.

349. Par conséquent, le « déni de justice » se nourrit des droits essentiels de la défense et comprend, pour l'heure, huit garanties valant indifféremment pour la matière civile et la matière pénale¹⁶⁵⁹ et deux garanties spécifiques à la matière pénale¹⁶⁶⁰. En dépit de quelques flottements perceptibles dans la jurisprudence européenne, une telle mesure des obligations pesant sur le juge requis de reconnaître ou d'accorder l'*exequatur* à une décision de justice étrangère se maintient et tranche, une fois encore, avec l'attitude des juridictions internes, notamment françaises.

Même lorsqu'elles fondent leurs décisions spécifiquement sur l'article 6 de la Convention, elles n'envisagent nullement sa restriction. Les arrêts pertinents¹⁶⁶¹ ne contiennent ainsi aucune référence à la notion de « déni de justice ». En outre, et sans doute de façon plus significative, en appréciant les jugements étrangers au regard du droit de chacun d'accéder effectivement au juge chargé de statuer sur sa prétention, la Cour de cassation recourt à des éléments qui dépassent le standard défini par la Cour de Strasbourg. Formellement et matériellement, il s'agit clairement d'assurer le respect de l'intégralité du droit au procès équitable. Une périlleuse sélection des garanties procédurales opposables aux normes étrangères est donc évitée cependant que les juges européens semblent manifester leur intention de confirmer l'utilisation du procédé à l'égard des autres clauses normatives de la Convention intéressées par le second temps de l'applicabilité restreinte.

¹⁶⁵⁷ Commission 10 septembre 1997 requête n° 27095/95 Sogn Koutsofotinos c/ Norvège et Grèce. Voir également, *mutatis mutandis*, CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 Odd F. Lindberg c/ Suède.

¹⁶⁵⁸ Cf. *infra* n° 388 et s..

¹⁶⁵⁹ Par ordre chronologique : le droit à l'assistance d'un avocat, le droit à une audience publique, le droit à la notification du jugement, l'impartialité du tribunal, la possibilité de faire valoir ses arguments devant la juridiction étrangère, le droit à l'assistance judiciaire sauf refus justifié, le droit d'assister à l'audience et donc d'être averti à temps de sa tenue, et le principe du contradictoire.

¹⁶⁶⁰ Le droit d'obtenir la purge de la contumace et le droit à l'impartialité du jury dans l'hypothèse où l'affaire fait l'objet d'une intense médiatisation.

¹⁶⁶¹ Voir, par exemple, Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Pordéa, préc. ; Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Mailliez, précité.

B La réduction des autres clauses normatives

350. En ce qui concerne le cas général des droits applicables seulement en partie, seule la décision *Lindberg* apporte quelques indications. Deux enseignements principaux en découlent.

351. En premier lieu, comme en atteste la terminologie employée, la Cour réaffirme la réduction de son contrôle, y compris lorsque l'enjeu du litige concerne un droit substantiel. Elle considère en effet que le problème soulevé par l'affaire *Lindberg* est similaire à celui qu'elle a traité par ailleurs au moyen du « *déni de justice* » dont elle précise qu'il est un « *critère* » (« *criterion* » dans le texte). Or, en l'espèce, elle déclare ne pas vouloir déterminer les critères (« *standard* »¹⁶⁶² dans le texte) qui doivent être mis en œuvre, et non se prononcer sur l'applicabilité de l'article 10 de la Convention en tant que tel. Ce rapprochement signifie certainement que les garanties applicables seront les droits essentiels dérivant de l'article en cause. Toutefois, dans l'affaire *Lindberg*, la solution révèle une aporie eu égard à la place de liberté d'expression dans une société démocratique et des conséquences que la Cour semble y attacher¹⁶⁶³.

352. En second lieu, elle souligne qu'elle entend sérier les difficultés et, partant, déterminer les garanties applicables en fonction de paramètres précis. Après avoir rappelé sa jurisprudence relative au « *déni de justice* », elle indique qu'elle n'estime pas nécessaire de résoudre la question de caractère général posée par l'affaire. Néanmoins, quoique générale, les juges strasbourgeois la circonscrivent assez étroitement. Ils relèvent, en effet, que le cas concerne deux États contractants et un droit substantiel. Par-là, sans doute suggèrent-ils que l'applicabilité restreinte se concevrait différemment si l'affaire mettait en cause deux États contractants et un droit procédural ou un État contractant et un État tiers et un droit substantiel ou un État contractant et un État tiers et un droit procédural. À défaut de décisions ou arrêts complémentaires, il paraît malheureusement difficile d'approfondir ces diverses distinctions.

353. Logiquement, des règles similaires devraient également intéresser l'application du droit étranger par un juge d'une Haute Partie contractante. Cependant, bien que les organes de

¹⁶⁶² La traduction peut être hésitante, car le terme, selon une certaine acception, paraît désigner indifféremment le modèle, le type, la norme et le critère (cf. *Harrap's compact. Dictionnaire anglais-français, français-anglais*, Harrap Ltd, 1990). Cependant, le contexte dans lequel la Cour l'emploie incite à retenir la dernière possibilité.

¹⁶⁶³ En tant qu'il consacre un droit inhérent à la société démocratique, l'article 10 de la Convention devrait logiquement, dans la perspective de l'ordre public européen, être pleinement applicable (cf. *supra* n° 338).

la Convention ne se soient jamais prononcés explicitement sur le problème, ils semblent considérer que, dans cette hypothèse, l'applicabilité de la Convention soit indivisible. Ni les anciennes Cour et Commission EDH ni la nouvelle Cour n'ont envisagé une quelconque réduction de leur contrôle. L'applicabilité de l'article 8 de la CEDH ne fait ainsi jamais l'objet d'une discussion comme en témoignent les affaires *Zvoristeanu*¹⁶⁶⁴, *Gill et Malone*¹⁶⁶⁵ ou encore *A. H. contre les Pays-Bas*¹⁶⁶⁶. L'étendue des obligations étatiques est alors identique à celle qui vaut pour les situations soumises au droit du for. La solution manque peut-être de souplesse, mais elle a l'insigne avantage de la simplicité et de la cohérence. En outre, elle n'exclut pas définitivement la prise en compte des enjeux liés à la réception d'une norme étrangère, car à la pleine applicabilité de la Convention répond son application nuancée. Eu égard aux aléas et aux incertitudes inhérents au procédé de la double sélection, la Cour serait bien inspirée de généraliser cette méthode.

354. En conclusion, alors que la logique de la jurisprudence européenne commanderait une analyse droit par droit, l'applicabilité de la CEDH varie, de façon assez surprenante, en fonction de la nature de la norme étrangère. Face à une décision de justice, la Cour développe un contrôle restreint qui s'articule autour d'une double sélection. D'une part, seuls certains droits sont susceptibles de conduire à l'éviction du jugement. D'autre part, parmi eux, il convient de distinguer ceux qui s'imposent dans leur intégralité et ceux dont l'étendue est réduite. Le procédé se révèle à l'examen très critiquable. Des décisions et arrêts qui s'y rapportent, il ne se dégage aucun critère objectif. La jurisprudence apparaît en conséquence peu cohérente. Cependant, lorsque le juge d'une Haute Partie contractante met en œuvre le droit étranger, les organes de la Convention sont parvenus à contourner toutes les difficultés liées au procédé sélectif en adoptant une solution radicale, mais simple : l'entière applicabilité de la Convention. Pour autant, son échec ne saurait occulter les puissantes considérations de pure opportunité et de réalisme qui ont mené la Cour de Strasbourg dans la voie d'une réduction de ses exigences. Elles demeurent des arguments de poids justifiant l'introduction d'une certaine souplesse dans l'application du droit européen des droits de l'homme.

¹⁶⁶⁴ CEDH 7 novembre 2000 requête n° 47128/99 *Lucette Zvoristeanu c/ France*.

¹⁶⁶⁵ Commission 11 avril 1996 requête n° 24001/94 *Gill et Malone c/ Pays-Bas et le Royaume-Uni*.

¹⁶⁶⁶ Commission 10 juillet 1975 requête n° 6482/74 *A. H. c/ Pays-Bas*.

Chapitre II Recherche d'une variation dans l'application de la CEDH

355. Retenir le parti d'une pleine applicabilité de la CEDH n'implique pas le rejet de tout relativisme et de toute norme étrangère. Ainsi que le relevait le Tribunal de Karlsruhe dans son importante décision du 4 mai 1971, la crainte de voir le droit international privé complètement bouleversé par une confrontation normale du droit étranger aux droits fondamentaux « *ne serait fondée que si l'on voulait traiter l'application du droit étranger dans chaque cas de la même manière que l'application d'une règle allemande ordinaire à une affaire purement interne. Une juste interprétation des droits fondamentaux admet qu'il faille tenir compte du particularisme de la matière* »¹⁶⁶⁷. Eu égard à sa jurisprudence relative à l'applicabilité des droits garantis par la Convention face aux normes étrangères, certes contestable mais ô combien révélatrice, le souci de la Cour de Strasbourg de prendre en considération les objectifs du droit international privé est à l'égal des préoccupations formulées naguère par le Tribunal constitutionnel allemand. Imposer aux États Parties l'observation de la Convention en toute hypothèse¹⁶⁶⁸ n'est donc pas en soi très inquiétant dès lors que ses effets se révèlent adaptés à la singularité des relations privées internationales et de leur traitement¹⁶⁶⁹. La logique proportionnaliste à l'œuvre dans la jurisprudence de la Cour européenne rend en effet beaucoup moins cruciale la question de la délimitation des droits puisque leur applicabilité potentiellement infinie demeure concrètement inoffensive¹⁶⁷⁰.

356. L'unilatéralisme qui caractérise l'opposabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux normes étrangères, critiqué par certains¹⁶⁷¹ en ce qu'il méconnaîtrait nécessairement le domaine d'application du droit étranger, commande de se référer aux droits

¹⁶⁶⁷ Tribunal de Karlsruhe 4 mai 1971, précité.

¹⁶⁶⁸ Commission 11 avril 1996 requête n° 24001/94 Gill et Malone c/ Pays-Bas et le Royaume-Uni ; CEDH 7 novembre 2000 requête n° 47128/99 Lucette Zvoristeanu c/ France.

¹⁶⁶⁹ Comp. P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 480, n° 832. De son point de vue, au contraire, le critère de la juridiction ne permet aucune variation.

¹⁶⁷⁰ Cf. à cet égard le très éclairant arrêt Niemietz (CEDH 16 décembre 1992 requête n° 13710/88 Niemietz c/ Allemagne) : « *Plus généralement, interpréter les mots "vie privée" et "domicile" comme incluant certains locaux ou activités professionnels ou commerciaux répondrait à l'objectif et au but essentiels de l'article 8 : prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Les États contractants ne s'en trouveraient pas indûment bridés car ils conserveraient, dans la mesure autorisée par le § 2 de l'article 8, leur droit d'"ingérence" et celui-ci pourrait fort bien aller plus loin pour les locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d'autres cas* » (§ 31).

¹⁶⁷¹ Voir notamment P. HAMMJE, *op. cit.*, p. 480, n° 832.

et libertés eux-mêmes afin d'en déduire la mesure de leurs exigences. Il appartient naturellement à la Cour européenne de déterminer ou tout au moins de poser les jalons d'une juste application de la CEDH à l'hypothèse envisagée. Selon une telle perspective, les distinctions entre les normes suivant leur nature et leur degré d'extranéité retrouvent une certaine utilité. Leur expression devrait aboutir à une modulation du contrôle européen par le biais de mécanismes telles la proportionnalité ou la marge nationale d'appréciation qui assurent à la Convention souplesse et flexibilité.

357. À cet égard, recourir à un seuil de tolérance permet d'opérer une conciliation entre l'accueil sans réserves des normes étrangères et la sauvegarde des valeurs cardinales des États membres du Conseil de l'Europe incarnées par la CEDH. Il aboutit, par conséquent, à limiter l'éviction de la norme étrangère. Les impératifs du droit international privé incitent en effet à ne prononcer son rejet uniquement lorsqu'elle portera gravement atteinte à la Convention. Cependant, déterminer ce qu'est une violation intolérable des droits et libertés conventionnellement garantis apparaît très délicat. Toute méconnaissance des droits de l'être humain n'est-elle pas en soi une chose suffisamment grave frappant du sceau de l'infamie la personne qui en est l'auteur ? Peut-on raisonnablement envisager d'opérer un tri entre les petites et les grandes atteintes à la Convention ? En matière de droits de l'homme, l'idée de variation suscite d'emblée une réaction de méfiance. Pourtant, elle n'est pas radicalement extérieure au droit européen des droits de l'homme, et, sous ce rapport, la jurisprudence des organes de Strasbourg offre deux points d'entrée.

Le premier prend principalement sa source dans l'analyse de chacun des droits garantis. Ils comportent, selon des affirmations récurrentes, des éléments sacrés, irréductibles et inviolables. Nul acte ne pourrait ainsi affecter leur substance. Dans toute situation, elle devrait être préservée. Du point de vue des relations privées internationales, elle pourrait alors constituer la limite infranchissable des normes étrangères, tout au moins de celles provenant d'ordres juridiques tiers au Conseil de l'Europe. Quoiqu'elle ne possède aucune positivité, l'idée tendant à définir ce qu'il importe de sauvegarder ne manque pas de partisans et, d'une certaine manière, a déjà été conceptualisée par Paul Lerebours-Pigeonnière¹⁶⁷².

Le second, qui, contrairement au précédent, semble essentiellement lié aux situations affectées d'un élément d'extranéité, intéresse la teneur et l'étendue du contrôle européen. Son

¹⁶⁷² P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », in *Le droit privé français au milieu du 20^{ème} siècle : études offertes à Georges Ripert. Tome I : études générales, droit de la famille*, LGDJ, 1950, p. 255.

intensité serait moindre à l'égard des normes étrangères en raison de puissantes considérations d'opportunité découlant du souci de ne pas entraver le développement des relations privées internationales et de ne pas nuire à leur traitement harmonieux. Certaines décisions et arrêts relayent l'intuition, mais leur nombre peu élevé, l'ambiguïté de leur rédaction et le fait que tous les aspects du problème n'aient pas été abordés constituent un sérieux obstacle à une tentative de systématisation. En outre, les quelques éléments qu'ils fournissent ne paraissent guère encourageants. Toutefois, les impasses et les insuffisances auxquelles mène l'analyse fondée sur les droits garantis (section I) conduisent à privilégier celle qui repose sur l'origine de la norme étrangère (section II). Sous réserve d'être repensée et affinée, notamment parce que l'intolérable ne saurait se mesurer de la même manière selon que la norme émane d'un État partie ou d'un État tiers, elle offre en effet des perspectives plus séduisantes.

Section I Le rejet d'une variation fondée sur la substance des droits

358. Telle qu'éclairée par la jurisprudence de la Cour, la CEDH constitue, en l'état, une limite très efficace à l'application immodérée des normes étrangères, si bien qu'elle nourrit la crainte de leur éviction immodérée. Les écueils qu'elle dresse en la matière invitent donc à la mesure et à envisager l'aménagement de sa mise en œuvre. Une première voie consiste ainsi à s'interroger sur ce qu'il importe de sauvegarder dans l'ordre international. Recentrer l'analyse présenterait l'avantage de promouvoir des solutions potentiellement universelles et par conséquent de favoriser l'harmonie internationale des solutions. En ce sens, l'essentiel n'est-il pas que les individus ne soient pas privés des droits et libertés qu'énumère la Convention ? En d'autres termes, ne conviendrait-il pas que, au minimum, les normes étrangères en réglementent l'exercice ? Les impératifs du droit international privé commanderaient alors à la Cour de ne retenir la responsabilité internationale de l'État que dans l'hypothèse où la réception de la norme étrangère aura pour effet la négation même des droits et libertés conventionnellement garantis. L'obligation de la mettre en échec naîtra du fait qu'elle ne les reconnaît pas ou qu'elle subordonne leur réalisation à des conditions telles que leur consécration apparaîtra illusoire. À défaut d'une quelconque positivité, une telle conception, qui trouve sous la plume de Paul Lerebours-Pigeonnière¹⁶⁷³ de lointaines racines, ne manque pas d'actualité dans la doctrine contemporaine. Cependant, si le recours à la notion de

¹⁶⁷³ P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *loc. cit.*, p. 255. Sur la critique de la distinction établie par l'éminent auteur, voir A. CHAPPELLE, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse Paris II, 1979, p. 578, n° 549.

substance des droits est théoriquement envisageable, les nombreuses lacunes qu'elle accuse, du point de vue de sa conceptualisation dans la jurisprudence européenne et des effets qu'elle aurait sur les normes étrangères, ne permettent pas de lui conférer un caractère opératoire (§ I). Surtout, elle impliquerait d'analyser la norme étrangère de façon abstraite, conformément à la logique de l'injustifiable en soi dont elle est porteuse¹⁶⁷⁴, alors que le maintien d'un contrôle concret se révèle indispensable (§ II).

§ I Les lacunes de la notion de substance

359. Lerebours-Pigeonnière estimait que le rejet des normes étrangères s'imposait dès lors qu'elles rompaient la communauté de droit à laquelle était, depuis Savigny, subordonné le règlement normal des conflits de lois. Or, bien que la notion de communauté de droit n'ait jamais recueilli une définition univoque, il considérait que toute loi étrangère en opposition absolue avec la DUDH, en tant qu'elle établit un ordre universel, ne pouvait recevoir application. De son point de vue, l'article 29 alinéa 2¹⁶⁷⁵ de la Déclaration de 1948 instaure une distinction très nette entre la jouissance des droits, « *que toute personne a le droit de revendiquer en tous pays* »¹⁶⁷⁶, et leurs modalités d'exercice, « *qui relèvent des lois nationales* »¹⁶⁷⁷. Dès lors, « *la nature de l'homme comporte la jouissance de certains droits dont une loi étrangère ne peut, sans heurter l'ordre public, s'abstenir de réglementer l'exercice* »¹⁶⁷⁸. L'éminent auteur pensait déceler l'influence d'une telle *summa divisio* dans les motifs lacunaires et diversement interprétés¹⁶⁷⁹ de la jurisprudence *Fontaine*¹⁶⁸⁰.

La Cour de cassation a considéré que, nonobstant les dispositions de la loi étrangère, dont la compétence normale n'a nullement été remise en cause, une mère avait le droit imprescriptible de reconnaître son enfant. Par cette qualification, la Haute juridiction aurait implicitement jugé que le droit de la mère ne naissait pas *ex lege*, mais lui était inhérent en

¹⁶⁷⁴ La proportionnalité induit en effet une perspective téléologique, le constat de violation intervient *in casu*, en fonction des finalités poursuivies par l'acte. L'intangibilité de la substance pose au contraire la problématique de l'injustifiable en soi ; l'acte est condamnable quelle que soit la finalité qu'il sert (cf. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 352 et s., n° 479 et s.).

¹⁶⁷⁵ « *Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique* ».

¹⁶⁷⁶ P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *loc. cit.*, p. 267.

¹⁶⁷⁷ *Ibidem.*

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 265.

¹⁶⁷⁹ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. 156 et s., n° 17 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *loc. cit.*, p. 264 et s..

¹⁶⁸⁰ Civ. 8 mars 1938 Fontaine c/ Époux Pulteney, précité.

raison de sa seule qualité d'être humain. En ne réglementant pas son exercice, la loi anglaise s'inscrivait ainsi en opposition absolue avec l'idéal de civilisation universelle exprimé par la DUDH¹⁶⁸¹.

Par conséquent, dans tous les cas où les droits et libertés ont une existence indépendante de la loi qui régit leur exercice¹⁶⁸², la norme étrangère doit en garantir la jouissance, c'est-à-dire, au minimum, établir les conditions requises pour s'en prévaloir. À défaut, il appartiendra au juge du for de procéder à son éviction.

Le rapprochement de deux arrêts plus récents permet d'illustrer un tel aménagement des droits et libertés conventionnellement garantis. Bien qu'ils ne se réfèrent pas expressément à la CEDH, ils se fondent sur une prérogative découlant clairement du droit au respect de la vie privée tel qu'interprété par la Cour, notamment par son arrêt *Kroon*¹⁶⁸³. Le premier, rendu par la cour d'appel de Paris le 5 décembre 1991¹⁶⁸⁴ énonce de façon subsidiaire et surabondante que la loi yougoslave doit être écartée « *comme heurtant la conception française de l'ordre public international en ce que cette législation édicte un principe d'irrévocabilité de la reconnaissance d'enfant naturel, disposition qui a pour effet d'interdire le rétablissement de la filiation véritable* ». Le second, prononcé par la Cour de cassation le 6 juillet 1999¹⁶⁸⁵, précise que « *la loi allemande qui admet, comme la loi française la contestation de reconnaissance, mais en délimite plus strictement les conditions d'exercice, n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international* ». Au-delà de la jurisprudence *Fontaine*, il existerait donc une tendance à distinguer selon que les lois étrangères réglementent l'exercice des droits considérés fondamentaux ou ignorent leur existence. À défaut d'assurer leur jouissance, donc d'organiser la possibilité de s'en prévaloir utilement, leur éviction découlerait naturellement de la méconnaissance de l'idéal universel des droits humains.

360. Aujourd'hui encore, les partisans d'une prise en compte des droits de l'homme, singulièrement ceux que consacre la CEDH, dans le traitement des situations soumises à des normes étrangères, souhaitent qu'elle s'effectue en suivant sinon les principes généraux du

¹⁶⁸¹ Lerebours-Pigeonnière laisse néanmoins en suspens l'hypothèse d'une réglementation selon des modalités restrictives que, dans l'espèce, la mère n'eut pas respectées.

¹⁶⁸² Question qui, comme le relève Lerebours-Pigeonnière, soulèvera parfois des difficultés (*loc. cit.*, p. 267 et s.).

¹⁶⁸³ CEDH 27 octobre 1994 requête n° 18535/91 *Kroon c/ Pays-Bas*, préc., § 36 et s..

¹⁶⁸⁴ CA Paris 5 décembre 1991 *Dalloz* 1992 p. 290 note F. Boulanger.

¹⁶⁸⁵ Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, précité.

moins l'esprit du droit international privé¹⁶⁸⁶. Ainsi, ils espèrent que la Cour de Strasbourg imprime aux droits garantis « *un effet relativement "atténué"* »¹⁶⁸⁷ qu'ils conçoivent en des termes proches des réflexions de Paul Lerebours-Pigeonnière.

De leur point de vue, en effet, l'essentiel résiderait dans la préservation de la substance des droits, toute atteinte à celle-ci entraînant nécessairement l'éviction de la norme étrangère¹⁶⁸⁸. Or, l'approche de la notion de substance par la jurisprudence européenne, constate M. Sébastien Van Drooghenbroeck, évoque davantage la distinction civiliste entre la jouissance et l'exercice qu'un « *tri opéré, sur la base de leur importance respective, entre les prérogatives matérielles garanties* »¹⁶⁸⁹ par chacun des droits et libertés dont la pertinence, au demeurant, suscite les plus vives réserves¹⁶⁹⁰. D'une manière générale, en effet, la Cour analyse l'ingérence étatique en une atteinte à la substance des droits lorsque les individus n'ont plus la possibilité de s'en prévaloir¹⁶⁹¹. Toute restriction perpétuelle et définitive est ainsi bannie. Elle ne saurait se justifier au service d'autres buts. Elle est injustifiable en soi. Ce raisonnement, par conséquent, ne ménage aucune place au principe de proportionnalité. La logique de l'espèce, dont la Cour affirme pourtant qu'elle sous-tend l'ensemble de la Convention, cède sa place à une logique du tout ou rien.

¹⁶⁸⁶ Voir, par exemple, G. COHEN-JONATHAN, « Les droits de l'homme et l'évolution du droit international », in *Clés pour le siècle*, Paris II, Dalloz, 2000, p. 614.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 637.

¹⁶⁸⁸ P. HAMMJE, *op. cit.* : « *chaque droit comporte néanmoins des éléments essentiels auxquels il ne peut jamais être porté atteinte. Ce sont ceux-là qu'il convient de sauvegarder à l'égard d'un droit étranger* » (p. 482, n° 833 note 6).

¹⁶⁸⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 470, n° 649. Voir également J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, p. 155 et s., n° 127 et s. et p. 282 et s., n° 273 et s..

¹⁶⁹⁰ Cf. *supra*.

¹⁶⁹¹ CEDH 11 juillet 2002 requête n° 25680/94 I. c/ Royaume-Uni, préc. : « *En l'espèce, la requérante mène une vie de femme, entretient une relation avec un homme et souhaite uniquement épouser un homme. Or, elle n'en a pas la possibilité* » (§ 81). La Cour estime qu'une telle restriction porte atteinte à la substance même de l'article 12. Voir également, CEDH 18 février 1999 requête n° 24833/94 Matthews c/ Royaume-Uni, préc. : « *Dans le cas présent (...) la requérante, en sa qualité de résidente de Gibraltar, s'est vue priver de toute possibilité d'exprimer son opinion sur le choix des membres du Parlement européen* » (§ 64) ; « *dans ces conditions, il a été porté atteinte à l'essence même du droit de vote tel que garanti à la requérante par l'article 3 du Protocole n° 1* » (§ 65) ; Commission 8 janvier 1960 requête n° 214/56 De Becker c/ Belgique : « *ils ne se justifient pas en ce que la privation de la liberté d'expression qu'ils prévoient en des matières autres que politiques est infligée rigide et à perpétuité, sans qu'il soit envisagé de l'assouplir si, avec le temps, le moral de la nation et l'ordre public sont restaurés et le maintien en vigueur de cette incapacité particulière cesse d'être une "mesure nécessaire dans une société démocratique" au sens de l'article 10 § 2 de la Convention* ». Voir encore, *a contrario*, CEDH 2 septembre 1998 requête n° 22954/93 Ahmed et autres c/ Royaume-Uni : « *d'un autre côté, on ne peut soutenir que les restrictions litigieuses portent atteinte à la substance même des droits garantis aux intéressés par ladite clause puisqu'elles ne s'appliquent qu'aussi longtemps qu'ils occupent des postes soumis à des restrictions sur le plan politique ; de surcroît, chacun des requérants, s'il est désireux de se faire élire dans une assemblée, a la faculté de démissionner de son poste* » (§ 75) ; Commission 21 mai 1997 requête n° 30401/96 Van Der Auwera c/ Belgique : « *la Commission relève d'emblée que l'interdiction d'ériger une antenne pour exercer une activité de radio-amateur ne touche pas à la substance même du droit de recevoir et de communiquer des informations, que le requérant peut se procurer par d'autres moyens* ».

Certes, les juges strasbourgeois paraissent admettre à travers l'arrêt *F. contre la Suisse*¹⁶⁹² qu'une restriction limitée dans le temps puisse également constituer une atteinte à la substance d'un droit, mais il convient de relativiser la portée d'une telle assertion. S'ils jugent, en effet, que l'interdiction temporaire de remariage affecte la substance même du droit au mariage¹⁶⁹³, ils soulignent aussi que la mesure querellée « *se révèle non proportionnée au but légitime poursuivi* »¹⁶⁹⁴. En outre, bien qu'ils prétendent examiner uniquement le point de savoir si les limitations introduites par la législation suisse ne restreignent pas « *le droit en cause d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même* »¹⁶⁹⁵, ils inscrivent cependant leur raisonnement dans une logique proportionnaliste¹⁶⁹⁶. Or, les deux raisonnements peuvent difficilement coexister parce qu'ils sont exclusifs l'un de l'autre¹⁶⁹⁷. La référence constante à la disproportion de la mesure obscurcit donc singulièrement les conclusions se rapportant à la substance de l'article 12. L'affaire *F. contre Suisse* témoigne ainsi davantage des hésitations de la Cour à introduire au sein de la Convention la logique de l'injustifiable en soi¹⁶⁹⁸ que d'une réelle prise de position relative à la signification et aux implications de l'essence des droits garantis.

361. La préservation de la substance des droits, notion évoquée pour la première fois dans l'affaire linguistique belge¹⁶⁹⁹, pourrait alors exprimer l'« *extranéisation* » des effets de la Convention selon la formule de M. Flauss.

À première lecture, l'arrêt *Beneficio Cappella Paolini contre Saint-Marin*¹⁷⁰⁰ établit un certain lien entre la substance et la question de l'application ou de la réception des effets des normes étrangères dans le for. À cette occasion, la Cour relève que la situation dans laquelle se trouvait la requérante, une institution ecclésiastique, s'analysait en « *un déni de justice qui a porté atteinte à la substance même du droit à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la*

¹⁶⁹² CEDH 18 décembre 1987 requête n° 11329/85 F. c/ Suisse.

¹⁶⁹³ *Ibid.*, § 40.

¹⁶⁹⁴ *Ibidem.*

¹⁶⁹⁵ *Ibid.*, § 32.

¹⁶⁹⁶ C'est-à-dire l'examen de la légalité, de la légitimité et de la nécessité de la mesure (CEDH 18 décembre 1987 requête n° 11329/85 F. c/ Suisse, § 33 et s.).

¹⁶⁹⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 353, n° 483. *Contra* J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 1^{ère} édition, 1997, p. 50 (à noter que, dans la seconde édition, l'auteur ne prend plus parti sur ce point : cf. J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. 46).

¹⁶⁹⁸ Laquelle permettrait d'asseoir l'effet précédentiel des arrêts de la Cour cependant que cette dernière manifeste beaucoup de réticences à se lier dans le temps (S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 480 et s., n° 664 et s.).

¹⁶⁹⁹ CEDH 23 juillet 1968 requêtes n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64 Affaire linguistique belge, préc., § 5.

¹⁷⁰⁰ CEDH 13 juillet 2004 requête n° 40786/98 *Beneficio Cappella Paolini c/ Saint-Marin*.

Convention »¹⁷⁰¹. Si elle avait eu accès aux juridictions civile et administrative aucune n'avait en effet répondu sur le fond aux prétentions qu'elle avait émises. Auparavant, dans des circonstances similaires, la Cour se contentait de constater une atteinte à la substance du droit au tribunal sans prendre le soin de qualifier la situation de « *déni de justice* »¹⁷⁰². L'évolution terminologique pourrait ainsi manifester la volonté de la Cour de relier la substance des droits à la notion de « *déni de justice* », laquelle évoque irrésistiblement le « *déni de justice flagrant* », spécifiquement utilisé pour apprécier la responsabilité des Hautes Parties contractantes induite par la réception des normes étrangères. En d'autres termes, la Convention obligerait les États à ne pas accorder d'effets à une décision de justice étrangère reflétant un « *déni de justice flagrant* » parce que, par ce biais, elle porterait atteinte à la substance du droit à un procès équitable. Et, par extension, l'éviction d'une norme étrangère s'imposerait à la seule condition qu'elle restreigne un droit à un degré tel qu'elle en affecte l'essence.

Toutefois, la parenté lexicale ne saurait abuser et conduire à des conclusions somme toute prématurées. Le déni de justice auquel la Cour de Strasbourg se réfère dans l'arrêt *Beneficio* n'est pas l'équivalent du « *déni de justice* » mentionné les affaires *Soering*, *Drozd*, *Iribarne Pérez* et *Lindberg*. Alors que le second renvoie à un ensemble de garanties jugées particulièrement importantes, le premier, selon une acception classique, vise les cas dans lesquels un juge refuse de répondre aux prétentions d'un plaideur¹⁷⁰³. Leur seule homonymie ne permet donc pas de fonder une application utile de la notion de substance face aux normes étrangères. Au demeurant, une telle perspective ne paraît ni possible ni véritablement souhaitable.

362. En premier lieu, la notion de substance des droits et la logique de l'injustifiable en soi qui l'accompagne ne sont guère ancrées dans la jurisprudence européenne. Bien que les principes d'homéostasie et d'effet utile impliquent la nécessité théorique de leur existence au

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, § 29.

¹⁷⁰² Voir, par exemple, CEDH 12 novembre 2002 requête n° 47273/99 *Bélès et autres c/ République Tchèque*.

¹⁷⁰³ Dans l'affaire *Beneficio*, la requérante avait saisi le juge civil de première instance afin de recouvrer la possession des biens expropriés et non utilisés par l'État, puis introduit, en appel, une action pétitoire pour récupérer la propriété desdits biens. Cependant, le juge d'appel estima que la compétence pour connaître du bien-fondé de la procédure d'expropriation appartenait aux juges administratifs alors que la juridiction suprême, confirmant l'arrêt du juge administratif d'appel, affirma que la loi conférerait un véritable droit de saisine du juge civil afin d'obtenir la péremption de l'expropriation. La Cour considéra qu'elle n'avait pas « *pour tâche d'examiner si les juridictions civile et administrative pouvaient ou non trancher le litige sur le fond* » (§ 29). Simplement, si la requérante avait eu accès à ces juridictions, « *aucune n'a répondu à la question de savoir si elle avait droit ou non à la restitution des terrains expropriés en excès* » (§ 29). La situation révèle un refus de statuer, donc un déni de justice.

sein du système conventionnel¹⁷⁰⁴, l'étude des décisions et arrêts des organes de la Convention se révèle très décevante. Leur reconnaissance est en effet parcellaire.

En ce qui concerne les droits dont les restrictions sont organisées par le texte même de la CEDH, plutôt que l'affirmation d'un injustifiable en soi, il semble émerger de la jurisprudence un « *tout justifiable sous condition de proportionnalité* »¹⁷⁰⁵. Ainsi, la substance des articles 10, 8, 11, tant dans ses aspects positifs que dans ses aspects négatifs, et 1 du Protocole n° 1 est introuvable¹⁷⁰⁶.

En revanche, la substance des droits dont les restrictions sont organisées de façon prétorienne est rappelée avec une constance remarquable. Toutefois, la pratique jurisprudentielle ternit sensiblement une affirmation théorique récurrente. En particulier, la Cour omet souvent de se prononcer sur la substance, logiquement première sur le plan décisionnel¹⁷⁰⁷, avant de recourir à la contextualisation inhérente au principe de proportionnalité.

Selon M. Sébastien Van Drooghenbroeck, la dualité peut s'expliquer de deux façons.

D'une part, les droits relevant de la première catégorie se prêteraient mal à une représentation du tout ou rien que suggère l'idée d'injustifiable en soi¹⁷⁰⁸. D'un point de vue conceptuel, une négation totale n'est pas envisageable parce que leur manifestation ne s'épuise pas dans un acte unique. Sauf à infliger la mort, nul ne pourrait être définitivement privé du droit au respect de sa vie privée. Cependant, l'observation ne convainc pas, car la Cour pourrait tout aussi bien se prononcer sur la substance de chacun des droits découlant, par exemple, de l'article 8. Au demeurant, une atteinte à la substance du droit au procès équitable dans son ensemble ne paraît guère probable ; pourtant la Cour veille à la préservation de la substance du droit d'accès¹⁷⁰⁹ ou du principe d'égalité des armes¹⁷¹⁰. Aussi, pourrait-elle également

¹⁷⁰⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 377 et s., n° 518 et s. ; *contra* (négation virulente de l'existence d'une substance des droits) P. MUZNI, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Thèse dactyl., Montpellier, 2004, p. 293 et s., n° 386 et s..

¹⁷⁰⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 408, n° 557.

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 408, n° 558 et s..

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 356, n° 488. *Contra* J. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 279 et s., n° 267 et s..

¹⁷⁰⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 473, n° 656.

¹⁷⁰⁹ CEDH 13 juillet 2004 requête n° 40786/98 Beneficio Cappella Paolini c/ Saint-Marin.

¹⁷¹⁰ CEDH 27 avril 2004 requête n° 62543/00 Gorraiz Lizaraga et autres c/ Espagne.

assurer l'intangibilité de la substance du droit de faire établir sa filiation¹⁷¹¹, de connaître ses origines¹⁷¹², de vivre dans un environnement sain¹⁷¹³ ou encore du droit au nom¹⁷¹⁴.

D'autre part, selon une perspective « *historico-fabuleuse* »¹⁷¹⁵, la dualité serait le reflet de l'audace limitée de la Cour. Lorsqu'elle est amenée à consacrer un droit qui ne figure pas expressément dans la Convention, elle doit concilier l'effet utile du droit nouvellement créé et l'inévitable réticence des États face à l'alourdissement de leurs engagements. Ainsi, dans un premier temps, elle limiterait son contrôle à la substance du droit. Puis, une fois l'acquis consolidé, elle observerait un régime plus strict fondé sur la proportionnalité¹⁷¹⁶. Une telle prudence n'aurait en effet aucun sens à l'égard des droits explicitement garantis dans la mesure où les ingérences doivent déjà répondre à la triple condition de légalité, de légitimité et de nécessité. Dès lors, la substance des droits se présente davantage comme un instrument politique que comme une exigence réelle du droit européen des droits l'homme¹⁷¹⁷. Sa résurrection conceptuelle sur le terrain du droit international privé relève certes du possible, mais semble pour le moins improbable. Au demeurant, elle n'est peut-être pas souhaitable.

363. En second lieu, en effet, la logique de l'injustifiable en soi qui sous-tend la notion de substance ne paraît guère appropriée à l'évaluation du respect de la CEDH face aux normes étrangères. Elle requiert au contraire un examen souple et contextualisé que seul peut lui assurer le principe de proportionnalité. Par ailleurs, à supposer même que la protection de la substance n'implique pas une appréciation abstraite et rigide de la situation soumise à une norme étrangère, son caractère opératoire se heurte à deux obstacles.

D'une part, la distinction entre la substance du droit et son exercice n'est jamais aisée à mettre en œuvre, car, *in casu*, ne pas pouvoir exercer son droit se confondra souvent avec la privation pure et simple du droit¹⁷¹⁸. Il conviendra alors de déterminer si la rigidité des

¹⁷¹¹ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 Marckx c/ Belgique, préc., § 45 et s..

¹⁷¹² CEDH 7 juillet 1989 requête n° 10454/89 Gaskin c/ Royaume-Uni, § 37 (*GACEDH* n° 36).

¹⁷¹³ CEDH 9 décembre 1994 requête n° 16798/90 Lopez Ostra c/ Espagne, § 51 (*GACEDH* n° 3).

¹⁷¹⁴ CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90 Burghartz c/ Suisse, préc., § 24.

¹⁷¹⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 474 et s., n° 657.

¹⁷¹⁶ Voir, par exemple, l'évolution des formules relatives aux limitations implicites affectant le droit d'accès au juge en matière civile entre les arrêts *Golder* (CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 *Golder* c/ Royaume-Uni, préc., § 38) et *Ashingdane* (CEDH 28 mai 1985 requête n° 8225/78 *Ashingdane* c/ Royaume-Uni, § 57).

¹⁷¹⁷ La Cour adopterait ainsi une conception relativiste pragmatique, au sens de la doctrine germaniste, de la substance des droits et de son articulation avec le principe de proportionnalité. Les deux logiques sont certes distinctes, mais, fonctionnellement, elles se recoupent en partie. Le fait que toute mesure portant atteinte à la substance est également disproportionnée paraît alors expliquer l'omniprésence de la logique proportionnaliste au sein du contrôle européen (S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 477 et s., n° 662 et s.).

¹⁷¹⁸ Voir, *mutatis mutandis*, P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, p. 577 et s., n° 801 et s.. *Contra* J. RAYNAUD, *op. cit.* : contrairement à M. Frumer, l'auteur

conditions de mise en œuvre du droit est simplement disproportionnée ou plus radicalement injustifiable en soi.

D'autre part, la seule préservation de la substance des droits conduira plus sûrement à une protection trop forte ou trop lâche, selon l'idée qui en sera retenue, qu'à une protection équilibrée de l'ordre juridique du for ménageant respect des droits fondamentaux et impératifs du droit international privé. Si la substance s'identifie précisément à la jouissance des droits et s'oppose en conséquence aux interdictions perpétuelles et irrévocables, les cas d'éviction des normes étrangères sur le fondement de la CEDH demeureront extrêmement rares parce que les divergences se manifestent davantage dans la conception des droits et de leur exercice que sur le principe même de leur reconnaissance¹⁷¹⁹. En revanche, si elle fait l'objet d'un contrôle approfondi, incluant notamment la prohibition des discriminations¹⁷²⁰, elle constituera un puissant filtre à l'encontre des normes étrangères.

364. En définitive, la notion de substance ne constitue pas une réponse adéquate au problème de la confrontation des normes étrangères à la Convention européenne des droits de l'homme. D'un côté, selon une perspective générale, elle manque d'assises suffisamment solides au sein du système conventionnel. De l'autre, du point de vue particulier des relations privées internationales, elle ne permet pas d'approcher un juste équilibre dans la protection de l'ordre juridique du for. Les insuffisances et les excès ainsi relevés démontrent une fois encore les limites d'une recherche fondée sur une définition *a priori* de ce qu'il importe de sauvegarder dans l'ordre international. De surcroît, elle se heurte à la nécessité de maintenir un contrôle concret des normes étrangères.

§ II L'indispensable maintien d'un contrôle concret

365. La nature du contrôle européen présente une certaine ambiguïté. Traditionnellement, la Cour affirme qu'il ne lui appartient pas de se prononcer, dans l'abstrait, sur la législation des États membres, mais sur le cas concret dont elle se trouve saisie¹⁷²¹. Elle paraît si bien observer la règle qu'elle s'expose au reproche de rendre des décisions hypercontextualisées et

estime qu'une distinction reste possible et que, en conséquence, il convient de limiter la renonciation à l'exercice des droits à l'exclusion de leur substance (p. 159, n° 131).

¹⁷¹⁹ Cf. *infra* n° 397 et s..

¹⁷²⁰ La Constitution du Canton de Berne du 6 juin 1993 par ses articles 27-4 et 10 alinéa 1 précise ainsi que l'interdiction de la discrimination participe de l'essence des droits fondamentaux et que, à ce titre, elle est intangible.

¹⁷²¹ Voir, entre autres, CEDH 31 juillet 2000 requête n° 35765/97 ADT c/ Royaume-Uni, § 36.

par conséquent de promouvoir l'insécurité juridique et l'imprévisibilité des solutions¹⁷²². À l'occasion, cependant, elle n'hésite pas, quoiqu'elle s'en défende, à mener un examen *in abstracto*. D'aucuns prétendent qu'elle serait bien inspirée de procéder de la sorte afin que le droit européen des droits de l'homme remplisse pleinement sa fonction pédagogique¹⁷²³, notamment en acceptant d'intégrer dans son contrôle la logique de l'injustifiable en soi. Une telle rigueur s'imposerait notamment à l'égard des institutions estimées les plus attentatoires aux droits et libertés des êtres humains. Elle permettrait, par exemple, de montrer « *que le modèle de la répudiation n'est pas dans son principe même acceptable* »¹⁷²⁴ et que la polygamie atteint la dignité de la femme de manière intolérable¹⁷²⁵. Par extension, l'éviction de l'ensemble ou de la plupart des règles d'inspiration musulmane du droit de la famille, « *terrain d'élection des conflits de civilisation* »¹⁷²⁶, devrait en résulter.

Néanmoins, eu égard aux inconvénients qu'il engendre, un tel raisonnement ne saurait prospérer. C'est au contraire face aux normes étrangères que le maintien d'un contrôle concret apparaît capital. À défaut, ni le contenu du droit étranger ni les circonstances concrètes du litiges ne seraient pris en considération alors qu'ils évitent de rompre trop facilement la continuité des situations juridiques individuelles dans l'ordre international¹⁷²⁷. Le premier ouvre la voie à la nécessaire compréhension de l'institution dont un individu souhaite se prévaloir dans le for (A) et le second est seul à même d'envisager correctement ce qu'exige une juste défense des droits fondamentaux dans l'ordre international et ce que les parties ont réellement voulu (B).

A La prise en compte du droit étranger

366. Une approche abstraite, qu'elle concerne le contenu du droit étranger ou celui du droit ou de la liberté dont le for entend assurer le respect, ne conduit jamais qu'à des résultats décevants, car, en définitive, il s'agit moins d'une question de principe que de rechercher la

¹⁷²² S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 297 et s., n° 411 et s..

¹⁷²³ A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *Clunet* 2003 p. 750. Comp. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 552 et s., n° 770 et s..

¹⁷²⁴ A. MEZGHANI, *loc. cit.*, p. 750.

¹⁷²⁵ *Ibid.*, p. 756.

¹⁷²⁶ P. MERCIER, *Conflit de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Droz, Genève, 1972, p. 100.

¹⁷²⁷ B. DOCQUIR, « Le droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain*, vol. LIX, 1999, n° 4, p. 516. Comp. P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, p. 117 et s., n° 103 et s. ; *Id.*, « Ordre public », *Encyclopédie Dalloz International*, vol. III, 1998, p. 2, n° 8.

satisfaction la plus grande des intérêts individuels¹⁷²⁸. La remarque vaut sans doute d'autant plus lorsque l'éviction de la norme étrangère prétend s'appuyer sur la Convention européenne des droits de l'homme parce que si elle sert la protection de l'ordre juridique requis, ses principaux destinataires demeurent cependant les individus. Et, à ce titre, il ne paraîtrait pas déraisonnable de penser qu'ils puissent légitimement s'opposer au paternalisme étatique¹⁷²⁹.

367. La question de la réception des deux institutions qui cristallisent toutes les hostilités, la polygamie et la répudiation, en atteste. Une politique d'éviction systématique entraînerait des conséquences gênantes, en particulier si les situations ont été constituées à l'étranger et que le for se trouve simplement requis de les reconnaître. Une intervention énergique du principe monogamique couplé au principe d'égalité constituerait certainement une affirmation éclatante des valeurs occidentales, mais qu'elle rétablisse également la femme dans sa dignité manque néanmoins de constance. En certaines occasions, en effet, le rejet de la polygamie lui ôtera la qualité d'épouse légitime. Elle aura alors les plus grandes difficultés à faire valoir ses droits successoraux ou à obtenir la sanction de l'obligation d'entretien du polygame à son égard¹⁷³⁰. Les éventuels enfants, par conséquent naturels, se heurteront à des obstacles similaires¹⁷³¹. C'est ainsi qu'à l'opposé de la position tranchée adoptée par certains juges du fond¹⁷³², la Cour de cassation a opté pour la nuance. En ce sens, elle n'exclut pas la

¹⁷²⁸ C'est au contraire sur le terrain des principes que s'est fixée, dans son dernier état, la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la répudiation (Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (arrêt n° 256), préc. : « *que la cour d'appel en a exactement déduit que, même si elle résultait d'une procédure loyale et contradictoire, cette décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'éventuelle opposition de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, était contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage* » ; déjà en ce sens, CA Paris 22 mars 2001 *Dalloz* 2001 p. 1361). Comp. la position du Tribunal fédéral suisse selon laquelle il importe de « *considérer les choses in concreto et (de ne) pas rejeter l'institution de la répudiation de façon générale et abstraite* » (Tribunal fédéral 4 juillet 2000 *Clunet* 2005 p. 849 obs. B. Dutoit et M. Scherer). En particulier, la répudiation ne viole pas l'ordre public matériel suisse lorsqu'elle « *est intervenue à l'étranger entre des ressortissants du pays concerné et que la validité du divorce ne se pose qu'à titre préalable, par exemple à propos d'une question successorale* ».

¹⁷²⁹ Quoique la Cour n'y soit pas toujours hostile (cf. CEDH 19 février 1997 requêtes n° 21627/93, 21826/93 et 21974/93 *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni Clunet* 1998 p. 171 obs. D. L.-D.).

¹⁷³⁰ B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN Joly, 1993, p. 12, n° 13 ; N. GUIMEZANES, « L'approche d'un comparatiste », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992 organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université de Lille II, LGDJ, 1993, p. 31 ; P. MERCIER, *op. cit.*, p. 93. *Contra* B. ANCEL, « Le statut de la femme polygame », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992 organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université de Lille II, LGDJ, 1993, p. 105 : l'auteur estime que le principe d'égalité peut justifier tout à la fois le rejet de principe de la polygamie et l'octroi de droits alimentaires, successoraux voire sociaux au profit de la seconde épouse (p. 117).

¹⁷³¹ A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *RCADI* 2000 tome 283 p. 129.

¹⁷³² Voir, par exemple, TGI Orléans 17 mai 1984 *RCDIP* 1984 p. 307 note F. Monéger : « *l'état actuel des mœurs et la conception française de l'ordre public international sont manifestement incompatibles avec la reconnaissance de la polygamie* ».

reconnaissance de l'union polygamique en tant que telle et accepte qu'elle produise certains de ses effets¹⁷³³.

Le rejet systématique de la répudiation mène à un constat identique. Le maintien du lien conjugal qui en résulte au regard de l'ordre juridique du for ne paraît guère opportun. Comme le relève Mme Roula El-Husseini, « *indépendamment de la sauvegarde des grands principes, il n'est pas certain en effet que l'intérêt de l'épouse répudiée réside dans le prolongement d'une union dont son conjoint a manifesté par son acte le peu de cas qu'il faisait* »¹⁷³⁴. Elle se trouve alors enfermée dans un statut d'épouse et potentiellement démunie. Pour peu que son époux ait déserté le territoire français pour établir son domicile dans son pays d'origine, les éventuelles condamnations pécuniaires qu'elle pourrait obtenir du juge français au titre, par exemple, des contributions aux charges du mariage, n'auront aucune chance d'y recevoir l'*exequatur*. En outre, elle sera privée de la faculté de contracter une nouvelle union sauf à entamer une procédure de divorce à l'évidence moins rapide et plus onéreuse que la reconnaissance immédiate de son nouvel état, ce qui reviendrait à ajouter une seconde injustice à celle qui résulte déjà pour elle de la répudiation¹⁷³⁵. Aussi la Cour de cassation a-t-elle paru s'inspirer de telles considérations au cours des fluctuations de sa jurisprudence en matière de répudiation musulmane en considérant notamment, au moins dans les limites de la convention franco-marocaine du 10 août 1981¹⁷³⁶, « *que les répudiations intervenues au*

¹⁷³³ Ceux qui ne révèlent aucune contrariété avec la conception française de l'ordre public international, c'est-à-dire, moins les effets personnels que patrimoniaux. Voir, notamment, Civ. 26 janvier 1958 Chemouni, préc. ; Civ. 19 février 1963 Chemouni *RCDIP* 1963 p. 559 note G. H., *Clunet* 1963 p. 986 note A. Ponsard ; Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988 Baaziz *RCDIP* 1989 p. 71 note Y. Lequette : l'ordre public international « *s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une française produise ses effets à l'encontre de celle-ci* » ; ou encore Civ. 1^{ère} 24 septembre 2002 *Bull.* 2002 n° 214 p. 165, *Defrénois* 2002 p. 1467 note J. Massip : la Cour estime que l'article 147 du Code civil constitue un empêchement au mariage bilatéral et absolu. Pour une étude plus détaillée de cette question, voir B. BOURDELOIS, *op. cit.*, p. 223 et s., n° 439 et s..

¹⁷³⁴ R. EL-HUSSEINI, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *RCDIP* 1999 p. 449. Voir également, I. FADLALLAH, « Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français », *RCDIP* 1981 p. 25 ; T. VIGNAL, note sous Civ. 1^{ère} 3 juillet 2001 Douibi, *JCP* 2002.II.10039 : « *il est probable que, dans la très grande majorité des cas, la femme répudiée ne souhaite pas forcer son mari à réintégrer le domicile conjugal, ni même nécessairement demeurer dans les liens du mariage ; son véritable intérêt réside dans le maintien de sa situation matérielle, notamment sous la forme d'un devoir de secours, ce qui rapproche la répudiation d'un divorce pour rupture de la vie commune, et, de fait, on a souvent comparé ce cas de divorce à une répudiation* ».

¹⁷³⁵ R. BENATTAR, « L'ordre public et la reconnaissance des « divorces privés », in *Multido legum ius unum, Mélanges en l'honneur de Wilhelm Wengler, Zu seinem 65. Geburtstag, Band II, Kollisionrecht und Rechtsvergleichung*, 1973, p. 179. La situation sera tout aussi épineuse si le refus de reconnaissance de la répudiation intervient après le remariage de la femme et la constitution d'une nouvelle famille (cf. P. MAYER, « Droit à un procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 1996, p. 132).

¹⁷³⁶ Sur laquelle, voir, P. DECROUX, « La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *Clunet* 1985 p. 49 ; F. MONÉGER, « La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *RCDIP* 1984 p. 29, p. 267.

Maroc doivent être reconnues sans qu'elles puissent, en tant que telles, être déclarées contraires à l'ordre public au sens du droit international privé français »¹⁷³⁷. Participent de la même logique les arrêts qui acceptent de reconnaître la dissolution du lien matrimonial obtenu à l'étranger sous réserve qu'elle s'accompagne de garanties procédurales et financières en faveur de la femme¹⁷³⁸.

368. Ainsi, « *le refus de reconnaître ces institutions dans les États de culture juridique occidentale aboutit souvent à des résultats difficilement admissibles, contraires en tout cas à une conception générale de la justice* »¹⁷³⁹. C'est la raison pour laquelle, M. Fulchiron préconise une application pragmatique des droits fondamentaux, en des termes cependant quelque peu singuliers, car ce qu'il récuse et ce à quoi il prétend adhérer ne sont en réalité qu'une seule et même chose. De son point de vue, en effet, il n'est pas question, par ce biais, de transposer « *le principe selon lequel ce serait moins la loi étrangère dans sa lettre et dans son esprit, que le résultat concret de son application concrète dans la situation soumise au juge qui doit être prise en compte* »¹⁷⁴⁰. L'explication est tout entière contenu dans l'importance des droits qui sont en jeu ; leur caractère fondamental s'opposerait à ce qu'un juge prête la main à une loi injuste même si son application en l'espèce conduit ou a conduit à un résultat juste. L'application pragmatique des droits fondamentaux s'apparenterait davantage au *modus judicandi* de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, précisément, s'exprimant relativement à la portée du contrôle concret entrepris par la Cour, le juge Martens considérait que lorsque la situation incriminée est à tous égards conforme à une ou plusieurs dispositions, « *la logique comme le souci de vérité commandent que, lorsqu'on examine si l'application de cette loi constitue une violation de la Convention, on commence par examiner si ladite loi est conforme à la Convention. Si cette dernière question appelle une*

¹⁷³⁷ Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988 Boujlifa c/ Mme Dyane, précité.

¹⁷³⁸ Civ. 1^{ère} 3 novembre 1983 Rohbi, préc. ; CA Versailles 1^{er} octobre 1998 *BICC* 1^{er} juin 1999 p. 33 n° 695 ; CA Dijon 15 septembre 1999 *Clunet* 2000 p. 997 note P. Khan. Encore récemment, Civ. 1^{ère} 3 juillet 2001 Douibi, préc. : la Haute juridiction approuve les juges du fond d'avoir considéré que « *la conception française de l'ordre public international ne s'opposait pas à la reconnaissance d'un divorce étranger par répudiation unilatérale par le mari dès lors que le choix du tribunal n'avait pas été frauduleux, que la répudiation avait ouvert une procédure à la faveur de laquelle chaque partie avait fait valoir ses prétentions et ses défenses et que le jugement algérien, passé en force de chose jugée et susceptible d'exécution, avait garanti des avantages financiers à l'épouse en condamnant le mari à lui payer des dommages-intérêts pour divorce abusif, une pension de retraite légale et une pension alimentaire d'abandon* ».

¹⁷³⁹ P. MERCIER, *Conflit de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Droz, Genève, 1972, p. 99.

¹⁷⁴⁰ H. FULCHIRON, « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 380.

réponse affirmative, la première en appellera presque toujours une négative. Mais si la loi interne est jugée incompatible avec la Convention il reste possible que son application in concreto n'enfreigne pas la Convention »¹⁷⁴¹. L'exercice du contrôle européen n'exclut donc pas l'attribution d'un brevet de conventionnalité à l'application concrète d'une norme *in abstracto* conventionnelle ou in conventionnelle. En toute hypothèse, il convient d'examiner l'institution étrangère incriminée dans sa réalité afin que la logique, et non les préjugés, guide le raisonnement.

On ne saurait, par conséquent, souscrire à l'appréciation générale des règles déterminées par la Charia formulée par la Cour à l'occasion de l'affaire *Refah Partisi*¹⁷⁴². Alors qu'elle n'était pas directement saisie de la question, elle affirme implicitement l'incompatibilité de la polygamie, de la répudiation et des inégalités successorales avec la Convention. Dans son opinion concordante, le juge Kovler n'a pas manqué d'exprimer quelques reproches à l'encontre d'une telle assertion. Comme n'importe quel autre système complexe, remarque-t-il, la Charia a ses acquis et ses excès. En tout cas, « *l'analyse juridique ne devrait pas caricaturer la polygamie (forme d'organisation familiale qui existe ailleurs que chez les peuples islamisés) en la réduisant à "une discrimination fondée sur le sexe des intéressés"* ». L'examen du droit étranger importe donc et ne doit pas être contourné par le raccourci commode des idées reçues. Certains mots, tels que privilège marital, privilège masculin, polygamie, répudiation, suscitent immanquablement la répulsion. Doit-elle pour autant conduire à négliger leur traduction dans les différentes législations positives ? On peut en douter.

La répudiation, par exemple, est indissociable de la formule efficace de M. Ibrahim Fadlallah. Elle semble définitivement cumuler les caractères « *unilatéral, discrétionnaire, marital et extra-judiciaire* »¹⁷⁴³. Néanmoins, s'ils synthétisent la répudiation coranique, ils ne décrivent pas la répudiation dans sa réalité positive.

¹⁷⁴¹ S. K. MARTENS, opinion dissidente sous CEDH 29 novembre 1988 requêtes n° 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85 Brogan et autres c/ Royaume-Uni. Voir également, par exemple, CEDH 21 février 1990 requête n° 11855/85 Hakansson et Sturesson c/ Suède : la Cour « *n'a pas pour tâche de contrôler dans l'abstrait le système de la loi de 1979, mais de rechercher si la manière dont il a été appliqué aux requérants ou les a touchés a enfreint la Convention* » (§ 46).

¹⁷⁴² CEDH 13 février 2003 requêtes n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 Refah Partisi c/ Turquie, préc., § 128.

¹⁷⁴³ I. FADLALLAH, note sous Civ. 1^{ère} 3 novembre 1983 Rohbi, *RCDIP* 1984 p. 333.

La version algérienne s'en écarte sensiblement puisqu'elle est judiciaire¹⁷⁴⁴ et n'est pas purement discrétionnaire. En effet, bien que le juge ne puisse s'opposer à la dissolution du mariage, il conserve la possibilité de rechercher et d'identifier les motifs animant le mari. Et s'il constate que l'époux a « *abusivement usé de sa faculté de divorce, il accorde à l'épouse le droit aux dommages et intérêts pour le préjudice qu'elle a subi* »¹⁷⁴⁵.

Le droit marocain, tel qu'il résulte de la loi n° 70/03 du 5 février 2004¹⁷⁴⁶, présente des caractères similaires. La répudiation est judiciaire, son prononcé ouvre de nombreux droits d'ordre financier à l'épouse¹⁷⁴⁷, sa révocation ne peut plus lui être imposée et les deux hypothèses dans lesquelles la femme avait la possibilité d'y recourir ont été renforcées¹⁷⁴⁸.

Le modèle tunisien issu de la loi n° 81-7 du 18 février 1981, quant à lui, s'en éloigne radicalement. La répudiation est ouverte à l'homme comme à la femme¹⁷⁴⁹ et ne peut intervenir que par la voie judiciaire¹⁷⁵⁰. L'octroi d'une indemnité en réparation des préjudices matériel et moral découlant d'une telle rupture du lien conjugal est également de nature à tempérer le caractère discrétionnaire.

L'analyse approfondie du droit étranger permet ainsi de dépasser les apparences et ouvre la voie à une approche renouvelée du problème de la réception de certaines institutions telle la répudiation¹⁷⁵¹.

Cette démarche s'inscrit clairement dans la logique du contrôle européen en la matière. Elle est la seule qui permette de concilier l'imputation de la responsabilité à l'État requis de

¹⁷⁴⁴ Art. 49 du Code de la famille : « *Le divorce ne peut être établi que par jugement (...)* ». Voir cependant R. EL-HUSSEINI, *loc. cit.*, p. 427 : il semblerait que le terme « *établi* » soit employé dans le sens de « *prouvé* » (p. 440).

¹⁷⁴⁵ Art. 52 du Code de la famille.

¹⁷⁴⁶ Sur laquelle, voir, par exemple, F. SAREHANE, « *Le nouveau code marocain de la famille* », *Gaz. Pal.* 3-4 septembre 2004 p. 2792.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 2801.

¹⁷⁴⁸ Voir également la réforme du statut personnel égyptien par la loi n° 1 du 29 janvier 2000 (cf. N. BERNARD-MAUGIRON, « *Quelques développements récents dans le droit du statut personnel en Egypte* », *RIDC* 2004 p. 355).

¹⁷⁴⁹ Art. 31 du Code du statut personnel.

¹⁷⁵⁰ Art. 32 du Code du statut personnel.

¹⁷⁵¹ Voir notamment R. EL-HUSSEINI, *loc. cit.*, p. 427 : analysant la véritable nature de l'institution, l'auteur est conduit à proposer une distinction entre le principe même de la rupture et ses conséquences patrimoniales (p. 434 et s.). Les conditions de leur réception dans l'ordre juridique français devraient ainsi obéir à un régime adapté à leur nature propre (en particulier, en ce qui concerne le principe même de la rupture, la vérification de la compétence interne de l'autorité étrangère (p. 452 et s.) ; déjà en ce sens, C. BERNARD, « *Les problèmes posés par les demandes d'exequatur de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps* », in *TCFDIP années 1977-1979*, éditions du CNRS, 1980, p. 72 et s.). L'objectif de la démarche est « *de réaliser un assouplissement du contrôle de la régularité du prononcé de la répudiation et un durcissement corrélatif de ses effets* » (p. 453). Voir également, C. BERNARD, *loc. cit.*, p. 64 et s..

réceptionner une norme étrangère¹⁷⁵² et la particularité du fait générateur de cette même responsabilité liée précisément à l'extranéité de la norme. Le droit étranger apparaît parfois dans la partie « en fait »¹⁷⁵³ et la Cour s'intéresse en premier lieu au produit de son application. Dans l'affaire *Zvoristeanu*, par exemple, elle constate que le refus d'établir un lien de filiation légitime au profit de la requérante se fondait à titre principal sur les dispositions de la loi allemande. Parce qu'il avait été contracté sans la présence d'un officier d'état civil, elles frappaient d'inexistence le mariage de son auteur. Il ne générerait dès lors aucun effet, notamment à l'égard des enfants. L'examen du droit étranger contribue donc à apprécier le respect de la Convention. Et, sa manifestation la plus éclatante apparaît dans l'hypothèse où le problème soulevé intéresse la procédure étrangère précédant la décision dont la reconnaissance est sollicitée. Dans la mesure où la Cour exige que le for offre aux individus un recours effectif, elle est nécessairement amenée, pour s'en convaincre, à vérifier la procédure telle qu'elle se présente et telle qu'elle s'est déroulée. En attestent les paragraphes 44 à 46 de l'arrêt *Pellegrini*¹⁷⁵⁴.

369. Au-delà des textes envisagés dans leur réalité, le souci de favoriser la coordination des ordres juridiques et une protection satisfaisante de l'ordre juridique du for impose encore un examen de leur application concrète.

B La prise en compte des circonstances concrètes du litige

370. L'appréciation d'une norme étrangère ne saurait être réalisée indépendamment de son contexte et du produit de sa mise en œuvre. Si la Cour estime que la France ne devait pas prêter son concours à l'exécution d'une décision de justice andorrane dans l'affaire *Drozd et Janousek*, c'est uniquement par référence « aux circonstances de la cause »¹⁷⁵⁵. La prise en compte des circonstances concrètes du litige s'impose aux fins d'assurer une juste défense des droits et libertés de l'homme et sa nécessité se manifeste tout particulièrement dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 3 décembre 1996¹⁷⁵⁶.

¹⁷⁵² Cf. *infra* n° 446 et s..

¹⁷⁵³ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 Soering c/ Royaume-Uni, préc. (analyse du système virginien) ; Commission 10 juillet 1975 requête n° 6482/74 A. H. c/ Pays-Bas (rappel des articles du Code civil néerlandais alors que la Commission a considéré, *ex officio*, que la requête visait la Belgique).

¹⁷⁵⁴ CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 Pellegrini c/ Italie, précité.

¹⁷⁵⁵ CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, préc., § 110.

¹⁷⁵⁶ Civ. 1^{ère} 3 décembre 1996 RCDIP 1997 p. 328 note H. Muir Watt, JCP 1996 IV n° 985.

En l'espèce, la contrariété à l'ordre public international s'inspire du principe d'impartialité et, bien qu'il ne soit pas fait mention de la CEDH, la démarche adoptée témoigne néanmoins de l'influence que peut exercer le souci de respecter les droits fondamentaux sur le contrôle de la décision étrangère. Pour la première fois, semble-t-il, la Cour de cassation admet en effet que l'irrégularité du jugement étranger puisse résulter d'éléments de preuve extrinsèques¹⁷⁵⁷, alors que, auparavant, une telle possibilité se heurtait à la prohibition de la révision au fond issue de la jurisprudence *Munzer*. En l'occurrence, la partialité de l'un des magistrats étrangers n'apparaissait pas dans la décision soumise à *exequatur*. Son établissement provenait d'une décision de dessaisissement pour suspicion légitime rendue postérieurement par la Cour suprême du Gabon, décision qui, de façon très caractéristique, n'est pas invoquée pour son effet normatif et ses conséquences sur le jugement soumis à *exequatur*, mais à titre probatoire. Par-là, la Haute juridiction « *a accompli un pas considérable dans la construction d'un régime à la fois cohérent et éclairé en matière d'effets des jugements étrangers* »¹⁷⁵⁸ et ce n'est peut-être pas un hasard si la défense d'un droit fondamental en a été l'occasion.

371. Par ailleurs, la défense des valeurs fondamentales du for n'est plus en cause s'il apparaît que la situation présentée au juge ne les bafoue pas. Il est alors préférable qu'il fonde sa décision sur la norme étrangère, « *car elle aura plus de chances d'être reconnue à l'étranger* »¹⁷⁵⁹. La répudiation en constitue une nouvelle illustration.

Ainsi, avant les arrêts rendus en 2004, la jurisprudence française n'avait jamais montré une hostilité farouche à la réception de ses effets dès lors qu'elle avait été acquise dans des conditions telles qu'elle s'apparentait à un divorce par consentement mutuel¹⁷⁶⁰, soit que la

¹⁷⁵⁷ H. MUIR WATT, note sous Civ. 1^{ère} 3 décembre 1996, *RCDIP* 1997 p. 331 et s..

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 332.

¹⁷⁵⁹¹⁷⁵⁹ P. LAGARDE, « Ordre public », *Encyclopédie Dalloz International*, vol. III, 1998, p. 4, n° 23.

¹⁷⁶⁰ Pour un exemple éminemment caractéristique puisqu'il concerne la répudiation d'une française, Trib. Civ. Seine 23 mai 1960 *Dalloz* 1960 p. 715 note P. Malaurie ; voir également TGI Paris 26 février 1992 *RCDIP* 1993 p. 58 note D. Alexandre. La Cour de cassation a semblé implicitement maintenir la solution alors même que le rejet de la répudiation se fondait sur l'article 5 du Protocole n° 7 (Civ. 1^{ère} 11 mars 1997 *Dalloz* 1997 p. 400 note M.-L. Niboyet, *JCP* 1998.I.101 note H. Fulchiron, *Clunet* 1998 p. 110 note P. Kahn, *RCDIP* 1997 p. 585 note H. Gaudemet-Tallon). Sa pérennité est aujourd'hui mise en doute par la condamnation de principe de ce mode de dissolution du mariage (Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (arrêts n° 256 et 258), préc. ; voir, cependant, l'arrêt n° 259). Voir également la répudiation du droit rabbinique : l'initiative appartient toujours au mari, lequel remet le gueth à son épouse ; cependant, elle demeure libre de l'accepter ou de le refuser, si bien que la répudiation ne produit ses effets sur le lien matrimonial que si elle est acceptée (pour une assimilation au divorce par consentement mutuel, cf. Trib. Civ. Seine 26 octobre 1959 Mme Spira c/ Reichenfeld *RCDIP* 1960 p. 354 note Y. Loussouarn, *Clunet* 1960 p. 814 obs. J.-B. Sialleli).

La doctrine est partagée sur l'opportunité d'une telle solution. Si certains l'approuvent (par exemple, C. BERNARD, *loc. cit.*, p. 77), d'autres, en revanche, préféreraient une réponse tranchée eu égard au caractère trop souvent formel du consentement de l'épouse (par exemple, B. GOLDMAN, intervention sous la communication de C. Bernard, « Les problèmes posés par les demandes d'*exequatur* de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps », in *TCFDIP années 1977-1979*, éditions

femme l'ait sollicitée de son mari¹⁷⁶¹, soit qu'elle l'ait acceptée. La convention franco-marocaine réserve même expressément l'hypothèse dans son article 13 alinéa 2, la répudiation prononcée à l'encontre d'une française produisant ses effets uniquement à sa demande. Il n'est donc pas exclu que la mise en œuvre concrète de l'institution compense son inégalité structurelle ou conduise à la négliger. Ainsi que le soulignent MM. Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières, « *l'analyse des législations étrangères et des circonstances dans lesquelles interviennent les répudiations conduisent à rejeter en cette matière tout a priori et à adopter une attitude prudente* »¹⁷⁶².

Au demeurant, l'abandon d'un contrôle concret et attentif à l'encontre d'institutions moins polémiques n'a jamais été soutenu. Par exemple, la Cour de cassation n'a pas suivi l'argument de M. Mailliez selon lequel une décision anglaise se révélait incompatible avec l'article 6 de la CEDH parce que les frais de procédure taxés étaient tels que, virtuellement, l'accès à la justice anglaise lui était interdit¹⁷⁶³. Dès lors qu'elle a constaté que le requérant y avait eu « *effectivement accès* », le rejet du pourvoi était inévitable. À l'inverse, à l'occasion de l'affaire *Pordéa*¹⁷⁶⁴, les circonstances ont conduit à une conclusion opposée, puisque « *l'importance des frais mis à la charge du requérant, dont la demande n'avait même pas été examinée, avait été de nature à faire objectivement obstacle à son libre accès à la justice* ». L'institution de la caution *judicatum solvi* n'est en effet pas condamnable en soi et représente un moyen efficace de lutter contre les abus de procédure. Supprimée du droit français, elle révèle un « *fossé culturel profond au sein même de l'espace judiciaire européen concernant la teneur de la justice procédurale, tant sous le rapport de l'équilibre des droits de la défense et de la demande, que de celui des conditions d'exercice du pouvoir judiciaire lorsqu'il s'agit précisément d'assurer la sauvegarde de cet équilibre* »¹⁷⁶⁵. Cependant, même les auteurs¹⁷⁶⁶ qui lui sont le plus hostiles concèdent que, en certaines circonstances, elle possède quelque légitimité et par voie de conséquence, peut ne pas apparaître choquante¹⁷⁶⁷.

du CNRS, 1980, p. 88 ; P. MALAURIE, note sous Trib. Civ. Seine 23 mai 1960 *Defeins c/ Taboun Dalloz* 1960 p. 715).

¹⁷⁶¹ Trib. Civ. Seine 23 mai 1960 *Defeins c/ Taboun*, précité.

¹⁷⁶² Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 439, n° 329-1. Voir également, A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *RCADI* 2000 tome 283 p. 128 ; P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997 p. 24.

¹⁷⁶³ Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Mailliez, précité.

¹⁷⁶⁴ Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Pordéa, précité.

¹⁷⁶⁵ H. MUIR WATT, note sous Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Pordéa, *RGP* 1999 p. 747.

¹⁷⁶⁶ Cf. G. A. L. DROZ, « Variations Pordéa (À propos de l'arrêt de la Cour de cassation ; 1^{ère} Chambre civile, du 16 mars 1999), *RCDIP* 2000 p. 193 ; H. MUIR WATT, note préc., p. 753 et s..

¹⁷⁶⁷ En particulier, lorsqu'il est établi que l'éventuelle condamnation du demandeur aux frais n'a aucune chance de recevoir l'*exequatur* dans le pays où se trouve le centre de ses intérêts pécuniaires.

372. Enfin, l'analyse concrète permet de renforcer le crédit des décisions, notamment du point de vue du droit qu'il importe de sauvegarder. L'arrêt *Vialaron*¹⁷⁶⁸, dans la mesure où la Cour de cassation n'a pas porté un examen attentif aux circonstances entourant l'application de la loi étrangère, s'expose ainsi à la critique.

En l'espèce, la femme, de nationalité française, avait présenté, à l'occasion de son divorce, une demande en partage et en attribution préférentielle d'un immeuble acquis indivisément avec son époux, de nationalité suisse, au cours du mariage. La cour d'appel de Chambéry la débouta en vertu des dispositions de l'ancien régime légal suisse de l'union des biens. Elles prévoyaient en effet que le mari était propriétaire de tous les biens matrimoniaux, à l'exception des apports de la femme, des biens réservés de celle-ci et des biens acquis en remploi d'apports ou de biens réservés. En tant qu'acquêt, l'immeuble litigieux était par conséquent la propriété du mari. En outre, elles indiquaient que le bénéfice de l'union conjugale devait être réparti à concurrence de deux tiers pour le mari et d'un tiers pour l'épouse. De l'avis des juges du fond, cette dernière règle ne heurtait pas l'ordre public international dès lors que la loi française autorise les époux à déroger au partage égal. La Haute juridiction estima au contraire qu'en instaurant une discrimination à l'égard de la seule épouse son éviction au nom de l'article 5 du Protocole n° 7 se justifiait. Elle balaye ainsi le raisonnement des juges d'appel qui ne manquait pourtant pas de pertinence. Le droit français admet les stipulations de parts inégales, mais la mise à l'écart du droit suisse a suscité de légitimes craintes à l'égard de sa compatibilité avec le principe d'égalité. Aussi, la plupart des commentateurs de l'arrêt se sont-ils évertués à établir les différences objectives entre la loi française et la loi suisse. Tout d'abord, elle peut concerner l'homme comme la femme¹⁷⁶⁹. Ensuite, la stipulation de parts inégales peut simplement avoir pour objet de compenser des apports inégaux¹⁷⁷⁰. Enfin et surtout, elle procède de la volonté expresse des époux¹⁷⁷¹. Cependant, si les différents arguments avancés suffisent à démontrer que le droit français est respectueux de la CEDH, ils devraient également valoir en faveur du droit suisse. D'une part, la Haute juridiction aurait dû vérifier si, concrètement, l'octroi d'une part supérieure au mari n'aboutissait pas à répondre à des apports inégaux des époux. La recherche de leur consistance au jour de l'union n'aurait pas été superflue. Si une cassation s'imposait, elle aurait dû être prononcée pour défaut de base légale et non pour violation de la loi. D'autre

¹⁷⁶⁸ Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, précité.

¹⁷⁶⁹ R. CRÔNE, obs. sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, *Defrénois* 1999 p. 1177.

¹⁷⁷⁰ J. THIERRY, note sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, *Dalloz* 1999 p. 310.

¹⁷⁷¹ R. CRÔNE, obs. préc., p. 1177 ; J. THIERRY, note préc., p. 310 ; T. VIGNAL, note sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, *JCP* 1998.II.10175.

part, l'analyse volontariste censée gommer le caractère discriminatoire du partage inégal¹⁷⁷² vaut tout autant à l'égard du régime matrimonial légal. Directement ou indirectement, explicitement ou implicitement, celui-ci procède toujours d'un choix des époux¹⁷⁷³. Que la Cour de cassation n'en ait pas tenu compte apparaît regrettable. De même qu'elle tolère¹⁷⁷⁴ les effets d'une répudiation acceptée par l'épouse, la volonté des époux de se soumettre à un régime discriminatoire mérite, dans un souci de cohérence, considération. Certes, remarque M. Droz, « *le régime matrimonial n'est plus une affaire de famille mais il reste une affaire d'époux et à trop vouloir les protéger on risque de nuire gravement à leur liberté* »¹⁷⁷⁵. Fondée sur l'article 5 du Protocole n° 7, la décision d'écarter les dispositions de la loi suisse uniquement au motif qu'elles infligeaient une discrimination à l'encontre de la seule épouse est ainsi discutable. D'autant plus qu'elles contiennent un aspect beaucoup plus choquant que l'inégalité dans la liquidation des droits des époux. En l'espèce, en effet, elles opèrent une véritable privation de propriété au détriment de l'épouse¹⁷⁷⁶. Bien que l'immeuble fût acquis en indivision, le mari en devenait le seul propriétaire par l'effet de la loi suisse. La femme ne pouvait prétendre qu'à une créance en valeur dans le bénéfice de l'union conjugale. Dès le prononcé du divorce, elle était selon toute vraisemblance titulaire d'un bien au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 tel qu'interprété par la Cour¹⁷⁷⁷. Associé à l'article 14, l'incompatibilité de la situation litigieuse avec la Convention apparaît alors clairement. À l'instar de M. Inze, privé de la possibilité de solliciter l'attribution de la ferme familiale en raison de sa seule qualité d'enfant naturel, Mme Vialaron ne pouvait obtenir la propriété de l'immeuble à l'issue des opérations de liquidation au seul motif de son appartenance au sexe féminin. Or, aux termes d'une jurisprudence fermement établie, « *seules des raisons très fortes pourraient amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une distinction*

¹⁷⁷² Ce qui, au demeurant, ne sera pas toujours vérifié. Ainsi que le remarque M. Droz (note sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, *RCDIP* 1998 p. 637), il arrive « *bien souvent qu'un époux accepte un contrat de séparation de biens ou de partage inégal car il est en position d'infériorité et qu'il préfère ne pas discuter de ces questions plutôt que de rater son mariage* » (p. 643) ; si bien que seuls les contrats conclus en cours de mariage auraient quelque force.

¹⁷⁷³ B. AUDIT, note sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, *Dalloz* 1999 som. p. 291 ; G. A. L. DROZ, note préc., p. 643.

¹⁷⁷⁴ Ou tolérerait, suivant la portée exacte qu'il convient d'attribuer aux arrêts du 17 février 2004. Il semblerait que, implicitement et *a contrario*, l'arrêt n° 259 préserve la possibilité d'un *exequatur* si telle est la volonté de l'épouse répudiée.

¹⁷⁷⁵ G. A. L. DROZ, note préc., p. 644.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 643.

¹⁷⁷⁷ Cf. *mutatis mutandis*, à propos de la masse successorale, CEDH 28 octobre 1987 requête n° 8695/79 Inze c/ Autriche : « *Le patrimoine était donc la propriété conjointe du requérant et de ses cohéritiers même si aucun d'eux n'avait de droits immédiats sur un bien déterminé* » (§ 38).

fondée sur le sexe et le statut marital »¹⁷⁷⁸. À cet égard, la législation suisse tendait à la protection de l'épouse et à rétablir une certaine égalité puisque le mari supportait l'intégralité du déficit éventuellement accusé par la communauté. Si, au sein du Conseil de l'Europe, elle pouvait encore passer pour raisonnable dans le contexte des années 1960, une telle justification est, à l'aube du XXI^{ème} siècle, intolérable. Ce n'est donc pas du point de vue de la répartition inégale du bénéfice de l'union conjugale et de l'égalité des droits et responsabilités qu'il convenait d'examiner l'affaire *Vialaron*, mais du point de vue de l'atteinte au droit de propriété couplé à l'exigence de non-discrimination.

Le souci de promouvoir la coordination des ordres juridiques et d'assurer une juste défense des droits et libertés garantis par la Convention implique donc l'examen des circonstances concrètes du litige, même si, *in abstracto*, la norme étrangère suscite les plus vives méfiances. Symétriquement, sa compatibilité apparente avec la CEDH ne saurait constituer un obstacle à une analyse approfondie. Si les ordres juridiques se revendiquent de valeurs communes, les mots n'ont pas nécessairement un sens universel. La notion d'intérêt de l'enfant est une illustration particulièrement révélatrice d'une telle relativité. Elle guide le juge, par exemple, pour déterminer, consécutivement à un divorce, qui va s'occuper des enfants et selon quelles modalités. Seulement, la méthode d'évaluation de l'intérêt de l'enfant diverge selon les ordres juridiques. Et, par un arrêt du 30 janvier 1979¹⁷⁷⁹ la Cour de cassation a paru condamner tout pluralisme. Elle a en effet considéré qu'un jugement tunisien de divorce ne répondait pas aux exigences de l'ordre public international, même atténué, pour avoir confié la garde des enfants au père en se fondant sur le caractère musulman de l'éducation qu'il était susceptible de leur dispenser et sur la nécessité de le mettre en position d'exercer ses droits à leur égard. En d'autres termes, pour recevoir l'*exequatur*, il importe que la décision étrangère se réfère non pas à des critères de principe, mais à la prédominance de l'intérêt effectif des enfants. Ainsi, « *l'accent est mis moins sur le caractère choquant de la décision étrangère que sur le conflit de méthode* »¹⁷⁸⁰, ce qui était d'autant moins nécessaire que les circonstances du litige démontraient suffisamment le caractère inadmissible de l'attribution de la garde au père au détriment de la mère¹⁷⁸¹. L'éviction de la norme étrangère s'abstrait des circonstances

¹⁷⁷⁸ CEDH 4 juin 2002 requête n° 34462/97 *Wessels-Bergervoet c/ Pays-Bas*, § 49. Voir également, CEDH 28 mai 1985 requêtes n° 9214/80, 9473/81, 9474/81 *Abdulaziz, Cabalès et Balkandali c/ Royaume-Uni*, § 78 ; Commission 14 janvier 1993 requête n° 13580/88 *Karlheinz Schmidt c/ Allemagne*, § 44.

¹⁷⁷⁹ Civ. 1^{ère} 30 janvier 1979 *Bayar c/ Dame Nemeth RCDIP* 1979 p. 629 obs. Y. Lequette.

¹⁷⁸⁰ Y. LEQUETTE, obs. sous Civ. 1^{ère} 30 janvier 1979 *Bayar c/ Dame Nemeth, RCDIP* 1979 p. 634.

¹⁷⁸¹ Les deux filles du couple vivaient en effet avec leur mère en France depuis dix ans et rien n'établissait qu'elle avait failli à son devoir de les élever.

concrètes du litige et une telle démarche aboutit « à faire de notre règle interne (...) une règle de portée mondiale, de sorte que l'exequatur devrait être refusée à toutes les décisions étrangères qui appliquent des principes différents »¹⁷⁸², y compris si leur mise en œuvre coïncide avec l'intérêt effectif des enfants. Une telle rigidité ne s'impose assurément pas et, par un arrêt du 6 janvier 1987¹⁷⁸³, la Cour de cassation est revenue à plus d'orthodoxie¹⁷⁸⁴.

373. En dernier lieu, l'examen des circonstances concrètes du litige se révèle indispensable parce qu'il constitue la seule façon de prendre en compte le phénomène de la renonciation sous le double aspect de l'atténuation, lorsque l'État oppose à l'éventuel manquement à la Convention la liberté de l'individu de renoncer au droit dont il invoque à présent le respect, et du dédoublement de la responsabilité étatique, lorsque l'individu reproche à l'État de ne pas avoir respecté son droit de renoncer au droit ou à la liberté dont le juge lui a imposé le respect¹⁷⁸⁵.

Fondée sur la CEDH, l'éviction de la norme étrangère n'est plus seulement le produit de la protection des valeurs de l'ordre juridique du for. S'y adjoint, peut-être principalement, la sauvegarde des droits et libertés des êtres humains¹⁷⁸⁶. Et parce qu'elle répond parfois à leurs intérêts, les organes de la Convention ont admis assez tôt le principe même de la renonciation¹⁷⁸⁷. Il est aujourd'hui définitivement acquis et, en dépit des formules ambiguës parfois utilisées par la Cour¹⁷⁸⁸, possède un domaine très étendu. Ni la référence à l'ordre

¹⁷⁸² J. MASSIP, note sous Civ. 1^{ère} 6 janvier 1987, *Defrénois* 1987 p. 1076.

¹⁷⁸³ Civ. 1^{ère} 6 janvier 1987 *Bull. civ.* n° 3, *Defrénois* 1987 p. 1073 note J. Massip.

¹⁷⁸⁴ En l'espèce, comme en 1979, la détermination du titulaire de la garde procédait de principes abstraits. La Haute juridiction a cependant estimé que la cour d'appel, « en relevant qu'il n'est nullement démontré en l'espèce que l'intérêt effectif des enfants serait d'être élevés par le père et que le droit reconnu à la mère ne soit pas conforme à l'intérêt des mineurs (...), a caractérisé l'absence de contrariété de la décision algérienne à la conception française de l'ordre public international ». Au demeurant, il est permis de se demander si une nouvelle appréciation de l'intérêt de l'enfant ne dépasse pas l'office du juge de l'exequatur. En ce sens, voir Civ. 1^{ère} 27 octobre 1993 *Bull. civ.* n° 298 : « mais attendu que l'office du juge français, saisi d'une action tendant à faire cesser la reconnaissance de plein droit, en France, du jugement étranger d'adoption, est limité au contrôle de la régularité de ce jugement, à l'exclusion de toute nouvelle appréciation de l'intérêt des enfants ».

¹⁷⁸⁵ Au regard de la seule jurisprudence de la Cour, il semblerait cependant que cette facette de la renonciation n'existe pas de manière générale, mais seulement dans l'hypothèse particulière où l'individu revendique le bénéfice d'un droit dont l'exercice a pour conséquence la renonciation à un autre droit (O. DE SCHUTTER, *Droits fondamentaux et économie de marché*, cours de DEA, Limoges, 2000).

¹⁷⁸⁶ Au demeurant, l'affaire *Iribarne Pérez* montre que la Cour ne souhaite pas toujours pallier le mutisme du requérant. Le constat d'un défaut de « déni de justice flagrant » découle également du fait que le requérant ne met pas en cause l'impartialité de la juridiction étrangère (CEDH 24 octobre 1995 requête n° 16462/90 *Iribarne Pérez c/ France*, § 32).

¹⁷⁸⁷ Commission 5 mars 1962 requête n° 1197/61 X c/ RFA.

¹⁷⁸⁸ Cf. par exemple, CEDH 25 février 1992 requête n° 10802/84 *Pfeifer et Plankl c/ Autriche*, § 37 : « la renonciation à un droit garanti par la Convention, pour autant qu'elle soit licite » ; CEDH 19 juin 2003 requête n° 28490/95 *Hulki Gunes c/ Turquie*, § 95. Voir encore, CEDH 10 février 1983 requêtes n° 7299/75 et 7496/76 *Albert et Le Compte* : « sans doute la nature de certains droits garantis par la Convention exclut-elle un abandon de la faculté de les exercer, mais il n'en va pas de même de certains autres » (§ 35) ; CEDH 30

public européen, ni les tentatives de hiérarchisation au sein des droits garantis, pas davantage que les critères n'impliquant pas de prééminence, observe M. Philippe Frumer, « *ne permettent de soutenir que certains droits sont, par nature, non susceptibles de renonciation. Sans doute perçoit-on intuitivement que certains droits s'y prêtent moins que d'autres : tel semble être le cas pour les droits destinés à protéger l'intégrité physique des individus. Mais il convient de noter que cette intuition ne fait pas l'unanimité en doctrine* »¹⁷⁸⁹. Hormis quelques hypothèses particulières¹⁷⁹⁰, la renonciation concerne donc aussi bien les garanties procédurales¹⁷⁹¹ que les droits substantiels¹⁷⁹². Les individus ont ainsi la possibilité de recourir aux procédés juridiques traduisant leur volonté expresse ou tacite de se dépouiller d'une prérogative, de l'abandonner ou de l'abdiquer, alors qu'ils pourraient encore la faire valoir¹⁷⁹³, ce en quoi la renonciation se distingue de l'exercice négatif d'un droit¹⁷⁹⁴.

Pour être recevable, la renonciation est, du point de vue du renonçant, assortie de quatre conditions¹⁷⁹⁵. Elle doit tout d'abord être certaine. À cet égard, si la Cour prend en compte une volonté tant expresse que tacite, il est néanmoins indispensable qu'elle soit dépourvue d'équivoque¹⁷⁹⁶. En ce sens, le comportement de l'individu ne doit laisser aucun doute et ne pas s'expliquer autrement que par une volonté de renoncer¹⁷⁹⁷. Elle doit ensuite être le fruit

novembre 1987 requête n° 8950/80 H. c/ Belgique, § 54. M. Frumer observe à cet égard l'hésitation de la Cour, car loin d'une affirmation catégorique, son assertion n'est qu'une hypothèse ainsi que l'atteste la locution adverbiale « *sans doute* » (*La renonciation aux droits et libertés. La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, p. 422).

¹⁷⁸⁹ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 543, n° 748. *Contra* C. PICHERAL, *L'ordre public européen (droit communautaire et droit européen des droits de l'homme)*, La documentation française, 2001, p. 268.

¹⁷⁹⁰ Voir, par exemple, CEDH 18 juin 1971 requêtes n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66 De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique : « *le droit à la liberté revêt une trop grande importance dans une "société démocratique", au sens de la Convention, pour qu'une personne perde le bénéfice de celle-ci du seul fait qu'elle se constitue prisonnière. Une détention pourrait enfreindre l'article 5 quand bien même l'individu dont il s'agit l'aurait acceptée* ».

¹⁷⁹¹ CEDH 10 février 1983 requêtes n° 7299/75 et 7496/76 Albert et Le Compte, § 35 ; CEDH 30 novembre 1987 requête n° 8950/80 H. c/ Belgique, § 54 ; CEDH 25 février 1992 requête n° 10802/84 Pfeifer et Plankl c/ Autriche, § 37.

¹⁷⁹² CEDH 27 août 1997 requête n° 20837/92 M. S. c/ Suède : en l'espèce, la Cour conclut à l'applicabilité de l'article 8 dans la mesure où la divulgation du dossier médical de la requérante dépendait non seulement de la présentation d'une demande d'indemnisation à la Caisse de sécurité sociale, mais également d'une série d'éléments dont la maîtrise échappait à l'intéressé. Dès lors, on ne saurait « *inférer de sa demande que, (...), elle eût renoncé de manière non équivoque au droit au respect de sa vie privée* » (§ 32).

¹⁷⁹³ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 13, n° 22.

¹⁷⁹⁴ Le droit d'association négatif, par exemple, n'est pas une renonciation à la liberté d'association, mais l'exercice d'un droit autonome. Symétriquement, la renonciation au caractère public de l'audience ne donne pas naissance à un droit à être jugé à huis-clos.

¹⁷⁹⁵ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 549 et s..

¹⁷⁹⁶ CEDH 10 février 1983 requêtes n° 7299/75 et 7496/76 Albert et Le Compte, § 35 ; CEDH 28 août 1991 requête n° 12151/86 FCB c/ Italie, § 33 ; Commission 25 mai 1998 requête n° 36106/97 Mihaies c/ France ; CEDH 26 avril 2001 requête n° 32911/96 Meftah c/ France, § 41 ; CEDH 12 mai 2005 requête n° 46221/99 Öcalan c/ Turquie, préc., § 136.

¹⁷⁹⁷ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 554, n° 761.

d'un consentement libre, c'est-à-dire exempt de toute contrainte¹⁷⁹⁸, et éclairé, car il apparaît capital que le renonçant soit « *en mesure de connaître avec précision la portée juridique et les conséquences de l'acte abdicatif qu'il s'apprête à poser* »¹⁷⁹⁹. Enfin, la renonciation ne semble pouvoir revêtir qu'un caractère spécial et circonstancié¹⁸⁰⁰. Alors, sous la seule réserve qu'elle ne heurte aucun intérêt public important¹⁸⁰¹, lequel dépend davantage de l'objet du litige et de la question juridique posée que de l'importance réelle ou supposée du droit¹⁸⁰², la renonciation produira ses effets.

L'accueil des institutions étrangères peut emprunter cette voie. Aussi, la pertinence des arrêts qui prennent en considération la volonté des individus pour déterminer s'il convient d'accepter les effets de normes étrangères autrement contestables doit-elle être éprouvée au regard de la jurisprudence européenne relative à la renonciation. Même rendues sur le fondement de l'article 5 du Protocole n° 7, les décisions de la Cour de cassation en matière de répudiation musulmane ont en effet toujours réservé l'éventuel acquiescement de l'épouse¹⁸⁰³. Dès lors, tout en affirmant l'incompatibilité de la répudiation avec la conception française de l'ordre public international au titre duquel figure l'égalité des droits et responsabilités entre époux durant le mariage et lors de sa dissolution, la Haute juridiction a pris soin de préciser que « *le fait, pour l'épouse, d'avoir accepté les pensions accordées par le juge marocain ne constituait pas un acquiescement à la répudiation* »¹⁸⁰⁴, de même que « *que le fait (...) d'avoir sollicité la majoration des pensions accordées pour chacun des enfants issus du mariage* »¹⁸⁰⁵ ou pour elle-même¹⁸⁰⁶. L'approche des juges français se veut donc prudente. Ils se refusent opportunément à déduire des conséquences trop radicales de la seule saisine du juge étranger. Ainsi que la Cour de Strasbourg l'avait relevé, dans un contexte certes

¹⁷⁹⁸ CEDH 27 février 1980 requête n° 6903/75 Deweer c/ Belgique, § 49. L'arrêt est particulièrement intéressant puisqu'il montre que la contrainte ne provient pas nécessairement de la réduction des choix offerts à l'intéressé, mais de leur augmentation.

¹⁷⁹⁹ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 573, n° 794.

¹⁸⁰⁰ CEDH 13 février 2003 requêtes n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 Refah Partisi c/ Turquie, préc. : « *L'État a l'obligation d'assurer à toute personne dépendant de sa juridiction de bénéficier pleinement, et sans pouvoir y renoncer à l'avance, des droits et libertés garantis par la Convention* ».

¹⁸⁰¹ CEDH 21 février 1990 requête n° 11855/85 Hakansson et Sturesson c/ Suède, § 67.

¹⁸⁰² P. FRUMER, *op. cit.*, p. 606, n° 851.

¹⁸⁰³ Comp. avec la démarche de la Cour dans l'affaire *Einhorn* (CEDH 16 octobre 2001 requête n° 71555/01 *Einhorn* c/ France, § 33 : « *il n'est pas douteux qu'un déni de justice est constitué lorsqu'un individu condamné in absentia ne peut obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit, alors qu'il n'est pas établi de manière non équivoque qu'il a renoncé à son droit de comparaître et de se défendre* »).

¹⁸⁰⁴ Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, préc. ; Civ. 1^{ère} 27 janvier 1998 Séfiani *Juridisque Lamy Cour de Cassation* arrêt n° 178.

¹⁸⁰⁵ Civ. 1^{ère} 31 janvier 1995 Kari *RCDIP* 1995 p. 569 note J. Deprez, *Clunet* 1995 p. 343 note P. Khan ; Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (arrêt n° 259), précité.

¹⁸⁰⁶ Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (arrêt n° 259), précité.

différent, « *le fait d'accepter qu'une juridiction a "compétence" pour conduire une instance n'implique pas nécessairement, voire pas du tout, une reconnaissance de l'indépendance et de l'impartialité de cette juridiction* »¹⁸⁰⁷. En d'autres termes et d'une manière générale, on ne saurait reprocher à un individu de vouloir se défendre. Cependant, il est probable que l'État échappe à sa responsabilité en accordant l'*exequatur* à une décision étrangère s'il apparaît que l'intéressé s'est abstenu, alors qu'il en avait la faculté effective¹⁸⁰⁸, de récuser le magistrat¹⁸⁰⁹ dont il pouvait craindre objectivement le défaut d'impartialité¹⁸¹⁰. Une fois encore, l'analyse des circonstances accompagnant le défaut d'exercice de la récusation est indispensable puisque, en tant que tel, il n'est qu'un élément, parmi d'autres, établissant avec certitude une renonciation¹⁸¹¹.

374. Comme le soulignait M. Déprez, « *la référence au concret dans l'appréciation de l'opportunité de l'application du droit étranger introduit dans la théorie de l'ordre public cette part de réalisme qui seule peut donner aux techniques du droit la dimension humaine, sociale, sans laquelle elles risquent d'intervenir à contresens* »¹⁸¹². La condamnation de principe des institutions étrangères, qu'induirait nécessairement un contrôle fondé sur la préservation de la substance des droits garantis, ne peut donc prospérer. Le caractère fondamental des droits et l'importance des valeurs en jeu n'est pas de nature à infléchir une telle conclusion. Au demeurant, les organes de la Convention détachent rarement leurs appréciations de la situation concrète dont ils ont à connaître. Le contrôle *in concreto* favorise la continuité des situations juridiques individuelles et la réduction corrélative des statuts boiteux. Il implique certes de difficiles recherches juridiques, mais il encourage la compréhension des systèmes et des sociétés parfois très éloignés des modèles européens. Pour reprendre les termes de M. Luchaire, « *c'est là certainement son aspect le plus âpre, mais*

¹⁸⁰⁷ CEDH 12 mars 2003 requête n° 46221/99 Öcalan c/ Turquie, § 116 (*Dalloz* 2003 p. 2267 obs. J.-F. Renucci). Bien que l'État défendeur ait maintenu son argumentation relative à la renonciation du requérant (§ 111), la Grande Chambre n'y consacre aucun développement.

¹⁸⁰⁸ En ce sens que la demande de récusation aurait eu quelque chance d'aboutir. Cf. CEDH 8 février 2000 requête n° 62435/00 Mac Gonnell c/ Royaume-Uni, § 45.

¹⁸⁰⁹ CEDH 22 février 1996 requête n° 17358/90 Bulut c/ Autriche : « *Au demeurant, le requérant ne saurait prétendre avoir eu des motifs légitimes de douter de l'impartialité du tribunal qui l'a jugé alors qu'il pouvait en récuser la composition mais s'en est abstenu* » (§ 34). Du point de vue de l'ordre juridique français, cf. AP 24 novembre 2000 Delpech *Dalloz* 2001 IR p. 42, *Dalloz* 2001 p. 2427 note B. Beignier et C. Bléry, *Dalloz* 2001 p. 1067 obs. N. Fricero ; CA Toulouse 9 mars 2001 *Dalloz* 2002 p. 359 obs. B. Beignier ; Civ. 2^{ème} 12 juillet 2001 *Dalloz* 2001 p. 2640 ; CA Toulouse 25 octobre 2001 *Dalloz* 2002 p. 359 obs. B. Beignier.

¹⁸¹⁰ Ce qui ne saurait se présumer. Voir CEDH 17 juin 2003 requête n° 62435/00 Pescador Valero c/ Espagne, § 26.

¹⁸¹¹ CEDH 23 mai 1991 requête n° 11662/85 Oberschlick c/ Autriche, § 51.

¹⁸¹² J. DÉPREZ, « Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre système d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel », *RCADI* 1988 tome 211, p. 253, n° 123.

aussi le plus exaltant »¹⁸¹³. Cependant, à lui seul, il demeure insuffisant à aménager l'application des droits et libertés afin d'assurer leur juste défense dans les relations privées internationales, car, en définitive, l'éviction d'une norme étrangère ne se justifie que si le produit concret de sa mise en œuvre constitue une atteinte intolérable à la CEDH. Et, comme elle ne saurait s'apprécier de manière identique selon que la norme provient d'un État Partie ou d'un État tiers, il s'agit de développer une variation d'intensité du contrôle européen s'exprimant de façon adaptée à l'origine de la norme étrangère.

Section II L'approfondissement d'une variation fondée sur l'origine de la norme étrangère

375. La jurisprudence européenne relative au déclenchement de la responsabilité de l'État dont un juge est requis de mettre en œuvre ou d'accepter les effets d'une norme étrangère générale ou individuelle n'est pas très fournie. D'un point de vue qualitatif, elle n'offre que quelques éléments épars qui requièrent un substantiel effort d'interprétation afin de déterminer leur apport au débat. Une réponse d'ensemble reste à construire. De l'analyse des rares arrêts et décisions pertinents semble émerger l'idée d'une atténuation du contrôle européen au sens où l'État requis manquera à ses engagements conventionnels uniquement si la loi étrangère ou le jugement étranger, par son contenu ou la procédure qui l'a précédé, constitue une violation manifeste de l'un quelconque des droits et libertés garantis¹⁸¹⁴. En effet, aux termes de l'arrêt *Drozd et Janousek*, la Cour subordonne le devoir des Hautes Parties contractantes de s'abstenir de prêter leur concours aux effets substantiels d'un jugement étranger à la condition que ceux-ci ne procèdent pas d'un déni de justice *flagrant*¹⁸¹⁵. Selon l'acception usuelle du terme, l'éviction de la norme étrangère ne s'imposera que si la méconnaissance des stipulations de la Convention est « *évidente, patente, indéniable* »¹⁸¹⁶. Une telle indication peut paraître de prime abord absconse, mais elle n'en témoigne pas moins d'une spécificité du contrôle européen en la matière puisqu'en ce qui concerne l'examen d'une situation soumise au droit interne d'un État Partie une violation simple suffit à engendrer une responsabilité.

¹⁸¹³ F. LUCHAIRE, note sous Trib. Civ. Seine 26 mars 1956, *Dalloz* 1956 p. 659.

¹⁸¹⁴ Logiquement et nécessairement applicable sans distinction en dépit d'une jurisprudence persistante de la Cour en sens contraire (cf. *supra* n° 313 et s.).

¹⁸¹⁵ Cnqs.

¹⁸¹⁶ Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} édition, 1986.

Quoique les motifs de la décision *Lindberg* soient de nature à obscurcir la question¹⁸¹⁷, les exigences de la Cour semblent alors intéresser de la même manière les jugements provenant d'un État Partie¹⁸¹⁸ ou d'un État tiers¹⁸¹⁹. La décision *Zvoristeanu*¹⁸²⁰ illustre également, par un procédé similaire, l'atténuation du contrôle européen à l'égard, cette fois, d'une loi étrangère.

376. Les quelques décisions et arrêts cités sont sans doute loin d'être négligeables, notamment parce que, d'un certain point de vue, ils présentent un trait commun. Toutefois, un *leading case* fait véritablement défaut en la matière. Et, au regard de la décision *Lindberg*, la Cour ne semble pas disposée, pour l'heure, à l'élaborer¹⁸²¹. La vérification de l'hypothèse d'un contrôle atténué se heurte donc à un sérieux obstacle, faute de constantes suffisamment générales. Il reste en effet deux cas sur lesquels les juges strasbourgeois ne se sont jamais prononcés. Il n'existe ainsi aucune indication relative aux exigences de la Convention face à un jugement émanant d'un État tiers qui soulève une difficulté à raison de son contenu et face à une loi étrangère issue de l'ordre juridique d'un État tiers. La lacune engendre une difficulté bien réelle parce que, comme le suggère la décision *Lindberg*, potentiellement, chacune de ces questions pourrait appeler une réponse spécifique¹⁸²². Au demeurant, elle ne manquerait pas de justifications sous réserve de procéder de l'origine de la norme.

377. Distinguer selon que la norme émane des États Parties ou des États tiers s'impose en effet logiquement¹⁸²³. Sans néanmoins exclure toute idée d'aménagement, le contrôle peut

¹⁸¹⁷ En précisant qu'elle « n'estime pas nécessaire pour les besoins de son examen de la présente affaire de décider de la question de caractère général concernant les critères qui devraient être appliqués lorsque tant l'État sur le territoire duquel l'exécution est requise que l'État dont les tribunaux ont rendu la décision contestée sont Parties à la Convention et que la matière est relative à un droit substantiel (c'est-à-dire, ici, la liberté d'expression) plutôt qu'à un droit procédural » (CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 Odd F. Lindberg c/ Suède), la Cour semble en effet suggérer que son contrôle peut varier selon que le jugement étranger dont la procédure est en cause émane d'un État Partie ou d'un État tiers.

¹⁸¹⁸ *Mutatis mutandis* CEDH 5 décembre 2000 requête n° 35685/97 Mills c/ Royaume-Uni et Allemagne.

¹⁸¹⁹ CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, préc. ; CEDH 24 octobre 1995 requête n° 16462/90 Iribarne Pérez c/ France ; CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 Pellegrini c/ Italie, préc. (tel qu'éclairé par CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 Odd F. Lindberg c/ Suède).

¹⁸²⁰ CEDH 7 novembre 2000 requête n° 47128/99 Lucette Zvoristeanu c/ France.

¹⁸²¹ Sur les réticences manifestées par la Cour pour se prononcer, d'une manière générale, sur le problème, cf. CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 Odd F. Lindberg c/ Suède.

¹⁸²² Cf. *supra*.

¹⁸²³ *Contra* F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 222 ; P. MAYER, « Droit à un procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 1996, p. 134 note 10.

être plus rigoureux à l'égard des premiers¹⁸²⁴, car l'éviction de leurs normes n'engendrera pas les mêmes inconvénients que le rejet des normes provenant des seconds. Parce qu'ils se sont également engagés à reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans la Convention, celle-ci donne naissance à une sorte de communauté de droit dominée par un organe régulateur, la Cour européenne des droits de l'homme. Aussi, l'éviction d'une norme d'une Haute Partie contractante produira-t-elle des « *effets bilatéraux* », au sens où l'entend M. Raoul Benattar¹⁸²⁵, parce que la solution sera admise, par réflexion¹⁸²⁶, dans tous les États membres, et, par obligation de respecter immédiatement¹⁸²⁷ la CEDH, dans l'État d'origine. L'éviction de la norme étrangère pourrait alors jouer un rôle de coordination bien plus énergique que dans la conception défendue par M. Lagarde dans sa thèse de doctorat¹⁸²⁸. Qu'une telle perspective soit radicalement fermée ou à tout le moins fortement hypothétique en ce qui concerne les États tiers incite par conséquent à adopter à l'encontre de leurs normes un contrôle véritablement restreint, tel qu'il peut apparaître explicitement dans certains motifs des décisions *Zvoristeanu* et *Mills*¹⁸²⁹, même si elles suscitent la réserve dès lors qu'elles intéressent les normes émanant d'États Parties. La variation du contrôle européen s'impose donc de manière générale, mais elle ne se conçoit pas dans les mêmes termes selon que la norme étrangère émane d'un État Partie (§ I) ou d'un État tiers (§ II).

§ I Les normes des États Parties

378. À l'égard des normes émanant d'autres Hautes Parties contractantes, le contrôle européen peut se montrer relativement ferme sans toutefois présenter la même intensité que s'il s'était exercé à l'égard d'une situation régie par une norme de l'État requis. Bien que la

¹⁸²⁴ *Contra*, au nom d'une sibylline présomption de conformité de leurs normes à la Convention, F. MATSCHER, *loc. cit.*, p. 222.

¹⁸²⁵ R. BENATTAR, « L'ordre public et la reconnaissance des « divorces privés », in *Multido legum ius unum, Mélanges en l'honneur de Wilhelm Wengler, Zu seinem 65. Geburtstag, Band II, Kollisionrecht und Rechtsvergleichung*, 1973, p. 177.

¹⁸²⁶ À l'image de l'effet réflexe de l'exception d'ordre public (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 360 et s., n° 262 et s.).

¹⁸²⁷ Cf. CEDH 29 novembre 1991 requête n° 12849/87 Vermeire c/ Belgique, § 26.

¹⁸²⁸ P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, p. 174 et s., n° 149 et s.. Comp. R. BENATTAR, *loc. cit.*, p. 177 : « il semble que l'entrée en jeu de l'ordre public doive être conditionnée par le souci d'une application effective de la règle de l'unité du statut du divorce. Sans pour autant l'écarter l'intervention en règle générale, il serait plus équitable et peut-être même plus juridique de ne l'accepter que dans la mesure où véritablement il est susceptible de produire des effets "bilatéraux". Ainsi l'ordre public pourrait-il jouer, sur le plan réel et humain d'une justice concrète, un rôle de coordination destiné à assurer efficacement et équitablement l'égalité de traitement de la condition des époux divorcés » (p. 190).

¹⁸²⁹ CEDH 5 décembre 2000 requête n° 35685/97 Mills c/ Royaume-Uni et Allemagne.

Convention exprime un patrimoine commun d'idéal, de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, elle n'instaure qu'un standard de protection minimale en matière de droit de l'homme et n'oblige pas les États à le traduire d'une façon identique dans leur ordre juridique. Dès lors, une norme différente de celle en vigueur dans l'État requis peut se révéler tout autant conforme à la Convention. Ainsi se révèle l'unité dans la diversité à laquelle tend le droit européen des droits de l'homme. Le respect du pluralisme européen permet donc de fonder et de justifier l'atténuation du contrôle européen (A) dans une mesure qu'il conviendra de déterminer (B).

A La préservation du pluralisme

379. Le contrôle exercé par les organes de la Convention ne tend pas à l'uniformisation mais à l'harmonisation. Plus modestement, il recherche, pour reprendre l'expression de M. Kastanas¹⁸³⁰, l'unité dans la diversité. Son analyse met en lumière le potentiel d'adaptation des droits et libertés garantis aux différents contextes nationaux dans lesquels ils sont appelés à se développer. Ainsi, la Cour n'hésite pas à moduler ses exigences en fonction des spécificités locales, à condition toutefois qu'elles ne réduisent pas à néant ou rendent illusoires les droits concernés (1). De plus, par son article 56¹⁸³¹, la Convention organise elle-même son assouplissement lorsqu'elle a vocation à s'appliquer sur des territoires qui, quoique rattachés à la juridiction des États membres, se situent à la périphérie du Conseil de l'Europe (2).

1 Le respect des particularités nationales

380. L'élaboration d'un droit commun pluraliste ou d'un *ius commune*¹⁸³² introduit une certaine dose de relativité. Selon une certaine lecture du droit européen des droits de l'homme, la marge nationale d'appréciation constitue la clé de voûte de la diversité au sein du

¹⁸³⁰ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marges d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996.

¹⁸³¹ « Application territoriale : 1) Tout État peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer (...) que la présente Convention s'appliquera (...) à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales ; (...) ; 3) Dans lesdits territoires les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales ».

¹⁸³² M. DE SALVIA, « L'élaboration d'un "ius commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne : l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour européenne des Droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 555.

Conseil de l'Europe et l'instrument privilégié de son expression¹⁸³³. Il n'est pas rare que la Cour évalue la responsabilité des États membres avec beaucoup de compréhension en tenant un compte généreux des spécificités nationales. C'est que l'objectif d'harmonisation qui guide le droit de la CEDH s'accommode du pluralisme, c'est-à-dire d'une multiplicité de lois également compatibles avec la Convention alors qu'elles se rapportent à la même stipulation¹⁸³⁴. L'affaire *Podkolzina contre la Lettonie*¹⁸³⁵ est à cet égard particulièrement éclairante.

En l'espèce, la requérante estimait que sa radiation de la liste des candidats pour les élections du Parlement du 3 octobre 1998, en raison de sa connaissance insuffisante de langue lettone, entraînait une violation du droit à des élections libres consacré par l'article 3 du Protocole n° 1. Même si elle constate un manquement de la Lettonie à la Convention, la Cour relève néanmoins que « *les États disposent d'une grande latitude pour établir (...) des règles relatives au statut de parlementaire, dont les critères d'inéligibilité* »¹⁸³⁶. Or, bien que ces derniers procèdent du souci commun d'assurer l'indépendance des élus, mais aussi la liberté des électeurs, ils « *varient en fonction des facteurs historiques et politiques propres à chaque État ; la multitude de situations prévues dans les constitutions et les législations électorales de nombreux États membres du Conseil de l'Europe démontre la diversité des choix possibles en la matière. Aux fins d'application de l'article 3, toute loi électorale doit toujours s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays, de sorte que des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre* »¹⁸³⁷¹⁸³⁸. La Cour consacre ainsi, selon ses propres termes, « *le principe de respect des*

¹⁸³³ G. COHEN-JONATHAN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des États contractants », in *Mélanges Nicolas Valticos « Droit et justice »*, Pédone, 1999, p. 391 et s. ; M. DELMAS-MARTY, « Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels) », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 81 ; *Id.*, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 64 et s. ; E. KASTANAS, *op. cit.*, 1996, p. 198 ; P. MUZNI, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Thèse dactyl., Montpellier, 2004, p. 427 et s., n° 555 et s.. Comp. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 493 et s., n° 683 et s. : de son point de vue, « *la marge nationale d'appréciation est un invariant structurel de la fonction du contrôle juridictionnel de droit public* » (p. 493, n° 683). En ce qui concerne le respect de la souveraineté ou le souci de ménager la diversité culturelle, non seulement ils ne constituent pas un fondement nécessaire de pareille marge, mais encore la Cour ne les a jamais mis en avant pour la justifier. Voir également, M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit, réflexion sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000 p. 760 et s..

¹⁸³⁴ Sur les différentes acceptations du pluralisme, voir, par exemple, E. RALSER, « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ* 2003 p. 2547.

¹⁸³⁵ CEDH 9 avril 2002 requête n° 46726/99 *Podkolzina c/ Lettonie*, précité.

¹⁸³⁶ *Ibid.*, § 33.

¹⁸³⁷ Cnqs.

¹⁸³⁸ CEDH 9 avril 2002 requête n° 46726/99 *Podkolzina c/ Lettonie*, § 33.

particularités nationales »¹⁸³⁹. Portées à ce degré d'abstraction, il serait étonnant que les considérations précédentes ne concernent que le droit à des élections libres. Au contraire, en tant que règle d'interprétation de la Convention, elles semblent destinées à influencer l'ensemble des droits et libertés garantis¹⁸⁴⁰.

Nombreux sont les domaines dans lesquels une diversité de solutions est possible et dont la teneur dépendra directement des mœurs, de la culture et de l'évolution historique de l'État considéré. Certes, remarque Mme Delmas-Marty¹⁸⁴¹, « *certaines dispositions de la Convention européenne comme l'article 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants), l'article 4 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé), ou encore le Protocole n° 6 portant abolition de la peine de mort, semblent exclure l'idée même de pluralisme, tant ils expriment une conception commune du respect de la personne humaine dans sa dignité même* ».

Toutefois, poursuit-elle, « *d'autres dispositions, comme l'article 5 sur la liberté et la sûreté, l'article 6 sur le procès équitable ou l'article 7 sur la non-rétroactivité du droit pénal, n'ont pas supprimé tous les particularismes nationaux, qu'il s'agisse de procédure ou de règles de fond* ». L'article 6 de la Convention constitue en effet un exemple particulièrement intéressant de la recherche de l'unité dans la diversité. Le droit au procès équitable ne tend pas à l'uniformisation des procédures au sein du Conseil de l'Europe. Les États bénéficient d'une certaine autonomie et n'ont jamais eu, et n'auront sans doute jamais l'obligation de renoncer aux traits caractéristiques de leur procédure, car l'invariant universel qu'il comporte et qui recueille l'adhésion des Hautes Parties contractantes côtoie des variables culturelles. Peu importe alors qu'un État adopte un modèle accusatoire ou inquisitoire dès lors que, dans son ensemble, la procédure aura été équitable et contradictoire. De la même façon, l'article 6 n'indique pas la partie qui doit prendre la parole en dernier ou le rôle que sont appelés à jouer

¹⁸³⁹ *Ibid.*, § 34.

¹⁸⁴⁰ Voir, dans une certaine mesure, pour une extension à l'article 8 de la Convention, CEDH 7 décembre 2004 requête n° 71557/01 Kuharec *alias* Kuhareca c/ Lettonie : « *Or, l'attribution, la reconnaissance et l'usage des noms et des prénoms constituent un secteur où les particularités nationales sont les plus fortes et où il n'y a pratiquement pas de points de convergence entre les systèmes internes des États contractants. (...). Par conséquent, la marge d'appréciation dont jouissent en la matière les autorités étatiques est particulièrement large* » (voir, dans le même sens CEDH 7 décembre 2004 requête n° 71074/01 Mentzen *alias* Mencena c/ Lettonie)

¹⁸⁴¹ M. DELMAS-MARTY, « Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels) », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 83.

les témoins¹⁸⁴². L'essentiel réside dans le respect du standard minimal établi par la Cour de Strasbourg. Pour le reste, chaque État conserve la plus grande liberté.

Enfin et surtout, « *les articles 8 à 11, sans doute parce qu'ils se trouvent à l'intersection de l'espace juridique et de l'espace culturel, réservent au pluralisme une place importante et parfois prépondérante* »¹⁸⁴³. Peut-être faudrait-il nuancer le propos, car si la Cour ne favorise aucun modèle familial et reconnaît les mérites de la protection de la famille traditionnelle¹⁸⁴⁴, elle n'accepte plus guère que les législations nationales s'écartent des principes d'organisation interne de la famille qu'elle promeut¹⁸⁴⁵. Quelles que soient les opinions de la population intéressée ou des autorités, deux caractères s'imposent au droit de la famille. Il ne doit comporter aucune discrimination et accorder une place importante à l'intérêt de l'enfant¹⁸⁴⁶. La rigueur dont peut faire preuve la Cour dans un domaine aussi sensible n'est cependant pas très étonnante puisque les principes dont elle assure le développement et la protection ne sont pas différents de ceux proclamés par les Hautes Parties contractantes dans leur ordre interne¹⁸⁴⁷. En somme, c'est parce qu'il n'existe pas en la matière que le pluralisme n'apparaît pas, ou si peu, dans la jurisprudence de la Cour. Celle-ci ne fait que contraindre les États à se conformer aux valeurs dont ils se réclament et à en tirer toutes les conséquences. En particulier, substituer l'égalité des filiations à la prééminence de la famille légitime opère un véritable choix de civilisation qu'il convient d'assumer.

381. La plupart du temps, la diversité, l'hétérogénéité, le manque d'unité, soit le défaut de consensus sur la solution à apporter à une question donnée, convient donc la Cour à la

¹⁸⁴² P. MAYER, *loc. cit.*, p. 125 : « *Quel juriste français, apprenant que dans les pays de common law le demandeur prend la parole en dernier, n'en est pas instinctivement choqué ? Or on ne saurait dénier aux anglo-saxons un sens particulièrement développé de la mission de rendre la justice. Inversement tout juriste anglais considère comme contraire à la natural justice qu'en France les témoins ne soient pas (ou si rarement !) entendus, et que la cross-examination n'y soit pas connue* » (p. 133).

¹⁸⁴³ M. DELMAS-MARTY, *loc. cit.*, p. 83.

¹⁸⁴⁴ De moins en moins cependant si l'on compare les formulations des arrêts *Marckx* (CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 *Marckx c/ Belgique*, préc.) et *Mazurek* (CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97 *Mazurek c/ France*, préc.). Alors qu'en 1979 « *la Cour reconnaît qu'il est en soi légitime, voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle* » (§ 40), en 2000, en revanche, elle « *n'exclut pas que (...), la protection de la famille traditionnelle, puisse être considérée[e] comme légitime* » (§ 50).

¹⁸⁴⁵ Voir M.-T. MEULDERS-KLEIN, « *Quelle unité pour le droit de la famille en Europe ?* », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 2000 n° 438 p. 328.

¹⁸⁴⁶ Un « *droit pédocentrique* » selon les termes de Mme Dekeuwer-Défossez (« *Conclusions* », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 398).

¹⁸⁴⁷ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *loc. cit.*, p. 390. Comp. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination* », in *Les droits de l'homme et la famille, Actes du colloque de Lille, 15 et 16 décembre 1994*, LGDJ, 1996, p. 177.

prudence¹⁸⁴⁸. À l'inverse, cependant, l'existence d'un large consensus n'entraîne pas systématiquement et nécessairement une condamnation de la législation isolée. L'affaire *F. c/ Suisse*¹⁸⁴⁹ témoigne de cet autre aspect du respect des spécificités nationales. Certes, la Cour a conclu au manquement de l'État défendeur au droit protégé par l'article 12 de la Convention, mais, et le fait mérite d'être souligné, le constat de violation ne s'appuie en aucune façon sur la singularité voire l'anachronisme¹⁸⁵⁰ du droit suisse. Ainsi qu'elle l'affirme, « *le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la Convention, surtout dans un domaine (le mariage) aussi étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société et aux conceptions profondes de celle-ci sur la cellule familiale* »¹⁸⁵¹. La Cour ne s'inscrit donc pas dans une mécanique consensuelle/évolutive. Encore faut-il que la législation querellée porte atteinte à la substance même du droit en cause ou rompe le juste équilibre à ménager entre les intérêts de l'individu et ceux de la communauté. L'attitude de la juridiction strasbourgeoise se justifie pleinement parce qu'un « *juge qui se contente de comparer des textes législatifs risque de perdre de vue le substrat de la norme, les valeurs, les croyances, les idées et les idéologies qui instituent le droit* »¹⁸⁵². Ainsi, la solution ne se ramène pas à la primauté constante du code culturel majoritaire. Les opinions et conceptions minoritaires ont également la possibilité de subsister. Le droit commun pluraliste européen apparaît alors conforme à sa propre définition de la démocratie¹⁸⁵³.

¹⁸⁴⁸ F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001.I.335 : si l'interprétation consensuelle-évolutive est principalement utilisée pour contrôler la légitimité, au regard de la Convention, des ingérences dans les droits garantis, d'une manière générale, cependant, « *elle sert plutôt à réfréner une évolution du droit et est l'alibi commode d'un attentisme prudent, permettant au juge européen de refuser de mettre à la charge de l'État une obligation positive qui aurait pour effet d'étendre le contenu du droit protégé* ». Pour un exemple récent, voir CEDH 8 juillet 2004 requête n° 53924/00 Vo c/ France (*JCP* 2005.II.110.4 obs. M. Nadaud, *RTDC* 2004 p. 799 obs. J.-P. Marguénaud, *Dalloz* 2004 p. 2436 note J. Pradel, *JCP* 2004.II.10158 note M. Levinet, *Clunet* 2005 p. 501 obs. I. Moulier) : eu égard à la diversité des conceptions, des cultures juridiques et des standards de protection nationaux, la Cour considère que la détermination du point de départ de la vie, aux fins d'applicabilité de l'article 2 de la Convention, relève de la marge nationale d'appréciation des États (§ 82).

¹⁸⁴⁹ CEDH 18 décembre 1987 requête n° 11329/85 F. c/ Suisse.

¹⁸⁵⁰ À l'époque des faits, aucun autre État membre ne prévoyait en effet l'interdiction temporaire de remariage imposée à la personne jugée responsable de l'échec du précédent mariage.

¹⁸⁵¹ CEDH 18 décembre 1987 requête n° 11329/85 F. c/ Suisse, § 33. Voir encore, en ce qui concerne la spécificité du système letton de transcription des noms étrangers, CEDH 7 décembre 2004 requête n° 71074/01 *Mentzen alias Mencena c/ Lettonie*.

¹⁸⁵² E. KASTANAS, *op. cit.*, p. 200.

¹⁸⁵³ « *Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité* » (CEDH 17 février 2004 requête n° 44158/98 *Gorzelik c/ Pologne*, § 90 ; CEDH 18 décembre 1996 requête n° 21787/93 *Valsamis c/ Grèce*, § 27 ; CEDH 13 août 1981 requêtes n° 7601/76 et 7806/77 *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, § 63).

382. D'une manière plus générale encore, lorsqu'elle rend un arrêt constatant la violation d'un droit ou d'une liberté, la Cour estime qu'il ne lui incombe pas de dicter à l'État défendeur les mesures à adopter afin qu'il respecte ses obligations internationales. Ses décisions ont en effet un caractère déclaratoire pour l'essentiel et « *il appartient au premier chef à l'État en cause, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens à utiliser dans son ordre juridique pour s'acquitter de son obligation au regard de l'article 46 de la Convention* »¹⁸⁵⁴. D'un certain point de vue regrettable parce qu'il laisse les États Parties de la Convention dans l'incertitude et qu'il engendre une forme d'insécurité juridique¹⁸⁵⁵, un tel refus permet néanmoins à chacun de répondre à l'incitation de la Cour avec les moyens qui lui sont propres et qu'il juge les plus appropriés. Par-là, les juges européens appuient l'idée selon laquelle, conformément à la subsidiarité du mécanisme de la CEDH, les autorités nationales sont les mieux placées pour apprécier la situation.

383. Bien évidemment, le respect des cultures et de la diversité nationale n'est pas un impératif catégorique et ne figure pas parmi les buts légitimes énumérés, notamment, par les paragraphes 2 des articles 8 à 11¹⁸⁵⁶. En tant que tel, il demeure impuissant à justifier une ingérence étatique dans l'un quelconque des droits et libertés conventionnellement garantis. Ni la conviction de la population rurale autrichienne qui n'était que le reflet des conceptions traditionnelles, ni la conception dominante de la morale sexuelle en Irlande du Nord n'ont

¹⁸⁵⁴ CEDH 12 mai 2005 requête n° 46221/99 Öcalan c/ Turquie, préc., § 210 ; CEDH 8 avril 2004 requête n° 71503/01 Assanidzé c/ Georgie, § 202.

¹⁸⁵⁵ M. Marguénaud (*La CEDH*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002) juge cette attitude assez malsaine (p. 115) et déplore le « *jeu de colin-maillard juridique* » (p. 116) qu'elle engendre. M. Van Drooghenbroeck regrette également ces « *diagnostics sans thérapie* » qui négligent la fonction pédagogique attachée aux décisions de la Cour (*La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 608 et s., n° 846 et s.). À l'occasion, cependant, elle dispense quelques conseils sur la façon de respecter la Convention (cf., par exemple, CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 Airey c/ Irlande, préc., § 26 ; CEDH 17 janvier 2002 requête n° 32967/96 Ciglio c/ Italie, § 51 ; CEDH 24 avril 1990 requête n° 11801/85 Kruslin c/ France, préc., §§ 32 et s.). Et, à titre exceptionnel, elle cherche à indiquer le type de mesure à prendre pour mettre un terme à la violation structurelle qu'elle constate. Même dans ce contexte, toutefois, elle peut formuler plusieurs options dont le choix et l'accomplissement restent à la discrétion de l'État concerné (cf. CEDH 10 novembre 2004 requête n° 56581/00 Sejdicovic c/ Italie, préc., §§ 44 et s. : la Cour précise la teneur des dispositions d'ordre général que l'État défendeur est invité à prendre afin de se conformer aux exigences de l'article 6 de la Convention ; voir encore, CEDH 22 juin 2004 requête n° 31443/96 Broniowski c/ Pologne, préc., §§ 188 et s.). Seules certaines hypothèses réduisent considérablement la marge de manœuvre de l'État. La nature même de la violation constatée conduit alors la Cour à mentionner une mesure exclusivement (CEDH 8 avril 2004 requête n° 71503/01 Assanidzé c/ Georgie, § 202 ; CEDH 12 mai 2005 requête n° 46221/99 Öcalan c/ Turquie, préc., § 210).

¹⁸⁵⁶ Cf., par exemple, CEDH 10 juillet 1998 requête n° 26695/95 Sidiropoulos et autres c/ Grèce : en l'espèce, le gouvernement prétendait que le refus des tribunaux d'enregistrer une association soupçonnée de porter atteinte à l'intégrité territoriale du pays poursuivait le but légitime de la « *défense des traditions culturelles et symboles historiques et culturels grecs* » (§ 37). Rappelant cependant que « *les exceptions à la liberté d'association appellent une interprétation étroite de telle sorte que leur énumération est strictement limitative et leur définition nécessairement restrictive* » (§ 38), la Cour a précisé ne pas être convaincue par la thèse de l'État défendeur.

empêché la Cour de condamner, respectivement, une loi provinciale prévoyant l'attribution des exploitations agricoles héréditaires aux enfants légitimes de préférence aux enfants naturels ou adultérins¹⁸⁵⁷ et une législation réprimant les relations homosexuelles entre adultes mâles consentants¹⁸⁵⁸.

L'ensemble n'en est pas moins révélateur. Bien qu'il n'existe pas un droit à la différence très marqué¹⁸⁵⁹, la Cour ne se détermine pas sans avoir pris en considération les spécificités nationales. Ainsi, au sein même du Conseil de l'Europe, le contrôle européen ne cherche pas à laminer tout particularisme. Une telle tendance, qui participe du *self-judicial restraint*, paraît recevoir une accentuation de la part de la Convention elle-même par le biais d'une atténuation de ses exigences lorsque la situation est le produit de nécessités locales.

2 Le respect des nécessités locales

384. L'article 56 (ex-63) de la Convention prévoit que son application dans les territoires dont les Hautes Parties contractantes assurent les relations internationales s'effectuera en tenant compte des « *nécessités locales* »¹⁸⁶⁰. Ainsi que le rappelait la Cour dans son arrêt *Tyrer contre le Royaume-Uni*¹⁸⁶¹, le système instauré par l'article 56 « *tendait pour l'essentiel à répondre au fait qu'au moment où l'on a rédigé la Convention il était encore des territoires coloniaux dont le niveau de civilisation ne permettait pas, pensait-on, la pleine application de cet instrument* »¹⁸⁶². Elles autorisent donc un aménagement des droits et libertés garantis au contexte socioculturel des territoires non-métropolitains concernés¹⁸⁶³. En ce sens, elles sont susceptibles de justifier une restriction que la Cour jugerait normalement disproportionnée¹⁸⁶⁴.

¹⁸⁵⁷ CEDH 28 octobre 1987 requête n° 8695/79 Inze c/ Autriche, § 44 et s..

¹⁸⁵⁸ CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76 Dudgeon c/ Royaume-Uni, § 56 et s..

¹⁸⁵⁹ M. DELMAS-MARTY, « Ré-inventer le droit commun », *Dalloz* 1995 chron. p. 1 : « *La jurisprudence des cours européennes reconnaît à chaque État une "marge nationale d'appréciation", c'est-à-dire en quelque sorte un droit à la différence. Mais il ne s'agit que d'une marge au-delà de laquelle des limites maintiennent la compatibilité de chaque système national avec les normes européennes* » (p. 3) ; E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marges d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 199.

¹⁸⁶⁰ Les protocoles additionnels à la Convention reconnaissant de nouveaux droits et libertés contiennent, quoique implicitement, une disposition en substance identique (cf. les articles 4 alinéa 1 du Protocole n° 1, 5 § 1 du Protocole n° 4, 6 § 1 du Protocole n° 7). Échappe logiquement à un tel relativisme le Protocole n° 6 concernant l'abolition de la peine de mort. Aujourd'hui, les États semblent de moins en moins disposés à l'accepter comme en témoigne le Protocole n° 13. Son article 2 prévoit seulement l'extension de son domaine territorial. Un État n'a donc plus la faculté, au moment de la signature ou de la ratification, de préciser dans quelle mesure il s'engage à assurer l'application des dispositions du protocole.

¹⁸⁶¹ CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72 Tyrer c/ Royaume-Uni.

¹⁸⁶² *Ibid.*, § 38.

¹⁸⁶³ Dans l'hypothèse où l'État Partie qui assure les relations internationales d'un tel territoire aura procédé à la déclaration d'extension territoriale de la Convention prévue par son article 56 § 1.

¹⁸⁶⁴ CEDH 11 janvier 2005 requête n° 66289/01 Py c/ France JCP 2005.I.159 obs. F. Sudre.

385. Quoiqu'il n'existe aucune précision relative à leur domaine¹⁸⁶⁵, M. Karagiannis relève que « *leur influence sera particulièrement ressentie dans la protection des droits portant sur le statut personnel et la famille, c'est-à-dire, en gros, sur les droits garantis par les articles 8 à 12 de la Convention ainsi que sur l'article 5 du Protocole n° 7* »¹⁸⁶⁶. La déclaration française sous cette dernière disposition abonde en ce sens. Elle énonce en effet que l'obligation d'assurer l'égalité de droits et de responsabilités entre époux ne saurait faire obstacle à l'application des règles de droit local dans la collectivité territoriale de Mayotte¹⁸⁶⁷ et les territoires de Nouvelle-Calédonie et des îles Wallis et Futuna. Plus clairement, elle réserve le jeu de l'article 75 de la Constitution¹⁸⁶⁸ et par conséquent l'hypothèse d'une application de normes coutumières, *a priori* incompatibles avec la CEDH¹⁸⁶⁹, et du droit musulman.

¹⁸⁶⁵ Selon Michael Wood (« Article 63 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 915), textuellement, rien ne fait obstacle à l'application de la clause des nécessités locales à l'ensemble des droits et libertés garantis. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour semble soustraire à son influence les droits indérogeables. En atteste l'affaire *Tyrer*. Bien qu'il concédait son caractère dégradant, le gouvernement défendeur estimait que le châtement corporel incriminé n'enfreignait pas la Convention. Or, outre que la juridiction strasbourgeoise n'admet pas l'existence de nécessités locales influençant la mise en œuvre de l'article 3, elle précise que, « *enfin et surtout* » (§ 38), même s'il constituait le seul moyen de maintenir l'ordre dans l'île de Man, un problème au regard de la Convention demeurerait dans la mesure où le droit en cause énonce une prohibition absolue.

¹⁸⁶⁶ S. KARAGIANNIS, « L'aménagement des droits de l'homme outre-mer : la clause des "nécessités locales" de la Convention européenne », *RBDI* 1995 p. 269.

¹⁸⁶⁷ En ce qui concerne Mayotte, la déclaration n'a plus guère de sens depuis la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 modifiant la loi 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte. Désormais, l'article 52-1 alinéa 2 de cette dernière prévoit que « *l'exercice des droits, individuels ou collectifs, afférant au statut civil de droit local ne peut, en aucun cas, contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français* ». En ce sens, son article 52 précise que « *la collectivité départementale et l'État mettent en œuvre conjointement les actions destinées à assurer, à Mayotte, l'égalité des femmes et des hommes* ». En outre, pour les personnes ayant accédé à l'âge requis pour se marier au 1^{er} janvier 2005, la loi prohibe la polygamie (art. 52-2), la répudiation (art. 52-3) et les discriminations successorales (art. 52-4). Le Conseil constitutionnel a déclaré la conformité de la loi de 2003 à l'article 75 de la Constitution dans la mesure où le législateur n'a pas remis en cause l'existence même du statut civil de droit local (DC 2003-474 17 juillet 2003 Loi de programmation pour l'outre-mer *Daloz* 2004 p. 1272 obs. O. Le Bot). Pourtant, dans la mesure où il renvoyait au droit musulman, il semble vidé de toute substance (*contra* O. LE BOT, obs. sous C.C. DC 2003-474 17 juillet 2003 Loi de programmation pour l'outre-mer, *Daloz* 2004 p. 1273).

¹⁸⁶⁸ « *Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun (...) conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé* ». Voir également, art. 2 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles de Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer ; art. 7 de la loi organique n° 99-209 du 13 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. Cf. O. GUILLAUMONT, « Statuts personnels et Constitution. Contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ* 2001-3 p. 1453 et *RRJ* 2001-4 (vol. 1) p. 1559 ; R. LAFARGUE, « Les contraintes posées par l'article 75 de la Constitution : entre clause coloniale et facteur d'émancipation », *Droit et cultures* 2003-II n° 46 p. 29.

¹⁸⁶⁹ En ce qui concerne la coutume mélanésienne, cf. G. ORFILA, « L'application du droit privé français en Nouvelle-Calédonie », *Droit et cultures* 1996-II n° 32 p. 118 et s..

Un arrêt de la Cour de cassation en date du 25 février 1997¹⁸⁷⁰ est particulièrement révélateur de la tolérance culturelle dont peut faire preuve l'ordre juridique français à l'égard d'institutions très éloignées de ses valeurs fondamentales¹⁸⁷¹. L'affaire avait trait à la succession d'un individu d'origine comorienne décédé à Mayotte en 1975. Plusieurs enfants, dont la filiation était incertaine, prétendaient avoir été exclus à tort de la succession du défunt. Faute d'une renonciation dûment établie à leur statut personnel, il convenait d'écarter les dispositions du Code civil français relatives à la possession d'état d'enfant légitime au bénéfice du droit musulman. Or, dans la mesure où il ne connaît que la filiation légitime, le tribunal supérieur d'appel ne pouvait leur attribuer les mêmes droits successoraux qu'aux autres héritiers sans avoir préalablement vérifié qu'ils étaient nés des mariages réguliers de leur père. La censure prononcée par la Haute juridiction équivaut à tolérer la polygamie, à admettre que des citoyens français soient privés du droit de faire établir leur filiation hors mariage et, par conséquent, à accepter les discriminations successorales entre les enfants naturels et légitimes. Justifiée au regard des textes, la plupart des commentateurs¹⁸⁷² de la décision ont néanmoins critiqué, à deux points de vue, la position adoptée par la Cour de cassation.

D'une part, rapportée aux solutions du droit international privé, elle se singulariserait curieusement. En application de l'article 311-15 du Code civil, on aboutit à ce paradoxe qu'un enfant étranger, né à l'étranger de parents étrangers, pourrait établir sa filiation hors mariage alors qu'un enfant français, né en France de parents français ne le pourrait pas¹⁸⁷³. En outre, elle s'accorde difficilement avec l'éviction, au nom de la conception française de l'ordre public international, des lois étrangères qui « *ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation* »¹⁸⁷⁴. Certes, les deux situations sont sensiblement différentes, mais la dualité de leur traitement n'en serait pas moins curieuse. Comment justifier qu'une loi marocaine ou algérienne heurte l'ordre public alors que le juge applique par ailleurs une règle similaire à un français à Mayotte¹⁸⁷⁵ ?

¹⁸⁷⁰ Civ. 1^{ère} 25 février 1997 *RCDIP* 1998 p. 605 note G. A. L. Droz, *Droit de la famille* mai 1997 n° 70 note P. Murat, *Dalloz* 1997 p. 453 note H. Fulchiron, *JCP* 1997.II.22968 note L.-A. Barrière et T. Garé. Voir également Trib. Civ. Seine 26 mars 1956 *Dalloz* 1956 p. 654 note F. Luchaire (affaire relative au statut de droit local algérien).

¹⁸⁷¹ Dans la mesure où il concerne le droit local applicable à Mayotte, la solution adoptée en l'espèce a vocation à appartenir au passé.

¹⁸⁷² P. MURAT, *Droit de la famille* mai 1997 n° 70 ; H. FULCHIRON, *Dalloz* 1997 p. 453 ; L.-A. BARRIÈRE et T. GARÉ, *JCP* 1997.II.22968.

¹⁸⁷³ P. MURAT, *Droit de la famille* mai 1997 n° 70 p. 13 ; H. FULCHIRON, *Dalloz* 1997 p. 454.

¹⁸⁷⁴ Civ. 1^{ère} 10 février 1993 *RCDIP* 1993 p. 620 note J. Foyer, *Clunet* 1994 p. 124 note I. Barrière-Brousse, *Dalloz* 1994 som. p. 32 obs. E. Kerckhove ; CA Lyon 12 décembre 2000 *Clunet* 2002 p. 475 note F. Monéger.

¹⁸⁷⁵ H. FULCHIRON, *Dalloz* 1997 p. 454.

D'autre part, rapportée au droit européen des droits de l'homme, elle apparaîtrait incompatible avec l'article 8 de la CEDH¹⁸⁷⁶ dont la Cour a précisé qu'il implique « *l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille* »¹⁸⁷⁷. Afin d'éviter d'être exposé à une condamnation, mieux vaudrait alors ne pas appliquer les statuts de droit local ou à tout le moins s'engager à les réformer¹⁸⁷⁸.

Les deux réprobations ne manquent pas de pertinence, mais paraissent négliger un aspect du problème, à savoir l'éloignement géographique et culturel de la situation. Ainsi que le souligne M. Droz, elle relie des individus « *nés et domiciliés à Mayotte, immergés dans le statut local musulman et où il aurait été jugé fort choquant que l'on puisse, par exemple, intenter une action judiciaire en recherche de paternité* »¹⁸⁷⁹. Leur nationalité française ne modifie en rien les choses. Au demeurant, les solutions du droit international privé citées à l'appui de la première objection valent uniquement si la relation présente une suffisante proximité avec l'ordre juridique français. Pour entrer en jeu, l'article 311-15 du Code civil suppose que l'enfant légitime et ses père et mère ou l'enfant naturel et l'un de ses père et mère aient en France leur résidence habituelle, commune ou séparée. Quant à l'exception d'ordre public, elle réitère la condition de proximité puisque la Cour de cassation affirme également que « *les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international* »¹⁸⁸⁰. La règle en question paraît choquante, mais elle n'est rien d'autre qu'un aménagement particulier dans un cadre socio-juridique donné¹⁸⁸¹. Sa sanction ne saurait intervenir sans que la situation qu'elle régit présente des liens suffisamment étroits avec le territoire du for, et peut-être plus précisément, avec le contexte socioculturel du for. Une idée similaire traverse le droit de la CEDH par le biais de l'article 56 § 3 au sens où l'entend la juridiction strasbourgeoise, ce qui, par voie de conséquence, affaiblit la portée de la seconde objection¹⁸⁸².

¹⁸⁷⁶ P. MURAT, *Droit de la famille* mai 1997 n° 70 p. 13 ; H. FULCHIRON, *Dalloz* 1997 p. 454 ; L.-A. BARRIÈRE et T. GARÉ, *JCP* 1997.II.22968.

¹⁸⁷⁷ CEDH 5 novembre 2002 requête n° 33711/96 Yousef c/ Pays-Bas, § 52 ; CEDH 27 octobre 1994 requête n° 18535/91 Kroon c/ Pays-Bas, préc., § 32 ; CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 Marckx c/ Belgique, préc., § 31.

¹⁸⁷⁸ L.-A. BARRIÈRE et T. GARÉ, *JCP* 1997.II.22968.

¹⁸⁷⁹ G. A. L. DROZ, note sous Civ. 1^{ère} 25 février 1997, *RCDIP* 1998 p. 606.

¹⁸⁸⁰ Civ. 1^{ère} 10 février 1993, préc. ; Civ. 1^{ère} 3 novembre 1988 *RCDIP* 1989 p. 495 note J. Foyer, *Clunet* 1989 p. 703 note F. Monéger, *Répertoire Defrénois* 1989 p. 313 note J. Massip.

¹⁸⁸¹ G. A. L. DROZ, note sous Civ. 1^{ère} 25 février 1997, *RCDIP* 1998 p. 606.

¹⁸⁸² Outre, dans le cas particulier de la France, la déclaration qui accompagne l'article 5 du Protocole n° 7.

386. Faute d'une jurisprudence très abondante, les contours de la notion de « *nécessités locales* » demeurent très flous. Que la Cour l'aborde de manière stricte, voire restrictive constitue la seule certitude. Elle subordonne en effet la mise en œuvre de l'article 56 à « *la preuve manifeste et décisive d'une nécessité* »¹⁸⁸³ ce que ne fournissent ni « *les convictions et l'opinion publique locale* »¹⁸⁸⁴ ni le statut juridique particulier d'un territoire sauf si les nécessités revêtent un caractère impérieux¹⁸⁸⁵. Elle en privilégie donc une approche objective plutôt que subjective¹⁸⁸⁶, mais, en dernière analyse, nul ne peut vraiment dire ce que sont les « *nécessités locales* ». Elle n'a admis leur existence que très récemment¹⁸⁸⁷ et prétend les distinguer de notions voisines telles que les circonstances ou les situations locales¹⁸⁸⁸ ! M. Karagiannis estime qu'elles se différencient également des coutumes locales¹⁸⁸⁹.

Il semblerait que la notion n'ait pas de véritable contenu et que la Cour lui ait attribué une autre nature. La lecture de l'arrêt *Tyrer*, notamment, tend à démontrer que la clause des nécessités locales joue moins comme une disposition substantielle qu'à la manière d'une clause de proximité géographique, historique et culturelle. On ne peut manquer de relever que l'un des motifs décisifs de l'arrêt insiste sur la situation européenne de l'île de Man. Celle-ci, souligne la juridiction strasbourgeoise, « *ne possède pas seulement des traditions politiques, sociales et culturelles établies de longue date et hautement développées : elle constitue une société moderne* »¹⁸⁹⁰. Par ailleurs, « *historiquement, géographiquement et culturellement, elle a toujours figuré dans la famille des nations européennes et on doit la considérer comme titulaire à part entière du "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" auquel se réfère le préambule de la*

¹⁸⁸³ CEDH 11 janvier 2005 requête n° 66289/01 Py c/ France, § 60 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 24833/94 Matthews c/ Royaume-Uni, préc., § 59 ; CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72 Tyrer c/ Royaume-Uni, § 38.

¹⁸⁸⁴ CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72 Tyrer c/ Royaume-Uni, § 38.

¹⁸⁸⁵ CEDH 18 février 1999 requête n° 24833/94 Matthews c/ Royaume-Uni, préc., § 59. Comp. CEDH 11 janvier 2005 requête n° 66289/01 Py c/ France.

¹⁸⁸⁶ S. KARAGIANNIS, *loc. cit.*, p. 262.

¹⁸⁸⁷ CEDH 11 janvier 2005 requête n° 66289/01 Py c/ France : la Cour considère que l'histoire et le statut de la Nouvelle-Calédonie caractérisent les « *nécessités locales* » de nature à permettre les restrictions apportées au droit de vote des requérants » (§ 64).

¹⁸⁸⁸ CEDH 27 avril 1995 requêtes n° 15773/87 et 15774/89 Piermont c/ France, § 59 ; CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72 Tyrer c/ Royaume-Uni, § 38. Voir également, S. KARAGIANNIS, *loc. cit.*, p. 224 : du point de vue de l'auteur, il y aurait entre toutes ces notions une différence essentiellement qualitative. En effet, précise-t-il, « *les notions de "circonstances" et de "conditions" ou encore de "situations" locales revêtent un caractère relativement neutre et statique* ». Les « *nécessités* », en revanche, « *impliquent quelque chose de pressant, voire d'urgent et revêtent un caractère dynamique en s'orientant vers la recherche d'une solution à un problème donné* » (p. 261).

¹⁸⁸⁹ S. KARAGIANNIS, *loc. cit.*, p. 258.

¹⁸⁹⁰ CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72 Tyrer c/ Royaume-Uni, § 38.

Convention »¹⁸⁹¹. Il est tout aussi caractéristique que la Cour ait constamment comparé la situation dans l'île de Man à celle prévalant dans les États membres du Conseil de l'Europe pour conclure que l'ordre pouvait être maintenu d'une autre façon qu'en recourant aux châtimements corporels. Si le territoire en cause n'avait pas été un « *pays européen* »¹⁸⁹², le raisonnement aurait en effet conduit à supprimer tout ce qui ne se fait pas usuellement dans les États membres. En outre, il aurait induit un contrôle plus sévère à l'égard des territoires dont une Haute Partie contractante assure les relations internationales et n'aurait guère laissé de place à la différence, notamment en matière familiale. La polygamie, par exemple, est certainement étrangère au patrimoine commun d'idéal de la civilisation européenne, mais n'est rien d'autre qu'une réponse possible au problème de l'union des sexes dans la société civile, au même titre que la monogamie¹⁸⁹³. Et, ce qui vaut pour l'union vaut aussi pour la désunion¹⁸⁹⁴. Les préoccupations sont universelles, mais les réactions qu'elles suscitent demeurent culturellement marquées. L'influence matérielle des nécessités locales se situe certainement entre la négation et l'application stricte des droits et libertés¹⁸⁹⁵ et ce pour permettre l'expression « *d'autres civilisations que celles de l'Europe occidentale* »¹⁸⁹⁶, celles qui ne partagent pas le patrimoine commun d'idéal visé par la Cour¹⁸⁹⁷. Pour reprendre les termes de M. Karagiannis, « *le jacobinisme européen de la civilisation européenne une et indivisible cède néanmoins le pas dans le cas des possessions extra-européennes, sans doute parce qu'il s'y sent moins concerné et, par conséquent, moins menacé* »¹⁸⁹⁸. Il serait dès lors paradoxal qu'il ne puisse être tenu aucun compte des spécificités des normes étrangères¹⁸⁹⁹. Dans un cas comme dans l'autre, les situations relèvent de la juridiction des États membres, et qu'une norme formellement rattachée à un État membre bénéficie d'une plus grande tolérance qu'une norme qui lui est extérieure paraît difficile à justifier et à expliquer.

387. Le rejet d'une norme étrangère au nom de la CEDH, et peut-être plus généralement au nom des Droits de l'Homme, n'est pas un acte de Civilisation. Il exprime simplement

¹⁸⁹¹ CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72 Tyrer c/ Royaume-Uni, § 38. Voir, *a contrario* CEDH 11 janvier 2005 requête n° 66289/01 Py c/ France : pour l'exercice de son contrôle, la Cour admet l'existence de nécessités locales en s'appuyant, à titre principal, sur l'histoire particulière de la Nouvelle-Calédonie.

¹⁸⁹² CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72 Tyrer c/ Royaume-Uni, § 38.

¹⁸⁹³ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 43, n° 19.

¹⁸⁹⁴ Ici la répudiation, là le divorce pour faute.

¹⁸⁹⁵ S. KARAGIANNIS, *loc. cit.*, p. 278.

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 271.

¹⁸⁹⁷ Éventualité qui n'est pas à exclure (cf. *infra* n° 397 et s.).

¹⁸⁹⁸ S. KARAGIANNIS, *loc. cit.*, p. 271.

¹⁸⁹⁹ G. A. L. DROZ, note sous Civ. 1^{ère} 25 février 1997, *RCDIP* 1998 p. 608 ; P. MAYER, « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991 p. 661 note 11.

l'incompatibilité de la loi ou du jugement étranger avec des valeurs, certes communes, mais qui, à de nombreux égards, demeurent particulières à un groupe d'État appartenant à la civilisation occidentale. Cependant, il ne fait aucun doute que leur responsabilité internationale se maintient. Pour cette raison, il importe que ses conditions de déclenchement répondent de manière adéquate aux spécificités et aux impératifs du droit international privé. Le droit européen des droits de l'homme offre d'ores et déjà des exemples de relativisme. Le souci de respecter le pluralisme au sein même de la civilisation européenne par le biais, notamment, de la marge nationale d'appréciation, et la diversité extra-européenne à travers l'article 56 de la Convention en atteste. Pour l'essentiel, ces éléments mettent en lumière un potentiel et une ambiance favorable à l'émergence d'un aménagement des droits et libertés plutôt que d'indiquer une véritable solution et la voie à suivre. Une extension de l'article 56, par exemple, n'est guère envisageable. Le regain d'intérêt que la Cour lui a récemment offert dans l'affaire *Py*¹⁹⁰⁰ contraste fortement avec le déclin qui, d'une manière générale, l'affecte. Le protocole n° 12 en constitue une manifestation éclatante puisqu'il ne comporte aucune clause autorisant une certaine souplesse dans son application par rapport à certains territoires. En outre, son utilisation à l'égard des relations privées internationales paraît peu probable, y compris sous couvert d'une lecture évolutive et actuelle, tant elle heurterait sa lettre et son esprit. La clause des nécessités locales prévue à son paragraphe 3 ne saurait être isolée et comprise en dehors de son contexte. Elle demeure néanmoins, parmi d'autres, un puissant facteur d'adaptation de la Convention qu'il convient de concrétiser par des procédés idoines tapis au creux du contrôle européen et inscrits dans la logique de son fonctionnement.

B L'atténuation du contrôle européen

388. L'étude de la jurisprudence européenne révèle que la Cour de Strasbourg n'exclut pas l'idée d'une atténuation de son contrôle y compris lorsqu'il concerne une norme émanant d'une autre Haute Partie contractante. Les considérations précédentes témoignent de la justesse de sa position bien qu'une autre solution eut été concevable dans la mesure où la norme en cause est censée refléter le patrimoine commun de valeurs qu'exprime la Convention. Toutefois, si ce dernier élément n'est pas de nature à renverser le principe même de l'atténuation du contrôle (1), il contribue à en façonner les modalités (2).

¹⁹⁰⁰ CEDH 11 janvier 2005 requête n° 66289/01 *Py c/ France*. Jusqu'alors, en effet, l'article 56 de la Convention n'avait plus guère d'actualité si ce n'est que celle de sa suppression.

1 Le principe de l'atténuation

389. Si les décisions de la Cour de Strasbourg sont peu nombreuses, il en est au moins une qui intéresse directement le contrôle de l'application par un juge d'une Haute Partie contractante d'une loi étrangère empruntée à l'ordre juridique d'une autre Haute Partie contractante¹⁹⁰¹. Et, à cette occasion, même si les motifs manquent de clarté, la Cour s'est engagée dans la voie d'une analyse compréhensive de la responsabilité de l'État requis. En l'espèce, les juridictions françaises avaient considéré que la requérante ne pouvait prétendre à une filiation légitime au motif qu'il résultait de l'application de la loi allemande que le mariage de sa mère avec son père naturel était inexistant, faute d'avoir été contracté en présence d'un officier d'état civil. Elle ne pouvait donc en tirer aucune conséquence. La Cour a procédé au rappel des principes applicables au cas qui lui était soumis en les présentant selon la formule canonique issue de l'arrêt *Marckx*. Rien ne laissait donc présager une quelconque atténuation de son contrôle. Alors qu'elle aurait pu et peut-être même dû exercer un test classique de proportionnalité, la Cour s'est bornée à relever qu'elle ne constatait « *rien d'arbitraire ou d'abusif dans cette appréciation, l'obligation de la forme civile du mariage tenant à la sécurité juridique et à la sécurité des relations familiales* ». Quant au refus des juridictions françaises de tempérer la rigueur de loi allemande par le jeu de l'article 202 du Code civil au motif que la requérante n'avait ni titre ni possession d'état d'enfant légitime, la Cour observa simplement « *que les États ont des raisons légitimes tenant à la sécurité juridique de considérer que la possession d'état est une présomption légale qui doit présenter un certain nombre de caractères à savoir qu'elle doit être continue, paisible et non équivoque, sans quoi elle ne peut être invoquée* ».

390. Toutefois, la décision ne reflète pas de façon si limpide les intentions de la juridiction strasbourgeoise, si bien qu'il faut se garder de lui accorder une portée plus grande qu'elle n'a en réalité. La Cour s'appuie en effet sur un troisième élément, indépendant de l'extranéité de la norme et auquel elle accorde, semble-t-il, une importance décisive, pour arrêter le caractère manifestement mal fondé du grief. Enfin et surtout, précise-t-elle, « *ce n'est pas tant l'examen de la confrontation des intérêts respectifs de la requérante et de son père putatif qui forge sa conclusion selon laquelle les faits de la cause ne révèlent pas un manque de respect pour la vie privée ou familiale de la requérante, mais bien l'absence d'exercice d'actions judiciaires appropriées, et de manifestation d'intérêt filial, tant sur le fond que dans le temps, qui*

¹⁹⁰¹ CEDH 7 novembre 2000 requête n° 47128/99 Lucette Zvoristeanu c/ France.

l'amène à cette conclusion ». La prudence s'impose d'autant plus que les décisions sur la recevabilité comportent très souvent des motifs succincts de sorte qu'il est difficile de savoir si l'affaire *Zvoristeanu* s'inscrit dans cette habitude ou si elle présente malgré tout une originalité liée à l'objet du contrôle. La lecture de la décision *Lindberg* ne saurait laisser dans l'ombre un tel constat cependant que, une fois encore, la Cour exclut la responsabilité de la Suède pour avoir accordé l'*exequatur* à un jugement norvégien au terme d'un contrôle sinon formel du moins anormalement restreint. Le contrôle du respect de l'article 10 de la Convention en raison d'une condamnation pour diffamation, justifiant les dommages et intérêts dus par le requérant, reprend certes les conditions classiques de légalité, de légitimité et de nécessité, mais leur appréciation se singularise. Notant que l'affaire se distinguait d'une espèce similaire où elle avait constaté une violation de la liberté d'expression par l'État norvégien, la Cour considère de manière très concise que la décision suédoise d'*exequatur* était « *clairement "nécessaire"* »¹⁹⁰² au sens du second paragraphe de l'article 10. *A contrario*, le manquement à la Convention ne relevait pas de l'évidence, du patent, de l'indéniable. La décision de l'État défendeur n'était donc ni arbitraire, ni abusive.

391. L'atténuation du contrôle européen se trouve donc admise dans son principe, mais ne saurait demeurer indifférente à la circonstance que la norme étrangère provient d'un État qui assume les mêmes obligations que l'État requis.

2 Les modalités de l'atténuation

392. Bien que le contrôle de normes émanant d'un autre État Partie appelle un certain assouplissement, il peut néanmoins revêtir une plus grande rigueur que lorsqu'il s'exerce à l'encontre d'une norme provenant d'un État tiers au système européen de garantis des droits de l'homme. Dans cette hypothèse, en effet, l'éviction peut n'avoir que des conséquences limitées sur l'harmonie internationale des solutions et la continuité du traitement des situations juridiques individuelles. Potentiellement, elle ne produira pas tant une rupture entre les ordres juridiques que leur coordination. Ses effets bilatéraux, voire multilatéraux, légitiment alors un contrôle européen plus serré et guident la mesure de son aménagement. Ils postulent que la mise à l'écart de la norme étrangère constitue une solution acceptable sur l'ensemble du territoire que forme les États membres du Conseil de l'Europe. En d'autres termes, par ses conséquences concrètes ou par la procédure qui l'a précédée, la norme

¹⁹⁰² « *Clearly "necessary"* » dans le texte.

étrangère doit heurter le patrimoine commun de valeurs et d'idéal qui les unit, réaliser une rupture de la communauté de droit qu'institue la Convention européenne des droits de l'homme.

393. Dès lors, il serait souhaitable que la Cour apprécie la responsabilité de l'État requis, la seule envisageable, de la même manière qu'elle jugerait le comportement de l'État d'origine. Si la situation se justifie au sein de son système, la singularité du fait générateur de la responsabilité invite à ne pas aboutir à une autre conclusion relativement à l'État requis, alors même que, soumise à son droit interne, un constat de violation eut été certain. En effet, la divergence d'appréciation n'est pas à exclure puisque la juridiction strasbourgeoise exerce son contrôle à la lumière du « *principe de respect des particularités nationales* »¹⁹⁰³. La norme étrangère porte en elle les particularités nationales¹⁹⁰⁴. Or, diverses considérations d'opportunité liées aux impératifs du droit international privé permettent d'étayer l'idée selon laquelle leurs vertus justificatives devraient également l'accompagner. D'une certaine façon, le raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire *Lindberg* s'en rapproche.

Afin de démontrer que la décision suédoise d'accorder l'*exequatur* au jugement norvégien portait atteinte à son droit à la liberté d'expression, et faute d'avoir pu saisir la Cour d'une requête dirigée contre la Norvège, le requérant avait fondé son argumentation sur l'arrêt *Bladet Tromso*, lequel se rapportait à un problème similaire. Le précédent invoqué constatait en effet une violation de l'article 10 de la Convention imputable à la Norvège en raison d'une condamnation pour diffamation de journalistes qui avaient repris certaines affirmations contenues dans le rapport officiel rédigé par M. Lindberg. Cependant, les juges strasbourgeois ont estimé que la conclusion de l'affaire *Bladet Tromso* s'expliquait essentiellement en raison de la qualité des requérants et ne saurait par conséquent s'appliquer au cas de M. Lindberg. Implicitement, ils concèdent que, s'ils en avaient eu l'opportunité, ils n'auraient pas, selon toute vraisemblance, retenu la responsabilité de l'État norvégien. Et, dans la mesure où ce seul motif a déterminé le caractère manifestement mal fondé du grief soulevé par M. Lindberg, ils paraissent raisonner à l'égard de la Suède comme ils l'auraient fait à l'égard de la Norvège. Pour autant, et en réponse aux craintes exprimées par la Cour dans sa décision *Lindberg*, un tel contrôle n'offre pas aux individus la possibilité induue de revenir sur des

¹⁹⁰³ CEDH 9 avril 2002 requête n° 46726/99 Podkolzina c/ Lettonie, préc., § 34.

¹⁹⁰⁴ P. MERCIER, *Conflit de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Droz, Genève, 1972, p. 1 : « on peut dire que les lois sont un reflet des civilisations et qu'admettre dans un État une loi étrangère revient à consacrer la solution qu'elle prévoit et par-là même à reconnaître la part de civilisation qu'elle représente ».

éléments définitivement clos puisque seul l'État requis encourt alors une responsabilité dont le fondement, au demeurant, se distingue de celui dont découle la responsabilité de l'État d'origine¹⁹⁰⁵.

394. En outre, dans un souci de promouvoir la confiance mutuelle entre les États et de réduire les cas d'éviction des normes étrangères, il n'appartiendrait même pas à l'État requis d'anticiper les prises de position de la Cour. Il pourrait, sans risque, accepter une norme étrangère soulevant une difficulté inédite ou sur laquelle les organes de la Convention n'ont rendu aucune décision relevante. L'attitude du for s'apprécie au regard du patrimoine commun d'idéal actuel.

La décision *Mills*¹⁹⁰⁶ illustre la manière dont pourrait se présenter une telle contribution à l'instauration de conditions favorables à l'épanouissement des effets plurilatéraux de la décision d'éviction. En l'espèce, le requérant reprochait aux autorités allemandes d'avoir renoncé à exercer leur compétence au profit d'une cour martiale britannique pour statuer sur les faits qui lui étaient imputés. De son point de vue, leur attitude constituait un manquement à la Convention puisque la Commission EDH avait estimé, dans son rapport *Findlay* du 5 septembre 1995¹⁹⁰⁷, que le système britannique de la cour martiale ne répondait pas aux exigences d'impartialité et d'indépendance du tribunal, conclusion partagée par la Cour¹⁹⁰⁸ et maintes fois réaffirmée par la suite¹⁹⁰⁹. Cependant, la Cour observa qu'il n'était pas clairement démontré que la décision des autorités allemandes fut arrêtée avant la publication du rapport dont se prévalait le requérant. Dès lors, elle a jugé qu'il « *n'y avait aucune raison que les autorités allemandes considèrent que le procès du requérant devant la cour martiale britannique constituerait un "dénier de justice flagrant" au sens de l'arrêt Drozd et Janousek* »¹⁹¹⁰. L'affaire est d'autant plus révélatrice que les différents constats de violation ne s'appuient pas de manière déterminante sur des circonstances concrètes malheureuses, mais sur le fonctionnement général de la cour martiale britannique. Le système conventionnel contient donc d'ores et déjà les premiers éléments propres à assortir l'obligation d'évincer la norme étrangère d'effets bilatéraux. Il assure ainsi une protection des droits et libertés à la fois

¹⁹⁰⁵ Cf. *infra* n° 463 et s..

¹⁹⁰⁶ CEDH 5 décembre 2000 requête n° 35685/97 *Mills c/ Royaume-Uni et Allemagne*.

¹⁹⁰⁷ Commission 5 septembre 1995 requête n° 22107/93 *Findlay c/ Royaume-Uni*.

¹⁹⁰⁸ CEDH 25 février 1997 requête n° 22107/93 *Findlay c/ Royaume-Uni*.

¹⁹⁰⁹ CEDH 24 septembre 1997 requête n° 25942/94 *Coyne c/ Royaume-Uni* ; CEDH 18 février 1999 requête n° 24436/94 (...) *Cable et autres c/ Royaume-Uni*.

¹⁹¹⁰ « (...) *there was no reason for the German authorities to consider whether the applicant's trial by British court-martial could constitute a "flagrant denial of justice" within the meaning of the Drozd and Janousek v. France and Spain judgment* ».

équilibrée, du point de vue de l'ordre juridique, et satisfaisante, du point de vue des personnes.

395. Un même esprit anime le contrôle des normes émanant des États tiers à la CEDH. Son atténuation pourrait néanmoins être plus accusée en raison, notamment, de ses justifications profondes.

§ II Les normes des États tiers

396. L'éviction de la norme émanant des États non partie à la Convention risque de se produire plus fréquemment que dans l'hypothèse où la norme provient des autres Hautes Parties contractantes. Contrairement à ces dernières, en effet, ils ne se sont pas engagés à garantir les droits que contiennent la CEDH, laquelle exprime un patrimoine de valeurs qui peut leur être totalement étranger. Le constat ne saurait pour autant conduire à une discontinuité radicale des ordres juridiques. Les États soumis au contrôle européen doivent pouvoir accueillir les normes étrangères s'inspirant de valeurs différentes de celles que traduit la CEDH. La relativité des droits de l'homme incite à promouvoir une atténuation du contrôle européen conciliant utilement l'ouverture des ordres juridiques et le respect des valeurs essentielles partagées par les États membres du Conseil de l'Europe (A). Si, en elle-même, elle ne permet de définir la mesure de cette atténuation, du moins en justifie-t-elle le principe et la recherche de ses modalités (B).

A La relativité des droits de l'homme

397. Suivant M. Mezghani, lorsque la norme étrangère provient d'un État musulman, et peut-être plus généralement lorsque la norme étrangère porte la marque de la religion, « *le problème se ramène (...) à la réception d'institutions qui violent les droits fondamentaux* »¹⁹¹¹. Fondé sur les droits de l'homme, leur rejet serait non seulement légitime, compte tenu de l'universalité des valeurs dont ils sont porteurs, mais encore nécessaire afin de ne pas isoler du reste du monde, au nom de la spécificité culturelle, les sociétés d'où proviennent ces institutions¹⁹¹². Dès 1950, dans une étude demeurée célèbre, Paul Lerebours-

¹⁹¹¹ A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *Clunet* 2003 p. 759. Une énumération des institutions les plus choquantes ou tout au moins les plus éloignées du système occidental précède cette affirmation bien péremptoire.

¹⁹¹² A. MEZGHANI, *loc. cit.*, p. 760 et s..

Pigeonnière estimait que, en référence à la Charte des Nations-Unies et à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, chaque État devrait « *refuser de recevoir chez lui une loi étrangère qui contredit l'idéal de la civilisation universelle, ou qui refuse de reconnaître l'un des droits de l'Homme déterminé par la Déclaration* »¹⁹¹³.

Si la Convention européenne des droits de l'homme participe de l'universalisme, l'assouplissement de sa mise en œuvre en présence d'une norme étrangère ne trouverait alors nulle justification sérieuse. Au demeurant, l'idée de variabilité est radicalement contraire au concept de Droit de l'Homme, car ce serait « *réduire de la sorte la dignité humaine qui en est le fondement, à une simple valeur fluctuante, au gré de la conjecture* »¹⁹¹⁴. Ces Droits préexistent et ne sont attribués par aucune autorité. Ils appartiennent à chaque être humain en raison de sa seule qualité d'être humain¹⁹¹⁵. Ils procèdent de la nature humaine, une et indivisible. Elle est constante, invariable et échappe à toute contingence. C'est une donnée à l'abri de toute influence exercée par le construit et la culture. Cependant, même en concédant l'existence d'une nature humaine, l'universalisme des droits de l'Homme est trop souvent auto-proclamé et affirmé pour convaincre¹⁹¹⁶, et, d'une manière générale, il convient de se garder d'une « *invocation trop abrupte des droits "fondamentaux", car ce caractère même est de nature à couper court à la discussion là où il y aurait eu place pour elle* »¹⁹¹⁷. Il importe, conformément aux enseignements du culturalisme¹⁹¹⁸, de ne pas négliger la spécificité et l'incidence des cultures. L'humanisme classique qui postule une nature humaine universelle s'efface au profit d'un humanisme progressiste qui consiste « *à décapiter sans cesse la nature, ses "lois" et ses "limites" pour y découvrir l'Histoire et poser enfin la Nature comme elle-*

¹⁹¹³ P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », in *Le droit privé français au milieu du 20^{ème} siècle : études offertes à Georges Ripert. Tome I : études générales, droit de la famille*, LGDJ, 1950, p. 262.

¹⁹¹⁴ J.-B. MARIE, « De l'universalité des principes à l'universalisation des pratiques des droits de l'homme », in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 220.

¹⁹¹⁵ P.-H. IMBERT, « L'apparente simplicité des droits de l'homme. Réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *RUDH* 1989 p. 19 ; F. SUDRE, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 33, n° 59 ; A. SUSTERHENN, « L'idée des droits de l'homme et sa mise en œuvre », in *Mélanges offerts à H. Rolin, Problème du droit des gens*, Pédone, 1964, p. 398.

¹⁹¹⁶ Certains semblent préconiser le recours à la méthode Coué (G. COHEN-JONATHAN, « Universalité et singularité des droits de l'homme », *RTDH* 2003 p. 10 : « *Sur le principe, il faut se convaincre que l'universalisme des droits de l'homme ne correspond aucunement à un impérialisme culturel* »).

¹⁹¹⁷ B. AUDIT, obs. sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, *Dalloz* 1999 som. p. 291.

¹⁹¹⁸ Pour une présentation sommaire de cette école de pensée, plus connue sous le nom de culture et personnalité, et des thèses de ses principaux représentants (Ruth Benedict, Ralph Linton, Abram Kardiner et Margaret Mead), voir, par exemple, S. CLAPIER VALLADON, *Panorama du culturalisme*, EPI, 1976. Sur le relativisme culturel, cf. p. 206 et s..

même historique »¹⁹¹⁹. Le relativisme des droits de l'homme peut alors apparaître selon deux perspectives parce que, d'une part, tous les peuples ne livrent pas une lecture identique de la nature humaine (1) et que, d'autre part, tous ne partagent pas la même vision de l'homme au sein de la société (2).

1 La contingence de la conception des droits de l'homme

398. De prime abord, un discours relativiste peut surprendre tant l'universalité des droits de l'homme semble incontestable. Outre la nécessité « *éthique et logique* »¹⁹²⁰ d'un tel caractère, il est soutenu par une démarche volontaire de la Communauté internationale. Elle y est fermement attachée et, sous ce rapport, la Déclaration et le programme d'action de Vienne du 25 juin 1993 adoptés à l'issue de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme en sont un témoignage particulièrement probant¹⁹²¹. Proclamés pour la première fois lors de la Conférence de Téhéran¹⁹²², l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme reçoivent à Vienne une vigoureuse confirmation. La Déclaration de Vienne n'ignore pas les particularismes locaux et la diversité culturelle, mais elle précise qu'ils ne sauraient entraver la promotion et le développement des droits et libertés fondamentaux¹⁹²³. L'adhésion massive des États à la Charte internationale des Droits de l'Homme¹⁹²⁴ et aux différentes conventions onusiennes¹⁹²⁵ ainsi que l'amélioration de leur mécanisme de contrôle¹⁹²⁶ tendraient à

¹⁹¹⁹ R. BARTHES, « La grande famille des hommes », in *Mythologies*, éditions du Seuil, Points essais, 1957, p. 163.

¹⁹²⁰ J.-B. MARIE, *loc. cit.*, p. 219.

¹⁹²¹ R.-J. DUPUY, « L'ordre public en droit international », in *L'ordre public* sous la direction de Raymond Polin, PUF, Politique d'aujourd'hui, 1996, p. 110 ; P. TAVERNIER, « L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », *RTDH* 1997 p. 379.

¹⁹²² Cf. la proclamation de Téhéran du 13 mai 1968, spécialement les points 1 (universalité) et 13 (indivisibilité).

¹⁹²³ I.5 : « *Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La Communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales* ». Une telle position est susceptible de deux interprétations : soit elle est le fruit d'un compromis entre les États attachés à l'universalisme et ceux se prévalant du relativisme, soit elle propose « *une nouvelle méthode de compréhension des Droits de l'Homme universels* » (cf. N. ROULAND, « À propos des Droits de l'homme : un regard anthropologique », *Droits fondamentaux*, n° 3, janvier-décembre 2003, p. 129 [www.droits-fondamentaux.org]).

¹⁹²⁴ Outre la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH), elle comporte le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP) et le Pacte International relatif au droits Économiques, Sociaux et Culturels (PIDESC) qui comptent, au 10 janvier 2003, respectivement 149 et 146 États Parties.

¹⁹²⁵ Au 10 janvier 2003, par exemple, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) du 18 décembre 1979 (voir par exemple, R. LETTERON, « Les droits des femmes entre l'égalité et l'apartheid juridique », *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du droit international*, Pédone, 1998, p. 282 et s.), entrée en vigueur le 3 septembre 1981, réunissait 170 États Parties et la Convention relative aux droits de l'enfant (CIDE), 191.

démontrer que le ralliement à l'universalité procède d'un réel consensus¹⁹²⁷ et non d'une amicale pression exercée par les États occidentaux sur le reste du monde. Le contexte général ne paraît donc pas propice à une atténuation substantielle des exigences de la CEDH. L'éviction d'une norme étrangère en raison de son incompatibilité avec les droits de l'homme présente au contraire une légitimité accrue puisqu'elle concourt à la sauvegarde de l'idéal universel ou tout au moins ardemment souhaité comme tel. À l'examen, cependant, l'universalité des droits de l'homme en général et de la CEDH en particulier repose, à deux points de vue, sur des assises bien fragiles. La thèse relativiste se nourrit à la fois du régionalisme des droits de l'homme (a) et de l'illusion de leur proclamation universelle (b).

a Le régionalisme

399. Le régionalisme s'exprime de deux façons. Il se manifeste, d'une part, par la multiplication des conventions relatives au droit de l'homme propres à un groupe d'État (α) et, d'autre part, se prolonge et s'accroît par une interprétation particulariste des droits que ces conventions proclament (β).

α L'affirmation régionale des droits de l'homme

400. Le régionalisme constitue une première remise en cause assez appréciable de l'universalité des droits de l'homme¹⁹²⁸. Pour ne retenir que quelques exemples, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁹²⁹, la Charte arabe des droits de l'homme adoptée le 15 septembre 1994¹⁹³⁰ et les diverses déclarations et prises de position asiatiques,

¹⁹²⁶ Bien que les protocoles instituant les organes de contrôle soient facultatifs et par conséquent ne lient pas automatiquement tous les États parties aux différentes conventions auxquelles ils se rapportent, et que l'efficacité du contrôle puisse parfois être mise en doute. Voir, par exemple, en ce qui concerne le Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, S. BOUET-DEVRIÈRE, « La protection universelle des droits de la femme : vers une efficacité accrue du droit positif international ? », *RTDH* 2000 p. 453 : « En reconnaissant à tout individu le droit de saisir le Comité pour constater toute violation de la CEDEF par un État Partie, ce texte illustre une fois encore la tendance à l'universalisation du droit international du droit de la femme » (p. 475).

¹⁹²⁷ J.-B. MARIE, *loc. cit.*, p. 227.

¹⁹²⁸ M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil-essais, 1998, p. 25 et s. ; *Id.*, « De la juste dénomination des droits de l'homme », *Droit et cultures* 1998-I n° 35 p. 105 ; P. TAVERNIER, *loc. cit.*, p. 383 et s..

¹⁹²⁹ J. FIERENS, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », *RTDH* 1990 p. 235 ; E. KODJO, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », *RUDH* 1989 p. 29 ; F. OUGERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, une approche juridique entre tradition et modernité*, PUF/IUHEI, Paris/Genève, 1993.

¹⁹³⁰ Texte in *RUDH* 1995 p. 212 ; P. HERMANN, *L'existence d'une conception des droits de l'homme propre aux États musulmans*, mémoire Montpellier I, 1999, p. 42 et s. ; A. MAHIOU, « La charte arabe des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du droit international*, Pédone, 1998, p. 305.

singulièrement chinoises¹⁹³¹, développent, de façon plus ou moins prononcée, leur propre conception des droits de l'homme¹⁹³².

Certes, toutes se réclament de la Déclaration Universelle et toutes lui rendent hommage¹⁹³³, mais l'allégeance n'a pas empêché l'affirmation des particularités.

La Charte africaine insiste, dès son préambule, sur la nécessaire prise en compte des spécificités des États africains¹⁹³⁴, « *des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des droits de l'homme et des peuples* »¹⁹³⁵. Son contenu présente ainsi des aspects d'une grande originalité tels que l'énoncé de devoirs¹⁹³⁶, au travers duquel transparaît une conception holistique de l'individu, l'importance donnée à la famille¹⁹³⁷ ou encore la protection des personnes âgées¹⁹³⁸.

Le ralliement des États arabes à la DUDH et aux Pactes de New-York ne s'est pas opéré sans réticences¹⁹³⁹ et la Charte arabe des droits de l'homme en porte les stigmates. Par le dernier alinéa de son Préambule, les États Parties réaffirment en effet leur attachement à la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme adoptée le 5 août 1990. Or, ses articles 24 et 25 stipulent que la Charia non seulement détermine les limites dans lesquelles s'exercent les droits qu'elle énonce, mais encore constitue la source unique de leur interprétation. Le rappel n'est pas anodin, car en dépit d'une formulation somme toute classique des droits et libertés contenus dans la Charte, elle demeure suffisamment floue pour permettre l'application de la Charia ou des législations qui s'en inspirent¹⁹⁴⁰.

¹⁹³¹ A. KOUÉVI, « Les déclarations non occidentales des droits de l'homme », *RRJ* 1995 vol. 2 p. 631 ; X. LI, « Les droits de l'homme en Chine. Réalité et polémique », *Droit et cultures* 1998-I n° 35 p. 107 ; N. ROULAND, « La doctrine juridique chinoise et les droits de l'homme », *RUDH* 1998 p. 1.

¹⁹³² Voir, plus nuancé, A. CASSESE, « Les droits de l'homme sont-ils véritablement universels ? », *RUDH* 1989 p. 18.

¹⁹³³ Cf. alinéa 7 du Préambule de la Charte arabe des droits de l'homme ; alinéa 3 du Préambule de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. En ce qui concerne l'Asie, cf. N. ROULAND, *loc. cit.*, p. 10.

¹⁹³⁴ E. KODJO, *loc. cit.*, p. 49 ; NGUYEN QUOC DINH (†), P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, p. 665, n° 425 ; A.-D. OLINGA, « La famille en droit international africain des droits de l'homme », in J. Y. Morin et G. Otis (dir.), *Les défis des droits fondamentaux. Actes des 2^{ème} journées scientifiques du Réseau Droits Fondamentaux de l'Agence Universitaire de la Francophonie*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 158.

¹⁹³⁵ Alinéa 4.

¹⁹³⁶ Articles 27-29.

¹⁹³⁷ Articles 18-1 et 18-2.

¹⁹³⁸ Article 18-4.

¹⁹³⁹ P. TAVERNIER, « Les États arabes, l'ONU et les droits de l'homme. Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et les Pactes de 1966 », in G. Conac et A. Amor (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Economica, 1994, p. 57, spéc. p. 63 et s. ; *Id.*, « L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », *RTDH* 1997 p. 385.

¹⁹⁴⁰ A. MAHIOU, *loc. cit.*, p. 314.

Enfin, en ce qui concerne l'Asie, singulièrement la Chine, M. Norbert Rouland a mis en lumière la constance des singularités de la pensée juridique relative aux droits de l'homme¹⁹⁴¹.

401. La Convention européenne des droits de l'homme, en revanche, revendique clairement et assume pleinement sa filiation à l'égard de la DUDH. Son préambule s'y réfère à trois reprises et le dernier alinéa souligne que son adoption correspond à une volonté des États membres du Conseil de l'Europe de lui conférer une réelle effectivité. À cette fin, ils se déclarent résolus « à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle » et par conséquent à promouvoir une commune conception des droits de l'homme. Par-là, ils affirment vouloir éviter toute incompatibilité entre le texte européen et le texte universel¹⁹⁴².

La Convention Américaine relative aux droits de l'homme signée à San José de Costa Rica le 22 novembre 1969 et entrée en vigueur le 18 juillet 1978 s'inscrit dans une perspective identique¹⁹⁴³. En dépit de quelques particularités, à l'origine desquelles se situent essentiellement les organes qui l'administrent et les procédures de contrôle¹⁹⁴⁴, il n'existe aucune contradiction manifeste avec la Charte internationale des droits de l'homme.

402. L'approche régionaliste laisse par conséquent apparaître un clivage très net entre les déclarations de droits occidentales et non-occidentales bien que, d'un certain point de vue, leur seule existence « montre surtout qu'il n'y a pas d'exception culturelle dans ce domaine et qu'il ne peut y avoir de contestation convaincante de l'universalité des droits de l'homme fondamentaux »¹⁹⁴⁵. L'aptitude de la CEDH à relayer un idéal universel de civilisation rencontre néanmoins une deuxième limite, corollaire de la précédente, liée à l'existence d'un

¹⁹⁴¹ N. ROULAND, « La doctrine juridique chinoise et les droits de l'homme », *RUDH* 1998 p. 10 et s. ; N. ROULAND, « Commentaire sur l'article de Xiaoping Li : Les droits de l'homme en Chine. Réalité et polémique », *Droit et cultures* 1998-I n° 35 p. 127. Voir également, X. LI, *loc. cit.*, p. 107.

¹⁹⁴² P. TAVERNIER, « L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », *RTDH* 1997 p. 383.

¹⁹⁴³ Cf. les alinéas 2 et 3 du Préambule de la Convention : « Reconnaissant que les droits fondamentaux de l'homme ne découlent pas de son appartenance à un État donné, mais reposent sur les attributs de la personne humaine, ce qui leur justifie une protection internationale, d'ordre conventionnel, secondant ou complétant celle que procure le droit interne des États américains ; Considérant que ces principes ont été consacrés dans la (...) Déclaration universelle des Droits de l'Homme ».

¹⁹⁴⁴ P. NIKKEN, « Le système interaméricain des droits de l'homme », *RUDH* 1990 p. 97.

¹⁹⁴⁵ A. MAHIOU, *loc. cit.*, p. 320. Voir également, P.-H. IMBERT, « L'apparente simplicité des droits de l'homme. Réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *RUDH* 1989 p. 24 ; P. TAVERNIER, *loc. cit.*, p. 379 : « L'affirmation de la nécessité d'instruments régionaux de protection des droits de l'homme ne met pas en cause fondamentalement l'universalité des droits de l'homme. Elle permet de tenir compte des spécificités régionales tout en respectant l'impératif d'universalité » (p. 386). Voir cependant C. BOTOKO-CLAEYSEN, « Engagements universels et identité européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2001 p. 947 (l'auteur relève le manque de cohérence des États européens dans leur attitude à l'échelle universelle par rapport à celle qu'ils adoptent à l'échelle régionale).

organe de contrôle et à la manière dont il assure la promotion et le développement des droits et libertés garantis.

β L'interprétation régionale des droits de l'homme

403. Même si ses rédacteurs ont pris soin de masquer les origines de la CEDH dans sa dénomination officielle¹⁹⁴⁶, l'illusion universaliste ainsi créée s'est depuis longtemps évanouie.

404. En pratique, tout d'abord, rares sont les auteurs qui la désignent sans utiliser l'adjectif européen, comme s'il était naturel de rappeler constamment le contexte de son élaboration. Elle s'adresse peut-être à l'Homme en général (« *toute personne* »), mais une telle spécification rapporte inexorablement les droits qu'elle garantit à un homme situé (la juridiction des Hautes Parties contractantes).

405. Ensuite et surtout, les décisions, rapports et arrêts des différentes instances strasbourgeoises ont contribué et contribuent encore à inscrire les droits et libertés dans le particularisme. Le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de la Convention ne peut guère prétendre traduire une conception universelle. Si nombre d'applications comblent des lacunes ou omissions regrettables¹⁹⁴⁷, d'autres, en revanche, expriment une irréductible (?)¹⁹⁴⁸ spécificité européenne, voire occidentale. Que l'on songe simplement au traitement des difficultés liées à la question du transsexualisme. La Cour impose à l'État la reconnaissance officielle de la conversion sexuelle et l'acceptation de toutes les conséquences qui en découlent. En vertu de l'article 12, par exemple, il ne doit plus s'opposer au mariage d'un transsexuel avec une personne du même sexe biologique¹⁹⁴⁹. L'éviction de la loi argentine décidée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 14 juin 1994¹⁹⁵⁰ au motif

¹⁹⁴⁶ Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Phénomène d'autant plus remarquable qu'en général, sinon dans la totalité des cas, l'intitulé des déclarations régionales de droit indique leur sphère géographique d'influence (par exemple, la Déclaration *américaine* des droits et des devoirs de l'homme, la Convention *américaine* relative aux droits de l'homme, la Charte *africaine* des droits de l'homme et des peuples, la Charte *arabe* des droits de l'homme, la Déclaration universelle des droits de l'homme *en islam*, le Manifeste *chinois* des Droits de l'Homme, la Déclaration *chinoise* des Droits de l'Homme).

¹⁹⁴⁷ Comme, par exemple, le droit au nom (CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90 Burghartz c/ Suisse, préc. ; CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96 Ünal Tekeli c/ Turquie, préc.). Comp. article 18 de la CADH.

¹⁹⁴⁸ Selon que l'on adhère à l'évolutionnisme ou au culturalisme.

¹⁹⁴⁹ CEDH 11 juillet 2002 requête n° 28957/95 Goodwin c/ Royaume-Uni, préc., §§ 97-104.

¹⁹⁵⁰ CA Paris 14 juin 1994, précité.

qu'elle ignorait le syndrome du transsexualisme s'est ainsi attirée les plus vives critiques¹⁹⁵¹. M. Lequette, notamment, constate avec amertume qu'« *en érigeant en valeur suprême s'imposant à tous les droits de l'homme "à la française" ou même "à l'européenne", les magistrats français mettent en place un système qui est de nature à creuser entre les ordres juridiques une discontinuité radicale. L'impérialisme, qu'il se couvre du manteau des droits de l'homme ou d'autres oripeaux, conduit toujours au même résultat* »¹⁹⁵². Tous les États ne sont pas prêts à ériger « *la mutilation volontaire en droit de l'homme* » (sic !)¹⁹⁵³. Le droit à la rectification de la mention du sexe à l'état civil du transsexuel est d'autant plus révélateur qu'il n'avait accédé que très récemment au statut de valeur fondamentale du for. En 1990¹⁹⁵⁴, l'avocat général Flipo lançait un avertissement contre une telle éventualité et invitait à la prudence à l'égard de cette « *question redoutable, car une réponse affirmative est de nature à faire vaciller les bases sur lesquelles reposent une société* ». Deux ans plus tard¹⁹⁵⁵, à la suite du constat de violation rendu par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *B.*¹⁹⁵⁶, la réponse affirmative livrée par la Cour de cassation à cette même question sera considérée au contraire comme « *une entreprise humaniste* »¹⁹⁵⁷. En 1994, en dépit des hésitations et des oppositions, il justifiait le rejet d'une norme étrangère émanant d'un ordre juridique tiers au Conseil de l'Europe.

¹⁹⁵¹ Voir néanmoins, P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 518 et s., n° 883 et s., en ce sens que l'auteur rejette toute idée de gradation dans la violation d'un droit afin de déterminer s'il convient d'évincer la norme étrangère.

¹⁹⁵² Y. LEQUETTE, note sous CA Paris 14 juin 1994, *RCDIP* 1995 p. 318. Dans le même ordre d'idée, voir X. DIJON, *Droit naturel. Tome I. Les questions du droit*, Thémis droit privé, PUF, 1998 : l'auteur met en doute l'universalisme de la CEDH dans la mesure où les droits libéraux qu'elle consacre effraient certaines régions du Monde qui ne voient là que la couverture d'un impérialisme (p. 526 et s.) ; M. BEDJAOUI, « La difficile avancée des droits de l'homme vers l'universalité », *RUDH* 1989 p. 5 : « *le message national ou régional dominant a la naturelle propension à se vouloir universel et surtout exclusif de tout autre. En matière de droit de l'homme, il érige en absolu ce qui n'est que particulier* » (p. 11) ; G. A. L. DROZ, note sous Civ. 1^{ère} 25 février 1997, *RCDIP* 1998 p. 605 : « *il faut prendre garde à ne pas trop surestimer nos valeurs et vouloir les imposer au reste du monde* » (p. 607) ; P. MAYER, « Droit à un procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 1996, p. 125 : « *il existe incontestablement un danger que la consécration de certaines règles au niveau international n'entretienne l'illusion qu'elles présentent toutes un caractère sacro-saint, d'une part, universel, d'autre part* » (p. 133) ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination », in *Les droits de l'homme et la famille, Actes du colloque de Lille, 15 et 16 décembre 1994*, LGDJ, 1996, p. 177 : « *la conception occidentale des droits de l'homme se veut extensive, universelle et transcendante. Sa vocation est missionnaire et militante. L'internationalisation des droits de l'homme en est l'instrument, et la Convention européenne l'expression la plus achevée* » (p. 209).

¹⁹⁵³ Y. LEQUETTE, note préc., p. 318.

¹⁹⁵⁴ Civ. 1^{ère} 21 mai 1990 *JCP* 1990.II.21588 concl. F. Flipo, *RTDC* 1991 p. 289 obs. J. Hauser.

¹⁹⁵⁵ AP 11 décembre 1992 *JCP* 1993.II.21991 concl. M. Jéol, *RTDC* 1993 p. 325 obs. J. Hauser.

¹⁹⁵⁶ CEDH 25 mars 1992 requête n° 13343/87 B. c/ France, précité.

¹⁹⁵⁷ Conclusions de l'avocat général Jéol sous AP 11 décembre 1992, *JCP* 1993.II.21991.

Ainsi, bien que l'article 17 de la Charte arabe des droits de l'homme consacre le droit au respect de la vie privée dans des termes voisins de ceux utilisés par l'article 8 la Convention européenne, il est cependant douteux qu'il contienne les mêmes prolongements. En réalité, remarque M. Nicolas Valticos, s'il est possible d'entrevoir « *une tendance incontestable à l'universalité des droits de l'homme, celle-ci se situe au niveau de la formulation (et même de la formulation générale), mais (...) elle ne se retrouve pas (ou (...) elle se retrouve bien moins nettement) lorsqu'il s'agit de l'appréciation des cas concrets* »¹⁹⁵⁸. L'existence d'un organe de contrôle creuse les disparités et il ne saurait guère en être autrement eu égard à la nécessité de préciser le sens des dispositions sur l'observation desquelles il veille. Il fournit donc un travail interprétatif qui laisse place à la subjectivité¹⁹⁵⁹. Certes, les méthodes mobilisées par tous les organes de contrôle obéissent au même modèle sous-jacent, à savoir la protection de l'individu dans un État de droit de caractère démocratique¹⁹⁶⁰. Cependant, les progrès de l'universalité que reflètent cette identité jointe au développement de « *l'intertextualité des droits de l'homme* »¹⁹⁶¹ se heurtent à certaines limites. La Cour européenne des droits de l'homme peut estimer devoir apporter sa propre solution¹⁹⁶².

Qu'elle puisse se déterminer en fonction d'un consensus européen est, sous ce rapport, symptomatique¹⁹⁶³ et souligne que l'affirmation de l'universalité en tant que vérité spatiale et

¹⁹⁵⁸ N. VALTICOS, « Universalité et relativité des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 744. Dans le même sens, R. BADINTER, « L'universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste », *RUDH* 1989 p. 2 ; E. KODJO, *loc. cit.*, p. 33 ; F. RIGAU, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1999, p. 25 ; J. MOURGEON, « L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit », in *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen-Jonathan. Volume II*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1271.

¹⁹⁵⁹ M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil-essais, 1998, p. 88.

¹⁹⁶⁰ P. WASCHMANN, « Les méthodes d'interprétation des conventions relatives à la protection des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Actes du colloque de la société française pour le droit international (Strasbourg 29-31 mai 1997), Pédone, 1998, p. 171 et s..

¹⁹⁶¹ G. COHEN-JONATHAN, « Les droits de l'homme et l'évolution du droit international », in *Clés pour le siècle*, Paris II, Dalloz, 2000, p. 619. Voir également, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Une force qui va ? Tendances générales de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 2003 », *CDE* 2004 p. 419 et s. ; E. DECAUX, « Les droits fondamentaux en droit international », *AJDA* 1998 p. 73 ; P. WASCHMANN, *loc. cit.*, p. 170.

¹⁹⁶² G. COHEN-JONATHAN, *loc. cit.*, p. 619. À l'instar, au demeurant, d'autres organes régionaux de protection des droits de l'homme ; voir, par exemple A.-D. OLINGA, *loc. cit.*, p. 153 : en ce qui concerne la notion de famille, l'auteur relève que si la Charte africaine permet de s'inspirer des définitions que livrent les instruments onusiens, une certaine mesure s'impose cependant. En effet, « *cette importation doit être canalisée en général, de manière plus serrée pour les droits mettant en jeu les bases mêmes de l'équilibre social comme le droit au respect de la vie privée. Il faut concilier une double inspiration : l'inspiration d'autres inspirations ; l'inspiration des traditions culturelles africaines. L'article 60 de la Charte de 1981, combinée avec l'article 61 et les indications du préambule du même instrument, évoque une démarche d'ouverture contrôlée et sélective, une logique d'interprétation synchrétique de la Charte, avec une variable directrice, l'africanité, et une variable correctrice, l'universalité* » (p. 158).

¹⁹⁶³ Une étude globale du travail de la Cour conduit cependant à nuancer l'affirmation d'un lien entre l'interprétation évolutive et l'existence d'un consensus européen (cf. F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001.I.335).

temporelle absolue doit se conjuguer avec le fait que « *chaque déclaration est destinée à un groupe d'être humains ayant, a priori des aspirations communes* »¹⁹⁶⁴. La Cour, en effet, prend en compte la législation des États membres, en ce qu'elle exprime l'opinion de la population sur telle ou telle question. À cet égard, M. Jean-Claude Bonichot a très justement relevé que les solutions de la juridiction européenne sont guidées par « *le droit généralement applicable pour ne pas aller accidentellement à l'encontre de ce qui pourrait apparaître de commun et au contraire tirer des droits nationaux ce qui apparaît le plus protecteur* »¹⁹⁶⁵. Certaines interprétations sont en conséquence clairement situées, adaptées au contexte européen¹⁹⁶⁶. L'idée a, par exemple, profondément marqué l'évolution du droit de la filiation. En 1979¹⁹⁶⁷, la Cour a constaté une violation de l'article 8 par la Belgique au motif que sa législation n'assurait pas une pleine égalité entre les enfants naturels et légitimes. Pour parvenir à cette conclusion, elle a pris soin de noter qu' « *assurément, distinguer en ce domaine entre "famille naturelle" et "famille légitime" passait pour licite et normal dans beaucoup de pays européens à l'époque où fut rédigée la Convention* »¹⁹⁶⁸. Cependant, elle ajoute qu' « *elle ne peut pas ne pas être frappée par un phénomène : le droit interne de la très grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe a évolué et continue d'évoluer, corrélativement avec les instruments internationaux pertinents* »¹⁹⁶⁹. Plus récemment, sur la base d'un raisonnement identique, la Cour a fait apparaître la contradiction entre la loi française, qui accordait des droits successoraux moindres aux enfants adultérins lorsqu'ils étaient en concours avec un enfant légitime, et l'article 1 du Protocole n° 1 combiné à l'article 14¹⁹⁷⁰. En l'espèce, elle a tenu compte à la fois des conventions internationales qui avaient trait à la question et auxquelles les États membres avaient adhéré, de l'opinion de la population française et enfin du droit des autres États membres¹⁹⁷¹. Nombre des évolutions

¹⁹⁶⁴ A. KOUÉVI, *loc. cit.*, p. 633.

¹⁹⁶⁵ J.-C. BONICHOT, « La CJCE, la CEDH et l'intégration de l'Europe », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 97. Dans le même sens, J. CALLEWAERT, « La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 103.

¹⁹⁶⁶ M. Callewaert (*loc. cit.*, p. 101) souligne ainsi qu'il importe à la Cour « *de donner à la Convention un contenu qui soit universel à l'échelle du continent* » (!). Voir également P. MAYER, *loc. cit.*, p. 134 : il faut admettre que le consensus « *atteint à Strasbourg ne reflète pas nécessairement une vérité acceptée dans un cadre élargi à l'univers* ».

¹⁹⁶⁷ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 Marckx c/ Belgique, précité.

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*, § 40.

¹⁹⁶⁹ *Ibidem.*

¹⁹⁷⁰ CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97 Mazurek c/ France, précité.

¹⁹⁷¹ *Ibid.* : La Cour « *ne saurait négliger une telle évolution dans son interprétation nécessairement dynamique des dispositions litigieuses de la Convention* » (§ 52).

que la Cour amorce à propos de la Convention sont ainsi le plus souvent liées à un consensus sur la question, non pas mondial, mais européen¹⁹⁷².

Il n'est dès lors guère surprenant que certains partisans à la fois de l'universalité des droits de l'homme et de l'éviction sans nuance des normes étrangères qui leur sont contraires, c'est-à-dire, pour l'essentiel, les normes inspirées ou dictées par la religion, souhaitent minorer le rôle de la CEDH. M. Mezghani, notamment, récuse le travail interprétatif de la Cour de Strasbourg. De son point de vue, « *c'est (...) seulement en s'attachant aux principes et non aux dispositions que doit s'apprécier une loi étrangère (...) et que l'universalité prend un sens* »¹⁹⁷³. Le propos, indépendamment de sa pertinence¹⁹⁷⁴, incite à une application mesurée de la CEDH. Son universalisme n'est pas mis en doute, à condition toutefois d'envisager ses dispositions en elles-mêmes, abstraites de tout ce qui serait susceptible de les particulariser. En d'autres termes, s'il paraît légitime d'opposer la CEDH aux normes étrangères c'est uniquement parce qu'elle exprime des valeurs universelles ; or, ce caractère disparaît, et avec lui la légitimité de l'intervention de la Convention, dès l'instant où l'on envisage les droits et libertés tels qu'interprétés par la Cour¹⁹⁷⁵.

406. Ainsi, même approfondi par l'existence d'un organe de contrôle, le régionalisme égratigne l'universalisme des droits de l'homme sans toutefois le remettre en cause, car, en toute hypothèse, son expression perdure par un accord sur la formulation générale des droits et libertés. Le relativisme (interprétation des droits et libertés) et l'universalisme (formulation générale des droits et libertés) peuvent alors coexister si le premier se limite aux relations intra-culturelles ou intra-civilisationnelles et si le second s'applique aux relations inter-culturelles ou inter-civilisationnelles. Cependant, l'universalisme se heurte à une dernière limite, beaucoup plus importante en ce qu'elle invite à ne pas exagérer le ralliement aux

¹⁹⁷² A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE, note sous CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97 Mazurek c/ France, *JCP* 2000.II.10286.

¹⁹⁷³ A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *Clunet* 2003 p. 763.

¹⁹⁷⁴ Comment, en effet, les États pourraient-ils faire fi du travail interprétatif de la Cour en présence d'une norme étrangère alors que, *a priori*, l'étendue de leur responsabilité ne varie pas ?

¹⁹⁷⁵ En ce sens, A. MEZGHANI, *loc. cit.*, p. 721 : « *La référence aux droits de l'homme dans le cadre de l'exception de l'ordre public international présente l'avantage de permettre à l'ordre du for de se prévaloir de leur universalité. Un tel résultat ne peut être atteint par l'application directe d'une convention qui est seulement européenne* » (p. 765). Voir encore les réflexions de M. Jayme à propos de l'application de la Loi Fondamentale allemande à l'encontre des normes étrangères, É. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1995 tome 251 p. 50 : « *la difficulté réside essentiellement dans le fait paradoxal qu'un texte de cette nature vise à édicter des valeurs universelles, mais qui, parce qu'elles proviennent de la constitution d'un État donné, ne peuvent prétendre à s'appliquer universellement* ».

instruments onusiens de protection des droits de l'homme et par conséquent l'adhésion massive aux droits de l'homme, même sous la forme d'une proposition vague et indéterminée.

b L'altération de l'universalisme

407. Nombre de ratifications s'accompagnent de réserves dont l'examen met très clairement en lumière les profondes divergences existant entre les États relevant de civilisations différentes. Les souhaits exprimés par la Communauté internationale dans la Déclaration de Vienne à propos des réserves (II.5)¹⁹⁷⁶ et la ratification des conventions relatives aux droits fondamentaux ne sauraient faire illusion.

L'affirmation de l'égalité entre l'homme et la femme, singulièrement en qualité d'époux, est topique. D'un côté, son inscription dans la Charte arabe des droits de l'homme¹⁹⁷⁷ autorise un certain optimisme. C'est presque comme si, remarque M. Cassese, « *en dépit de la conscience de l'écart qui existe entre ce qui est et ce qui devrait être, il y avait un désir de réaffirmer une foi dans une valeur internationale importante, applicable au niveau "régional"* »¹⁹⁷⁸. De l'autre, le fait que ladite Charte se borne à un énoncé très abstrait suscite inévitablement un certain scepticisme¹⁹⁷⁹. Un sentiment que la lecture des réserves formulées à l'égard des conventions onusiennes alimente et amplifie. Si les réserves affectant l'article 23 du PIDCP¹⁹⁸⁰ sont significatives par leur contenu mais pas par leur ampleur¹⁹⁸¹, en revanche celles qui touchent l'article 16 de la CEDEF¹⁹⁸² révèlent une véritable rupture. Plusieurs

¹⁹⁷⁶ Elle invite les États, d'une part, à réduire le nombre de réserves accompagnant la signature ou la ratification des conventions relatives aux droits de l'homme et, d'autre part, à procéder à un examen régulier des réserves formulées afin d'envisager leur retrait.

¹⁹⁷⁷ Article 2.

¹⁹⁷⁸ A. CASSESE, « Les droits de l'homme sont-ils véritablement universels ? », *RUDH* 1989 p. 18.

¹⁹⁷⁹ A. MAHIOU, « La charte arabe des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du droit international*, Pédone, 1998, p. 314.

¹⁹⁸⁰ « 1 : La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État ; 2 : le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile ; 3 : nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux ; 4 : les États parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution (...) ».

¹⁹⁸¹ Le Koweït et, bien qu'en des termes moins nets, l'Algérie réservent ainsi l'application de la Charia ou des règles qui s'en inspirent (en ce qui concerne l'Algérie, cf. P. TAVERNIER, « Les États arabes, l'ONU et les droits de l'homme. Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et les Pactes de 1966 », in G. Conac et A. Amor (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Economica, 1994, p. 68). Voir également la réserve d'Israël (« *Les questions relatives à l'état des personnes sont régies en Israël par les lois religieuses des parties en cause. Dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec ses obligations au titre du Pacte, Israël se réserve le droit d'appliquer lesdites lois* »).

¹⁹⁸² « *Les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux (...)* ».

États¹⁹⁸³ déclarent ainsi ne vouloir prendre les mesures qu'il prescrit que dans les limites définies par la Charia ou plus radicalement ne pas être liés par cette disposition en raison de sa contrariété à « *la Charia fondée sur le Saint Coran et la Sunna* »¹⁹⁸⁴. Un observateur occidental conclura naturellement à l'invalidité de telles réserves soit en raison de leur caractère général, soit parce qu'elles contredisent manifestement l'objet et le but de la convention en question. Les objections émanant des États occidentaux sont d'ailleurs abondantes. En outre, il est fort probable que le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes imite les autres organes de protection des droits de l'homme et se reconnaisse compétent pour se prononcer sur la validité desdites réserves¹⁹⁸⁵ et invite les États concernés à les retirer. Bien que ses recommandations soient dépourvues de valeur obligatoire, se posera alors inévitablement la question du devenir du consentement à la convention. Le Comité pourrait certes réitérer l'audace dont a fait preuve la Cour de Strasbourg à l'occasion de l'affaire *Loizidou*¹⁹⁸⁶, mais l'issue d'une telle attitude de défiance sera des plus incertaines. Du point de vue des États concernés, il ne s'agit pas tant de préserver une législation qu'ils savent discriminatoire que de mettre en valeur leur propre conception de l'égalité entre époux. Les réserves de l'Égypte et du Maroc, véritables manifestes et guides pédagogiques à l'adresse de l'Occident, en attestent avec une particulière netteté. Les stipulations de l'article 16 de la CEDEF, en effet, « *ne doivent pas aller à l'encontre des dispositions de la Charia garantissant à l'épouse des droits équivalents à ceux de son conjoint afin d'assurer un juste équilibre entre eux, compte tenu de la valeur sacrée des liens du mariage et des relations familiales (...) qui trouve sa source dans de profondes convictions religieuses qu'on ne saurait transgresser et du fait que ces liens sont essentiellement fondés sur l'égalité des droits et des devoirs et sur la complémentarité qui réalise la véritable égalité entre les conjoints* »¹⁹⁸⁷. *Les dispositions de la Charia font notamment obligation à l'époux de fournir à son épouse une dot appropriée, de subvenir totalement à ses besoins et de lui verser une allocation en cas de divorce, tandis qu'elle conserve la totalité de ses droits sur ses biens sans avoir à les utiliser pour subvenir à ses besoins. C'est pour cette raison que la Charia n'accorde le divorce à la femme que sur*

¹⁹⁸³ Parmi lesquels l'Algérie, le Bangladesh, l'Égypte, l'Irak, la Libye, la Jordanie, le Koweït, le Liban, la Malaisie, les Maldives, le Maroc, la Tunisie.

¹⁹⁸⁴ Selon la formule utilisée par le Bangladesh.

¹⁹⁸⁵ Le Comité des droits de l'enfant se prononce ainsi sur les réserves à l'occasion de l'examen des rapports étatiques.

¹⁹⁸⁶ C'est-à-dire considérer que l'invalidité de la réserve demeure sans effet sur le consentement de l'État réservataire à la convention.

¹⁹⁸⁷ Cnqs. Sur une telle conception, voir I. AL MAFREGY, *Essai sur les caractéristiques essentielles du droit musulman et sa conception des droits de l'homme*, thèse Montpellier, 1974, p. 307 et s..

décision du tribunal tandis qu'elle n'impose pas cette condition à son époux»¹⁹⁸⁸. La différence entre les États musulmans et les États occidentaux dans la perception concrète du principe d'égalité est si accusée qu'elle vide de sens ou du moins relativise grandement l'unanimité que recueille sa formulation abstraite.

Tous les États s'accordent également sur la nécessité d'évaluer toute situation à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant. En son nom, cependant, toute solution est susceptible de se justifier sincèrement. La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel de ne pas avoir accordé l'*exequatur* à une décision de justice tunisienne qui avait attribué la garde de deux enfants à leur père de nationalité tunisienne au détriment de leur mère de nationalité française¹⁹⁸⁹. De son point de vue, la cour d'appel a estimé à bon droit « *qu'une décision, qui en matière de garde d'enfants après divorce, se réfère à des critères de principe, et non à la prédominance de l'intérêt effectif des enfants, en fonction de données concrètes, ne répondait pas aux exigences de l'ordre public français, même atténué* ». La solution retenue par la juridiction tunisienne s'inspirait pourtant de l'intérêt supérieur de l'enfant ! Simplement, elle lui avait donné corps selon une sensibilité à ce point particulière qu'elle heurtait les conceptions fondamentales, peut-être tout aussi particulières, d'un État tiers, en l'occurrence, la France. L'opposition est d'autant plus remarquable qu'elle se manifeste au sein de l'entreprise d'universalisation des valeurs dont l'incarnation au sein des différentes cultures semble irrémédiablement conduire à des divergences. La Convention relative aux droits de l'enfant n'échappe donc pas au phénomène¹⁹⁹⁰. Les États y ont massivement adhéré sans hésiter à livrer, comme peut le suggérer son préambule¹⁹⁹¹, leur propre lecture des droits garantis. Les réserves et les déclarations réitèrent le conflit de civilisation¹⁹⁹² constaté à propos de la CEDEF et illustrent l'attachement des États à leur propre culture¹⁹⁹³, parfois jusqu'à l'extrême¹⁹⁹⁴.

¹⁹⁸⁸ Texte de la réserve égyptienne (la réserve marocaine est, en substance, identique).

¹⁹⁸⁹ Civ. 1^{ère} 30 janvier 1979 Bayar c/ Dame Nemeth, précité.

¹⁹⁹⁰ La considération de l'intérêt supérieur de l'enfant a tout à la fois conduit le Comité des droits de l'enfant à juger incompatibles avec la CIDE les législations organisant le secret des origines à l'occasion d'une procréation médicalement assistée ou d'un accouchement sous x et fourni aux États mis en cause le substrat de la justification de leur attitude.

¹⁹⁹¹ Alinéa 11 : « *Tenant dûment compte de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant* ».

¹⁹⁹² Cf. les réserves émises par l'Arabie Saoudite, Brunei Darussalam, l'Égypte, les Émirats arabes unis, l'Iran, la Jordanie (qui ne se considère pas liée par les articles 14, 20 et 21 « *qui contreviennent à la tolérante loi islamique* »), le Koweït, la Malaisie, les Maldives, la Mauritanie, Oman, le Qatar, la Syrie.

¹⁹⁹³ Cf. les réserves formulées par Djibouti (qui ne se considère pas lié « *par les dispositions ou articles incompatibles avec sa religion et ses valeurs traditionnelles* »), Kiribati (« *la République de Kiribati considère que les droits de l'enfant tels qu'ils sont définis dans la Convention, notamment aux articles 12 à 16, doivent être exercés dans le respect de l'autorité parentale, conformément aux coutumes et traditions kiribatiennes concernant la place de l'enfant au sein de la famille et en dehors de celle-ci* »), Singapour (qui estime que les

408. La volonté récurrente des États à préserver leurs différences et à les expliquer ouvre la voie à un relativisme beaucoup plus marqué¹⁹⁹⁵. Il ne serait pas simplement relatif, mais absolu ou radical¹⁹⁹⁶ au sens où les droits de l'homme, fondés sur la nature humaine, ne sont pas nécessairement synonymes de modernité et ne se situeront jamais, que ce soit à court, à moyen ou à long terme, à la base de toutes les sociétés humaines.

2 La contingence de la conception de l'homme dans la société

409. Qu'est-ce en effet que cette nature humaine dont on prétend inférer des droits¹⁹⁹⁷ lorsque le culturalisme enseigne « *que les traits de caractère que nous qualifions de masculins ou de féminins sont pour un grand nombre d'entre eux, sinon en totalité, déterminés par le sexe d'une façon aussi superficielle que le sont les vêtements, les manières ou la coiffure qu'une époque assigne à l'un ou l'autre sexe* »¹⁹⁹⁸. Elle est ainsi le produit d'une définition volontariste et « *dépend de la découverte que fait l'homme de sa propre humanité, par un cheminement historique* »¹⁹⁹⁹. Se dresse alors un obstacle majeur à

articles 12 à 17 doivent s'exercer, à la lumière des articles 3 et 5, « *dans le respect de l'autorité des parents, des enseignants et des autres personnes à qui est confiée la garde de l'enfant, et dans l'intérêt de ce dernier ainsi que conformément aux coutumes, valeurs et religion de la société pluriraciale et pluriethnique de Singapour en ce qui concerne la place de l'enfant au sein de la famille et hors de celle-ci* »).

¹⁹⁹⁴ Singapour déclare ainsi que les articles 19 et 37 « *n'interdisent pas l'imposition judiciaire de châtiments corporels dans l'intérêt de l'enfant* ». Voir également la déclaration de l'Indonésie qui affirme simplement qu'elle garantit déjà les droits de l'enfant et qu'en conséquence elle n'appliquera certaines dispositions de la CIDE que conformément à sa Constitution.

¹⁹⁹⁵ La conférence mondiale sur les droits de l'homme tenue en 1993 est ainsi diversement appréciée. L'enthousiasme manifesté par M. Tavernier (« L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », *RTDH* 1997 p. 388 et s.) tranche avec le réalisme affiché par M. Samuel Huntington dans son ouvrage *Le choc des civilisations*. Parmi les événements qui ont eu lieu durant le premier semestre de l'année 1993 et qui attestent « *la pertinence du paradigme civilisationnel au regard du monde nouveau qui naît* » (p. 39), Huntington cite en effet « *la confrontation, à la conférence de Vienne sur les droits de l'homme, entre l'Ouest, mené par le Secrétaire d'État américain Warren Christopher, qui dénonçait le "relativisme culturel", et une coalition de pays musulmans et confucéens qui rejetait "l'universalisme occidental"* » (p. 40). Et, de son point de vue, cette conférence s'est soldée par un échec de l'Occident et corrélativement une victoire de la coalition islamasiatique (p. 285 et s.).

¹⁹⁹⁶ P. TAVERNIER, *loc. cit.*, p. 385 et s..

¹⁹⁹⁷ Tel est, en effet, dans une perspective occidentale, le fondement traditionnel des droits de l'Homme (cf. A. CASSESE, *loc. cit.*, p. 13 ; G. COHEN-JONATHAN, « Universalité et singularité des droits de l'homme », *RTDH* 2003 p. 11 ; N. ROULAND, « La doctrine juridique chinoise et les droits de l'homme », *RUDH* 1998 p. 18). Voir également, J. MOURGEON, « Les droits de l'être humain, destructeurs de sa liberté », in *Territoires et liberté, Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 391 : « *Si la nature humaine au sens premier, physiologique, se compose d'organes et de leurs fonctions, elle ne contient pas de droits et ses pulsions telles que le caprice ou le désir ne peuvent en tenir lieu* » (p. 396).

¹⁹⁹⁸ M. MEAD, *Mœurs et sexualité en Océanie*, Plon, coll. Terre humaine, 1969, p. 252.

¹⁹⁹⁹ N. ROULAND, *loc. cit.*, p. 18. Voir également, P.-H. IMBERT, « L'apparente simplicité des droits de l'homme. Réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *RUDH* 1989 p. 24 ; R. M. K. KOUDE, « Peut-on, à bon droit, parler d'une conception africaine des droits de l'homme ? », *RTDH* 2005 p. 544.

l'universalisme et accrédite la thèse relativiste et culturaliste dont il serait erroné de penser qu'elle postule l'immutabilité des cultures. Simplement, elle insinue qu'elles ne convergent pas toutes vers un point unique et en cela s'oppose à l'évolutionnisme culturel qui considère « *chaque type de civilisation comme un état figé d'une ample évolution de l'humanité guidée par le progrès vers un sommet commun* »²⁰⁰⁰ que l'on nomme civilisation, là, et universalisme des droits de l'homme, ici²⁰⁰¹.

410. La conception de l'homme, de sa place au sein de la société et de ses droits est, dans une large mesure, liée à la culture, aux mœurs et aux traditions. Fondamentalement, la conception musulmane se caractérise par une référence constante à la volonté divine. Les seuls droits dont l'homme est titulaire ne dérivent pas de sa nature. Ils lui sont attribués une fois pour toute par le Créateur²⁰⁰². La pensée hindouiste se singularise tout autant. Elle développe l'idée selon laquelle « *l'humanité ne possède pas une nature qui la rendrait spécifiquement différente des autres formes de vie. Elle est simplement plus évoluée* »²⁰⁰³. En outre, elle incline, à l'instar des conceptions bouddhistes et animistes, à soumettre l'individu à l'autorité du chef²⁰⁰⁴. L'homme est perçu davantage comme un être de devoirs que de droits.

²⁰⁰⁰ S. CLAPIER VALLADON, *Panorama du culturalisme*, EPI, 1976, p. 18. Dans le même sens, S. P. Huntington récuse l'idée, propre à l'Occident, d'une civilisation universelle (*op. cit.*, p. 69 et s.) qui repose sur les présupposés suivants : la chute de l'URSS marquerait la fin de l'Histoire par la victoire du monde libre et de la démocratie (or, la diversité des régimes politiques s'est maintenue et la démocratie politique apparaît de plus en plus comme un choix de civilisation); les interactions (commerce, tourisme, investissements, communications électroniques) engendreraient une culture mondiale commune comme l'aboutissement de la modernisation (cependant, la modernisation d'une société donnée ne s'accompagne pas nécessairement de son occidentalisation et, « *fondamentalement, le monde est en train de devenir plus moderne et moins occidental* » (p. 92)).

²⁰⁰¹ L'ensemble de la littérature se rapportant à la question de l'universalité des droits de l'homme traduit une adhésion à cette idée. Le vocabulaire employé est très caractéristique et, d'une manière générale, si les auteurs concèdent l'existence de divergences, elles ne constituent jamais un obstacle fondamental à l'universalisme, car, en toute hypothèse, il ne s'agit que de clivages temporaires émaillant une évolution, sinon linéaire, du moins dont le point d'arrivée n'est guère mis en doute. En ce sens, voir Y. MADIOT, « Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit », *LPA* 1992 n° 130 p. 6 et n° 131 p. 5.

²⁰⁰² Sous ce rapport, cf. le très révélateur préambule de la Déclaration islamique universelle des droits de l'homme : « *Forts de notre conviction que l'intelligence humaine est incapable d'élaborer la voie la meilleure en vue d'assurer le service de la vie, sans que Dieu ne la guide et ne lui en assure révélation* » ; « *Nous, les Musulmans, ... nous proclamons cette Déclaration ... des droits de l'homme tels qu'on peut les déduire du très noble Coran et de la très pure tradition prophétique (Sunna). À ce titre, ces droits se présentent comme des droits éternels qui ne sauraient supporter suppression ou rectification, abrogation ou invalidation. Ce sont des droits qui ont été définis par le Créateur (à lui la louange) et aucune créature humaine, quelle qu'elle soit, n'a le droit de les invalider ou de s'y attaquer* ». Adde P. HERMANN, *L'existence d'une conception des droits de l'homme propre aux États musulmans*, mémoire Montpellier I, 1999, p. 19 ; S. LAGHMANI, « Islam et droits de l'homme », in G. Conac et A. Amor (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Economica, 1994, p. 42.

²⁰⁰³ N. ROULAND, *loc. cit.*, p. 20.

²⁰⁰⁴ A. CASSESE, « Les droits de l'homme sont-ils véritablement universels ? », *RUDH* 1989 p. 15 ; J. MOURGEON, « L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit », in *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen-Jonathan. Volume II*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1266. Voir également R. M. K. KOUDE, *loc. cit.*, p. 545 et s..

Il n'existe pas une seule vision du monde ni une seule voie pour mener à la modernité. La répudiation en constitue un exemple. Ainsi, remarque Mme Roula El Husseini²⁰⁰⁵, elle fait l'objet de diverses déclinaisons dans les législations positives qui opèrent une conciliation entre le message de l'Islam et les impératifs d'une société policée où l'état des personnes intéresse l'autorité publique. Par conséquent, « *la rencontre entre le droit français et la répudiation islamique n'est pas un choc entre un droit moderne et une institution plus que millénaire mais bien celui de deux droits qui ont des conceptions différentes de la modernité* »²⁰⁰⁶. Les États œuvrent tous pour la modernité, mais, pour autant, ils n'estiment pas nécessaire de céder au kéralisme. Or, la démocratie politique et les droits de l'homme tels qu'ils résultent de l'ONU paraissent indéfectiblement liés à l'Occident.

411. L'objet de ces développements n'est pas de contester les droits de l'homme en tant qu'idéal de civilisation²⁰⁰⁷, mais seulement en tant qu'idéal universel²⁰⁰⁸ lorsqu'il se rapporte aux relations de droit privé. À dire vrai, remarque M. René-Jean Dupuy²⁰⁰⁹, « *l'Europe elle-même avait donné à cette contestation ses meilleurs arguments. Anthropologues et ethnologues y avaient démontré le relativisme des cultures et, par voie de conséquence, leur égalité de principe. C'était faire tomber l'Europe de son piédestal culturel sur lequel elle s'était établie et d'où elle professait, pour le reste du monde, des valeurs présentées comme des évidences. Si tous les systèmes se valent, on ne voit plus de centre. Les valeurs ne sont que des vérités systémiques émergeant d'un milieu social et mental particulier. Dès lors les valeurs européennes ne peuvent plus prétendre à l'évidence. Elles deviennent, comme les*

²⁰⁰⁵ R. EL HUSSEINI, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *RCDIP* 1999 p. 427.

²⁰⁰⁶ *Ibid.*, p. 433.

²⁰⁰⁷ Pour un aperçu édifiant d'une telle contestation, J. PARAIN-VIAL, « La critique des droits de l'homme chez Michel Villey, Simone Weil et Gabriel Marcel », *Droit et culture. Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, L'Harmattan, 1991, n° 22, p. 157 ; J. FOYER, « Droits internationaux des droits de l'homme et ordre public international », in *Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme, Mélanges Raymond Goy*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 344 et s., Y. LEQUETTE, note sous CA Paris 14 juin 1994 Osmar B., *RCDIP* 1995 p. 308 : « *Et de fait, nombre de règles aujourd'hui couvertes par l'étiquette des droits de l'homme sont des créations totalement artificielles, commandées non pas la nature de l'homme mais par le "prêt à penser" ambiant* » (p. 316). « *Plus, au reste, la notion de droit de l'homme s'étendra, plus elle ira en s'affadissant et se banalisant et moins elle appellera le respect. Ici comme ailleurs, l'inflation aura pour corollaire la dévaluation* » (p. 317). Voir également, G. COURTOIS, « Le procès des droits de l'homme », *Droit et culture. Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, L'Harmattan, 1991, n° 22, p. 153.

²⁰⁰⁸ Sans négliger le poids de l'Histoire et des cultures, M. Rouland estime que l'universalité demeure envisageable à la double condition que les différentes cultures puissent se nourrir les unes des autres et que chacun affiche une volonté de « *dépasser certaines spécificités pour mettre en avant les points d'accord plutôt que de discorde* » (« À propos des Droits de l'homme : un regard anthropologique », *Droits fondamentaux*, n° 3, janvier-décembre 2003, p. 150 [www.droits-fondamentaux.org]).

²⁰⁰⁹ R.-J. DUPUY, « Les ambiguïtés de l'universalisme », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, Pédone, 1991, p. 275.

autres, valeurs de référence, propres à une région déterminée ». L'éviction d'une norme étrangère au nom de la CEDH ne répond donc nullement à l'accomplissement d'une mission sacrée ou d'un dû à la modernité²⁰¹⁰. Elle n'est que la manifestation d'une incompatibilité d'une norme avec des valeurs particulières. Elles sont certes communes à un groupe d'État, mais par cela seul, elles n'acquièrent pas une légitimité plus grande que l'intervention d'une exception d'ordre public nationale. Les juges français, par exemple, conscients de telles limites, n'ont jamais prétendu agir au nom de l'humanité. Si l'arrêt *Lautour*²⁰¹¹ intègre dans l'ordre public international les « *principes de justice universelle* », c'est à la condition qu'ils soient « *considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* ». La jurisprudence n'établit donc aucune distinction entre les valeurs qui demeureraient purement nationales et celles qui accèderaient à une certaine universalité. Selon Lerebours-Pigeonnière²⁰¹², elle montre, par-là, qu'elle « *a conscience qu'il existe des divergences même au sujet des notions élémentaires de morale et de justice et qu'elle entend se préoccuper de la conception nationale sans rechercher quelle peut être sa valeur internationale, toujours contestable par un État étranger. L'enseignement de Pascal n'est point oublié*²⁰¹³ »²⁰¹⁴. Le rejet d'une norme étrangère s'opère donc uniquement en fonction des référents de l'ordre juridique d'accueil²⁰¹⁵. C'est la raison pour laquelle un assouplissement des droits et libertés

²⁰¹⁰ Contra A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *Clunet* 2003 p. 721, spéc. p. 731 et s.. L'auteur considère que l'accueil des institutions musulmanes traditionnelles au nom du respect des cultures méconnaît la structure duale des sociétés concernées. Tirailées entre la Tradition et la Modernité, une telle ouverture des ordres juridiques européens réduit les perspectives d'évolution. De son point de vue, en effet, elle donne du crédit à la tendance traditionaliste et « *la renforce à l'intérieur en la reconnaissant à l'extérieur* ». Il estime qu'une responsabilité incombe aux États européens. À chaque occasion, ils doivent rejeter ces normes incompatibles avec les droits de l'homme, conçus comme un idéal universel. Une attitude contraire amputerait le droit de sa fonction pédagogique et constituerait un reniement de soi et de ses valeurs. Comp. J. S. MILL, *De la liberté*, Gallimard, Folio essai, trad. L. Lenglet, 1990, p. 205 : « *Un écrivain moderne, de grand mérite, à certains égards, proposait récemment (pour reprendre ses termes) non pas une croisade, mais une civilisade contre cette communauté polygame, et cela pour mettre fin à ce qui lui semblait être un pas en arrière dans la marche de la civilisation. Je vois la chose de même ; mais je ne sais pas qu'aucune communauté ait le droit d'en forcer une autre à être civilisée. Tant que les victimes de la mauvaise loi ne demandent pas l'aide des autres communautés, je ne puis admettre que des personnes sans rapport aucun avec elle puissent intervenir et exiger la cessation d'un état de choses qui semble satisfaire toutes les parties intéressées, sous prétexte que c'est un scandale pour des gens vivant à quelques milliers de miles de là, et qui n'y ont aucune part et aucun intérêt* ».

²⁰¹¹ Civ. 1^{ère} 25 mai 1948 *Lautour*, précité.

²⁰¹² P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », in *Le droit privé français au milieu du 20^{ème} siècle : études offertes à Georges Ripert. Tome I : études générales, droit de la famille*, LGDJ, 1950, p. 262.

²⁰¹³ « *Plaisante justice qu'une rivière borne ; vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà* ».

²⁰¹⁴ L'éminent auteur estime cependant que l'ordre public international perd son caractère national pour revêtir un caractère universel lorsqu'il se fonde, notamment, sur la DUDH (P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *loc. cit.*, p. 262).

²⁰¹⁵ Il est par conséquent difficile d'adhérer à l'opinion émise par Mme Simon-Depitre en ce qui concerne la valeur du droit de grève (note sous Soc. 16 juin 1983 *RCDIP* 1985 p. 85). Elle doute en effet de sa place au sein de l'ordre public international au motif qu'il manque singulièrement d'universalité (p. 88-89). La question, dans la perspective de l'arrêt *Lautour*, est à la vérité sans pertinence. Peu importe son universalité ou sa relativité dans

conventionnellement garantis serait souhaitable afin que le relativisme et la compréhension qui traversent les mécanismes du droit international privé se reflètent également dans le droit européen des droits de l'homme. Le fait que la Convention s'accommode d'ores et déjà du pluralisme juridique et, dans une certaine mesure, de la diversité des règles au sein du Conseil de l'Europe renforce l'espoir d'une atténuation des droits et libertés adaptée aux exigences de la coordination des ordres juridiques et de l'harmonie internationale des solutions.

B L'atténuation du contrôle européen

412. Lorsque la norme étrangère émane d'un État Partie, son éviction peut n'avoir qu'une incidence faible ou nulle sur la coordination des ordres juridiques en raison des effets potentiellement bilatéraux que produit dans ce cas la CEDH. En revanche, en ce qui concerne les normes, générales ou individuelles, émanant d'États tiers, un tel résultat ne pourra être obtenu que par le biais de la promotion d'un contrôle restreint. La Cour devra alors faire preuve de circonspection dans l'évaluation du respect par les Hautes Parties contractantes des deux principales obligations qui leur incombent, c'est-à-dire, en reprenant la terminologie européenne, se convaincre, d'office ou à l'initiative des individus, que la procédure suivie à l'étranger n'a pas méconnu l'article 6 de la Convention de façon « *flagrante* »²⁰¹⁶, d'une part, et éviter que les appréciations de leurs juges, fondées sur les effets substantiels du jugement étranger ou sur la mise en œuvre de la loi étrangère, se révèlent « *arbitraires* » ou « *abusives* », d'autre part. Les deux temps de l'atténuation appellent quelques observations.

413. La Cour a pu tout d'abord donner l'impression qu'elle retenait de l'adjectif « *flagrant* » une définition étroite et extrêmement rigoureuse. Ainsi, dans l'affaire *Drozd et Janousek*, elle absout la France d'avoir accueilli les effets d'un jugement andorran parce que la procédure qui s'était déroulée à l'étranger ne manquait pas de manière flagrante aux exigences du procès équitable. Acquise à une très faible majorité de douze voix contre onze, la solution participe sans doute d'une conception beaucoup trop lâche du contrôle européen.

la mesure où il s'agit de déterminer la réaction d'un ordre juridique précis face à un élément qui lui est extérieur. Seule compte la valeur que lui accorde l'ordre juridique de référence !

²⁰¹⁶ Voir le point de vue très critique de Mme Muir Watt sur une éventuelle atténuation du contrôle du respect des garanties procédurales (« Contre une géométrie variable des droits fondamentaux », *Justices* 1996 p. 338 : les différences au fond sont admissibles dès lors qu'elles ne dépassent pas « les bornes d'une sphère raisonnable de compétence internationale et que leur jugement est rendu au terme d'un débat qui présente pour le justiciable des garanties analogues à celles qu'il aurait trouvées dans le for requis. De sorte que l'équivalence des garanties procédurales représente en quelque sorte la matrice des autres conditions de régularité. Elle est la seule qui ne sache se passer de vérification par le juge de la reconnaissance (...) et ne puisse par ailleurs tolérer aucune relativité dans sa mise en œuvre »).

Si, dans son principe, l'atténuation se comprend et se justifie, il est cependant nécessaire qu'elle ne restreigne pas à outrance les droits et libertés garantis²⁰¹⁷. Or, en l'espèce, siégeait au sein du Tribunal des Corts l'un des deux chefs de la police, doté par ailleurs d'un pouvoir réglementaire. Dès lors, la décision de la Cour surprend²⁰¹⁸, car, jugée scandaleuse par certains²⁰¹⁹, la présence d'une telle personne dans la juridiction étrangère « *entachait manifestement l'indépendance et l'impartialité de celle-ci* »²⁰²⁰. Elle surprend d'autant plus, sous l'angle méthodologique, que la juridiction strasbourgeoise délègue à l'État le soin d'apprécier le caractère flagrant de l'atteinte à la Convention sans s'assurer véritablement qu'il s'est acquitté de sa tâche avec pertinence et sérieux. Face à l'attitude incompréhensible du juge européen, MM. Cohen-Jonathan et Flauss estiment que mieux vaut supposer « *qu'il ait interprété de manière trop souple les exigences de la Convention, et qu'il ait à tort refusé de statuer, plutôt que de penser qu'il n'ait pas considéré (...) qu'il y avait bel et bien un déni de justice flagrant* »²⁰²¹. L'arrêt *Pellegrini*²⁰²² souligne la justesse du sentiment ainsi exprimé. Il constitue une seconde étape à l'occasion de laquelle la Cour assume enfin en la matière son rôle de gardien ultime des droits et libertés inscrits dans la Convention. Dans la mesure où il ne lui appartient pas d'examiner directement la procédure étrangère, son contrôle tend uniquement à vérifier l'effectivité d'un devoir qui incombe à l'État requis au titre de l'article 13²⁰²³. En d'autres termes, les motifs des juridictions requises doivent revêtir suffisamment d'ampleur afin de déceler une éventuelle violation manifeste de la Convention²⁰²⁴. Or, en l'espèce, la cour d'appel de Florence puis la Cour de cassation italienne se sont bornées, pour l'essentiel, à affirmer que la requérante avait bénéficié d'une procédure contradictoire alors qu'elle établissait d'une part, qu'elle n'avait pas eu connaissance des éléments apportés par

²⁰¹⁷ G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, note sous CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, *RTDH* 1994 p. 107. Voir également l'opinion dissidente commune aux juges Mc Donald, Bernhardt, Pekkanen et Wildhaber sous CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne.

²⁰¹⁸ F. SUDRE, obs. sous CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, *RUDH* 1993 p. 7.

²⁰¹⁹ Opinion partiellement dissidente du juge Cremona sous CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne.

²⁰²⁰ *Ibidem*.

²⁰²¹ G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, note préc., p. 113.

²⁰²² Puisque la décision *Lindberg* précise que, même si elle ne le mentionne pas, la Cour a raisonné en termes de « *déni de justice flagrant* ».

²⁰²³ Cf. *infra* n° 463 et s.. Comp. avec l'hypothèse où l'individu redoute de subir un déni de justice flagrant à l'étranger, CEDH 16 octobre 2001 requête n° 71555/01 Einhorn c/ France : l'appréciation du caractère flagrant se confond avec celle de l'existence de « *motifs sérieux et avérés de croire* » que la procédure étrangère méconnaîtra les prescriptions de l'article 6 de la Convention (§ 33 et s.).

²⁰²⁴ Comp. L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000 : selon l'auteur, l'adjectif « *flagrant* » ne renverrait pas à la gravité de l'atteinte, mais « *au degré de contrôle que doit accomplir l'État requis* » (p. 386, n° 380).

son ex-mari et les témoins, d'autre part, qu'elle n'avait pas disposé d'un délai suffisamment long pour préparer utilement sa défense, enfin, qu'elle n'avait pas été assistée par un avocat. Ces quelques éléments démontraient que la violation des droits de la défense était « *aussi grave que flagrante* »²⁰²⁵ de sorte que la Cour a naturellement jugé que les motifs avancés par les juridictions italiennes n'étaient pas « *suffisants* »²⁰²⁶.

Une même conception du contrôle restreint est perceptible dans la décision Manubat Holding SARL²⁰²⁷, quoiqu'elle se rapporte, sans doute à tort²⁰²⁸, à l'éventuelle responsabilité de la France du fait de la réception des effets d'un jugement italien, soit aux relations entre deux États Parties. À cette occasion, « *la Commission note que la Cour de cassation déclare quant au moyen précité soulevé devant elle : "les juges du second degré ont estimé à bon droit, que ne constituait pas une violation des droits de la défense le fait pour le juge étranger de puiser des éléments de décision dans une expertise dont les résultats étaient contradictoirement débattus devant lui" et d'en conclure "la cour d'appel de Paris a pu en déduire que l'exécution de l'arrêt de la cour de Milan n'était pas contraire à l'ordre public de l'État requis" »*. L'octroi de l'*exequatur* ne s'inscrivait donc pas en opposition avec la CEDH. Le grief se révèle manifestement mal fondé dès lors que le contrôle de la décision étrangère entrepris par les juridictions requises présentait suffisamment de consistance. Que l'expertise n'ait pas été menée contradictoirement est d'une certaine manière compensé par la discussion contradictoire de ses résultats et, en conséquence, ne réalise pas une violation manifeste de la Convention. Le point de vue adopté par la Commission EDH témoigne assurément d'un assouplissement des exigences du texte européen parce que tant la doctrine²⁰²⁹ que la jurisprudence strasbourgeoise²⁰³⁰ ont volontiers tendance à considérer qu'une telle hypothèse méconnaît les garanties du procès équitable.

²⁰²⁵ *Id.*, « Droit au procès équitable et *exequatur* : Strasbourg sonne les cloches à Rome (à propos de l'arrêt Pellegrini c/ Italie du 20 juillet 2001) », *Gazette du Palais*, 21-23 juillet 2002, p. 6.

²⁰²⁶ CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 Pellegrini c/ Italie, préc., § 44.

²⁰²⁷ Commission 3 décembre 1990 requête n° 13478/87 Manubat Holding SARL c/ France.

²⁰²⁸ Cf. *supra*.

²⁰²⁹ F. FERRAND, « Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen », *RIDC* 2-2000 p. 345 : en effet, remarque l'auteur, « *un rapport d'expertise constitue une preuve à la force et au poids considérables : le juge ordonne une expertise lorsqu'il est dépassé par les données techniques du dossier ; pourquoi, alors qu'il s'estime insuffisamment compétent sur les points techniques qu'il demande à l'expert d'examiner, ne suivrait-il pas dès lors de façon (presque) aveugle les conclusions de l'expert qui est un homme de l'art ? C'est pourquoi le déroulement de l'expertise doit être strictement encadré dans le respect de la contradiction entre les parties afin que chacune d'elles soit en mesure de débattre des éléments et documents sur lesquels se fonde l'expert et bénéficie ainsi à la fois d'une égalité des armes et d'un véritable procès équitable* » (p. 368). Dans le même sens, J.-P. MARGUÉNAUD, « Le droit à "l'expertise équitable" », *Dalloz* 2000 p. 111.

²⁰³⁰ Du moins ne l'exclut-elle pas. Cf. CEDH 18 mars 1997 requête n° 21497/93 Mantovanelli c/ France, § 33 et s. ; comp. Civ. 3^{ème} 23 mars 2005 : « *ne tire pas les conséquences légales de ses constatations la cour d'appel*

414. En ce qui concerne les caractères « *arbitraire* » et « *abusif* » liés à l'appréciation de la responsabilité de l'État requis de mettre en œuvre une loi étrangère ou d'assurer la réception des effets substantiels d'un jugement étranger, la jurisprudence européenne ne comporte guère d'indications. Seuls certains motifs de l'affaire *Zvoristeanu* présentent quelque pertinence, malgré son ambiguïté²⁰³¹ et bien qu'elle intéresse inopportunément une norme émanant d'un autre État Partie²⁰³². À leur lumière, il semblerait que l'atténuation du contrôle européen se traduise par un effacement du rigoureux test de proportionnalité au profit d'un test plus souple de légitimité au travers duquel la notion de sécurité juridique occupe une place centrale. La Cour l'évoque en effet à trois reprises, mais il convient certainement d'observer la plus grande prudence parce que, d'une part, la méthode ne connaît aucune autre application positive, et que, d'autre part, les éléments débattus devant la Cour se prêtaient particulièrement bien à une analyse en termes de sécurité juridique et de sécurité des relations familiales.

415. Par conséquent, afin de ménager la sauvegarde des droits fondamentaux et les impératifs du droit international privé, l'atténuation du contrôle européen se révèle indispensable. Cependant, toutes les normes étrangères ne sauraient faire l'objet de la même appréciation. La CEDH se trouve à la base d'une communauté de droit et elle a vocation à remédier à ses discontinuités. En ce sens, seules les atteintes au patrimoine commun actuel des Hautes Parties contractantes justifiera pleinement l'éviction de leur norme. Ainsi, elle participera non seulement à la protection de l'ordre juridique du for, mais également à la coordination des ordres juridiques des États membres du Conseil de l'Europe. En revanche, à l'égard des normes issues d'ordres juridiques tiers, la possibilité que l'éviction produise des effets bilatéraux ou multilatéraux paraît hautement improbable, si bien que l'aménagement du contrôle européen doit suivre une autre voie. En ce sens, seules les violations manifestes des droits et libertés entraîneront une réaction de la Convention. Afin d'éviter la mise en œuvre de sa responsabilité internationale, l'État requis aura alors l'obligation d'évincer la norme étrangère. Un tel système comporte une part d'ombre et manque peut-être de prévisibilité en raison de l'imprécision de mots tels que « *flagrant* », « *arbitraire* » ou « *abusif* ». Néanmoins,

qui retient qu'un rapport d'expertise établi non contradictoirement à la demande d'une partie ne saurait être opposé à la partie adverse et que son examen critique est superflu, alors qu'elle avait relevé que ce rapport avait été régulièrement communiqué ».

²⁰³¹ Parce que ce qui importe ici n'est pas tant le sens de la décision *Zvoristeanu* que les méthodes de solution utilisées par la Cour.

²⁰³² Cf. *supra* n° 378 et s..

il procède de l'analyse du raisonnement de la Cour de Strasbourg et fait donc référence à des éléments qui lui sont familiers. En outre, il paraît beaucoup plus opérationnel qu'un système fondé sur la protection de la substance des droits, une autre notion inhérente à la CEDH, mais dont le caractère opératoire apparaît, à l'examen, plus qu'incertain.

416. Les États disposent ainsi d'une marge de manœuvre. Le rejet de la norme étrangère de même que son acceptation ne s'imposent pas systématiquement. Il serait alors souhaitable qu'ils profitent pleinement de l'atténuation du contrôle de la Cour dans la mesure où il permet de ménager les impératifs du droit international privé sans sacrifier les droits fondamentaux. En d'autres termes, il appartient aux juges des différents États Parties de promouvoir une lecture européenne plutôt que nationale des droits garantis. Un arrêt de la Chambre des Lords du 22 juillet 2004²⁰³³ s'inscrit clairement dans cette démarche. La défenderesse s'opposait à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision américaine de confiscation appliquant la *fugitive disentitlement doctrine*. Sanctionnant un comportement de fuite devant la justice en privant l'appelant de son droit de recours, cette doctrine lui paraissait imprimer à la procédure suivie à l'étranger un caractère inéquitable. Or, au regard de la jurisprudence *Pellegrini*, le Royaume-Uni ne saurait permettre l'exécution d'une telle décision sans engager sa responsabilité internationale. Ce raisonnement, qui repose sur l'imperméabilité du contrôle européen à la localisation de la violation de la Convention, n'a pas recueilli l'adhésion des lords judiciaires. Ils ont au contraire souligné la variabilité du contrôle européen selon que la procédure incriminée s'était déroulée dans l'État requis Partie à la CEDH ou dans un État tiers. De leur point de vue, l'article 6 de la Convention « *n'est de nature à empêcher la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger que dans des circonstances exceptionnelles, en cas de violation fondamentale des droits de la défense par la procédure originelle* ». Dans l'absolu, la *fugitive disentitlement doctrine* est peut-être incompatible avec le droit au procès équitable. Toutefois, dans la mesure où elle se présente comme une réponse à un comportement procédural abusif consistant à se soustraire à l'autorité de la cour et non comme une privation arbitraire du droit de faire appel, elle ne s'analyse pas en une violation fondamentale de l'article 6. Le Royaume-Uni n'engagerait donc pas sa responsabilité en octroyant la force exécutoire à la décision américaine prononçant la déchéance du droit de recours.

²⁰³³ Chambre des Lords 22 juillet 2004 Gouvernement des Etats-Unis c/ Barnette *RCDIP* 2005 p. 315 note H. Muir Watt.

Cependant, les États ne sont pas tenus d'exploiter les ressources de l'atténuation du contrôle européen. En vertu de l'article 53 de la CEDH²⁰³⁴, ils conservent en effet la possibilité d'aller au-delà du standard minimum défini par la Convention. Elle ne saurait donc constituer une entrave à la promotion d'une défense plus rigoureuse des droits et libertés telle que l'illustre, par exemple, la jurisprudence française relative à l'article 5 du Protocole n° 7. Même en l'absence d'une prise de position claire des organes de la Convention, son interprétation pourrait à tout le moins s'inspirer de la souplesse qui caractérise la mise en œuvre de la prohibition des discriminations au titre de l'article 14. Pourtant, excepté l'éphémère restauration de la jurisprudence *Rohbi* par l'arrêt *Douibi* du 3 juillet 2001, la tendance des juridictions françaises, de plus en plus ferme depuis 1997²⁰³⁵, consiste à en déduire des conséquences radicales. Elles conçoivent en effet l'égalité des droits et responsabilités des époux durant le mariage et lors de sa dissolution essentiellement en termes d'identité, si bien que, remarque M. Fulchiron, « *d'une inégalité de droits, on glisse insensiblement vers une simple différence de règles* »²⁰³⁶. L'arrêt *El Madani* rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 1^{er} juin 1994²⁰³⁷ renouvelle en effet le traitement du problème de l'accueil des répudiations acquises à l'étranger. Après s'être nourrie de divers fondements plus ou moins efficaces et convaincants²⁰³⁸, la volonté de lutter contre le pouvoir marital de mettre fin à l'union conjugale se place désormais sur le terrain des droits de l'homme. Toutefois, la teneur de leur participation à l'éviction des effets des répudiations étrangères est longtemps demeurée mystérieuse²⁰³⁹ ou très ambiguë²⁰⁴⁰, hormis dans l'esprit de quelques

²⁰³⁴ « *Sauvegarde des droits de l'homme reconnus : aucune disposition de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie* ».

²⁰³⁵ Cf. Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, préc., notamment lu à la lumière de CA Bordeaux 20 octobre 1998 (*RTDC* 1999 p. 70 note J. Hauser, *RJPF* 1999 n° 5 p.14 note M.-C. Meyzeaud-Garaud).

²⁰³⁶ H. FULCHIRON, « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 366.

²⁰³⁷ Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1994 *El Madani*, précité.

²⁰³⁸ Le désir de tirer profit des effets d'une répudiation dans l'ordre juridique français s'est ainsi heurté à la fraude, tant à la compétence des juridictions françaises qu'aux conséquences d'un jugement français (Civ. 1^{ère} 1^{er} mars 1988 *Senoussi Dalloz* 1988 p. 486 note J. Massip, *RCDIP* 1989 p. 721 note A. Sinay-Cytermann ; Civ. 1^{ère} 6 juin 1990 *Akla*, préc. ; Civ. 1^{ère} 4 mai 1994 *RCDIP* 1995 p. 103 note J. Déprez), et au respect des droits de la défense (Civ. 1^{ère} 6 juin 1990 *Akla*, préc.). Sur les limites de tels procédés, voir, par exemple, M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « Un principe de la CEDH pour neutraliser les répudiations marocaines : l'égalité entre époux », *Droit de la famille* septembre 1998 p. 8 et s..

²⁰³⁹ Si les différents arrêts pertinents mentionnent avec une constance remarquable l'article 5 du Protocole n° 7, la réaction de l'ordre public international n'est pas motivée par une atteinte à l'égalité entre les époux, mais par une méconnaissance des droits de la défense : répudiation intervenue au Maroc hors la présence de l'épouse non appelée à la procédure (Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1994 *El Madani*, préc. ; Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, préc.) ; acte de répudiation rendu non contradictoirement (Civ. 1^{ère} 31 janvier 1995 *Kari*, préc. ; Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995

auteurs²⁰⁴¹ et de certains juges du fond²⁰⁴², les uns et les autres se montrant au demeurant assez définitifs. Deux arrêts du 17 février 2004²⁰⁴³ ont enfin dissipé les incertitudes et confirmé ce que beaucoup pressentait déjà. Les circonstances qui justifiaient naguère une certaine tolérance n'ont nullement pesé sur le raisonnement de la Haute juridiction. Dès lors, peu importe que la répudiation résulte d'une procédure loyale et contradictoire (arrêt n° 256) ou que l'épouse ait bénéficié de garanties financières (arrêt n° 258). Parce que le droit de dissoudre unilatéralement le mariage appartient au seul mari, la répudiation est intrinsèquement contraire à l'égalité des époux inscrite dans la CEDH et telle qu'interprétée par la Cour de cassation française. Le développement d'une conception abstraite de l'égalité a déployé ses effets au-delà de la répudiation. Outre son invocation à l'encontre de l'ancien régime matrimonial suisse de l'union des biens²⁰⁴⁴, elle permet au juge de s'opposer à l'application de la loi qui réserverait à la seule épouse le droit de demander le divorce. Ainsi, la cour d'appel de Bordeaux a considéré que, dans la mesure où elle plaçait le mari uniquement en position de défendeur sans action reconventionnelle, la loi marocaine apparaissait manifestement incompatible avec l'ordre public international français²⁰⁴⁵. La loi,

Fazouane *Bull. civ.* n° 469, *JCP IV* n° 365, *Dalloz* 1996 IR p. 31 ; Civ. 1^{ère} 3 mai 2000 *juridisque Lamy* arrêt n° 793 ; absence de preuve de la convocation effective de l'épouse devant le juge marocain (Civ. 1^{ère} 27 janvier 1998 Séfiani, préc.). Cela équivaudrait à considérer que l'existence de garanties procédurales et financières permettait d'atteindre une certaine égalité de résultat, irrémédiablement absente lors du déclenchement de la procédure (P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997 p. 24).

²⁰⁴⁰ Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, préc. : en l'espèce, les juges du fond avaient considéré que la répudiation dont se prévalait le mari n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international. Réitérant les enseignements de ses précédents arrêts, la Cour de cassation rappelle, au visa des conventions franco-marocaines du 10 août 1981 et du 5 octobre 1957 et de la CEDH, que la reconnaissance d'un acte constatant la dissolution du lien conjugal est subordonnée à la réunion de plusieurs conditions, notamment, le respect des droits de la défense et de l'égalité des droits et des responsabilités entre époux. Or, dans la mesure où les juges du fond n'avaient « *pas recherché si la procédure de répudiation répondait aux exigences des textes susvisés, la cour d'appel n'avait donné de base légale à sa décision* ». En ce sens, la Cour de cassation semble indiquer qu'un contrôle autonome de la répudiation au regard de la CEDH aurait dû être entrepris par la cour d'appel. Ainsi, l'article 5 du Protocole n° 7 aurait véritablement un rôle à jouer ce dont pouvaient faire douter les arrêts antérieurs. Cependant, la Haute juridiction reste prudente et paraît vouloir éviter une telle confrontation sur le fond puisqu'elle ne vise pas l'acte de répudiation en lui-même, mais sa procédure. L'arrêt du 11 mars 1997 ne fait donc guère progresser l'analyse et illustre une nouvelle fois l'indécision de la Cour face à une épineuse question. Une prise de position claire n'interviendra qu'en 2004.

²⁰⁴¹ Voir, par exemple, M.-L. NIBOYET, note sous Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, *Dalloz* 1997 p. 401 : « *On approuvera donc la Cour de cassation d'avoir refusé de reconnaître une répudiation sur le seul fondement de la violation du principe d'égalité des époux* » ; H. FULCHIRON, note sous Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, *JCP* 1998.I.101 : « *l'arrêt rendu le 11 mars 1997 (...) marque un tournant dans l'attitude de la jurisprudence française à l'égard des répudiations musulmanes : est désormais clairement affirmée leur contrariété intrinsèque avec l'ordre public français en matière internationale* ».

²⁰⁴² CA Bordeaux 20 octobre 1998, préc. : « *Attendu qu'il a déjà été jugé au plus haut degré que la procédure de répudiation contredisait cette exigence d'égalité, était manifestement contraire à l'ordre public* ».

²⁰⁴³ Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (arrêts n° 256 et 258), précité.

²⁰⁴⁴ Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, précité.

²⁰⁴⁵ CA Bordeaux 20 octobre 1998, précité. Comp. CA Toulouse 6 février 2001 www.legifrance.gouv.fr : « *Les articles 53, 56 et 57 de la loi marocaine dont il est demandé application prévoient la possibilité pour le juge de*

notamment marocaine, est par conséquent destinée à être systématiquement évincée puisqu'elle organise la possibilité d'obtenir la dissolution du lien matrimonial selon des voies propres à chacun des époux. La répudiation méconnaît le principe d'égalité parce qu'elle est une prérogative maritale de même que le divorce lui porte atteinte parce qu'il est une prérogative matriarcale²⁰⁴⁶. M. Hauser se demande, dès lors, s'il n'est pas concevable de déchiffrer un équilibre à travers un tel système²⁰⁴⁷. À défaut, la perception abstraite du principe d'égalité aura pour résultat la mise à l'écart de « *toutes les règles fondées sur l'idée que l'homme et la femme ont des rôles différents et complémentaires dans la famille, ce qui se traduit juridiquement par des droits et responsabilités propres : soit tout le droit des relations conjugales ainsi que tout le droit de l'autorité parentale de la plupart des pays musulmans* »²⁰⁴⁸. Peut-on alors vraiment se réjouir de la progression du principe d'égalité dans le droit international privé français et s'enorgueillir du message qu'il adresse aux convictions partagées par un milliard d'être humains²⁰⁴⁹ ? Pourtant, récemment saisie du problème de la compatibilité de la réception des effets d'une répudiation dans l'ordre juridique français avec l'article 5 du Protocole n° 7²⁰⁵⁰, il est hautement probable que la Cour de Strasbourg confirmera la position rigoureuse adoptée par la Cour de cassation dans le dernier état de sa jurisprudence. Faut-il pour autant clore le débat ? Nous ne le croyons pas. La difficulté demeure parce que, nonobstant l'article 53 de la CEDH, la conventionnalité de la promotion d'un standard aussi élevé de protection n'est pas assurée. Dans la mesure où elle affecte une situation relevant du domaine matériel de la Convention²⁰⁵¹, l'éviction s'apparente

prononcer le divorce des époux à la demande de la femme et au regard des torts reprochés au mari selon des conditions qui ne sont pas incompatibles avec la conception française de l'ordre public international ».

²⁰⁴⁶ Voir CA Douai 30 avril 2003 www.legifrance.gouv.fr : sur la demande reconventionnelle du mari ; « *dans la mesure où la loi marocaine ne permet pas au mari de demander le divorce pour faute de l'épouse mais lui ouvre uniquement la voie de la répudiation alors que l'épouse peut solliciter le divorce dans de nombreuses hypothèses en application des articles 53 à 58 de la Moudawana, il convient d'appliquer la loi française à la demande de dissolution du mariage présentée par le mari en écartant la loi marocaine en ce qu'elle ne respecte pas le principe d'égalité des époux dans la dissolution du lien matrimonial, incompatibilité manifeste avec l'ordre public à raison d'une inégalité de droits par distinction opérée suivant le sexe des époux, discrimination contraire à l'ordre public français* ». Assez curieusement cependant, la cour d'appel a accueilli la demande en divorce de la femme fondée sur la loi marocaine.

²⁰⁴⁷ J. HAUSER, note sous CA Bordeaux 20 octobre 1998, *RTDC* 1999 p. 70.

²⁰⁴⁸ H. FULCHIRON, « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 366.

²⁰⁴⁹ É. AGOSTINI, note sous Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, *Dalloz* 1999 p. 673.

²⁰⁵⁰ CEDH 3 mai 2005 requête n° 3/02 D. D. c/ France.

²⁰⁵¹ Ce qui exclut notamment la possibilité de se prévaloir de la CEDH pour contracter une union polygamique puisque son article 12 vise le « *mariage traditionnel* » (CEDH 17 octobre 1986 requête n° 9532/81 Rees c/ Royaume-Uni, § 49 ; CEDH 27 septembre 1990 requête n° 10843/84 Cossey c/ Royaume-Uni, § 43 ; CEDH 30 juillet 1998 requêtes n° 22985/93 et 23390/94 Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni, § 66 ; voir également, M. Levinet, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2004

à une limitation systémique, c'est-à-dire « *la limitation d'un droit conventionnel motivée par la défense d'un autre droit conventionnel* »²⁰⁵², dont la résolution manque encore de netteté²⁰⁵³. Certes, en ce qui concerne les normes imprégnées de religion, leur rejet ne soulèvera aucun problème du point de vue de l'article 9 de la Convention²⁰⁵⁴, mais, d'une manière générale, l'absence de reconnaissance d'une situation relative au statut personnel régulièrement acquise à l'étranger constituera une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et/ou familiale d'un ou plusieurs individus²⁰⁵⁵. *Quid* de l'époux décidant une répudiation ou de l'épouse obtenant le divorce qui ont reconstruit une famille et à qui on oppose l'irrégularité internationale de la dissolution de leur précédent mariage ? *Quid* des enfants et des conjoints si le principe d'égalité s'oppose en toute hypothèse à la polygynie et à la polyandrie ? *Quid* du règlement de la succession d'une personne dans laquelle une femme pourrait légitimement avoir des droits si le for refuse de reconnaître systématiquement la répudiation ? Que l'État se prévale du seul article 53 de la Convention ne lui permettra pas de se soustraire à une éventuelle responsabilité. Bien que l'arrêt *Chassagnou*²⁰⁵⁶, considéré comme l'arrêt de référence en matière de conflit de droits²⁰⁵⁷, lui accorde une substantielle marge de manœuvre²⁰⁵⁸, il lui faudra quand même justifier pourquoi tel droit l'a emporté sur

n° 60 p. 893), et, en ce sens, le principe monogamique s'oppose légitimement à ce qu'une personne puisse contracter une nouvelle union avant que la précédente ne soit dissoute (CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82 Johnston et autres c/ Irlande, § 52). De même, nul ne saurait se prévaloir de la Convention pour contester le refus du juge du for de mettre en œuvre une loi étrangère autorisant la répudiation puisqu'elle ne consacre pas un droit à la dissolution du mariage (CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82 Johnston et autres c/ Irlande, § 51 et s. ; CEDH 18 décembre 1987 requête n° 11329/85 F. c/ Suisse, § 38).

²⁰⁵² S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 109, n° 132.

²⁰⁵³ Voir, sur cette question, les observations très fines de M. Sébastien Van Drooghenbroeck (*op. cit.*, p. 111 et s., n° 134 et s.). Voir également les propositions formulées par Mme Léna Gannagé in *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, p. 241 et s., n° 333 et s.

²⁰⁵⁴ D. COHEN, « La CEDH et le droit international privé », *RCDIP* 1989 p. 479, note 51. D'une part, en effet, la Cour rappelle fréquemment que « *l'article 9 ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction* » (CEDH 26 octobre 2000 requête n° 30985/96 Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie, § 60 ; CEDH 24 février 1998 requêtes n° 23372/94, 26377/94 et 26378/94 Larissis et autres c/ Grèce, § 45 ; Commission 11 avril 1996 requête n° 24095/94 Efstathiou c/ Grèce, § 49). D'autre part, même si la religion imprègne la norme étrangère, il convient de distinguer le commandement divin du droit positif. Sa réalisation peut difficilement être assimilée à l'accomplissement d'un rite ou à la manifestation d'une croyance puisqu'il régit la vie de tous, indépendamment de leur conviction profonde, et qu'il ne traduira pas nécessairement le message divin dans toute sa pureté (cf. Commission 6 décembre 1983 D. c/ France).

²⁰⁵⁵ Cf. *supra* n° 269 et s. ; voir également, L. GANNAGÉ, *op. cit.*, p. 241, n° 233. Voir encore les interrogations de M. Courbe in « *Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français* », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 251.

²⁰⁵⁶ CEDH 29 avril 1999 requêtes n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95 Chassagnou et autres c/ France.

²⁰⁵⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 113, n° 138.

²⁰⁵⁸ CEDH 29 avril 1999 requêtes n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95 Chassagnou et autres c/ France : « *En l'espèce, le seul but invoqué par le gouvernement pour justifier l'ingérence incriminée est celui de la "protection des droits et libertés d'autrui". Si ces "droits et libertés" figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention et ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les États à*

tel autre²⁰⁵⁹. Il n'est donc pas exclu que le refus de mettre en œuvre une norme étrangère ou d'en reconnaître les effets motivé par la CEDH réalise un manquement à cette même convention. Ainsi, la liberté de l'État n'est pas infinie, ni dans un sens ni dans l'autre.

restreindre d'autres droits et libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une "société démocratique". La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les États doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante, les autorités nationales étant en principe mieux placées que le juge européen pour évaluer l'existence ou non d'un "besoin social impérieux" susceptible de justifier une ingérence dans l'un des droits garantis par la Convention » (§ 113).

²⁰⁵⁹ L. GANNAGÉ, *op. cit.*, p. 241 et s., n° 233 et s. ; L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 354, n° 344. *Contra* C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001, p. 310 et s., n° 422 et s. : l'auteur conteste la réalité d'un conflit de droits dans une telle hypothèse ou tout au moins insiste sur sa rareté. Cependant, la faible fréquence du phénomène, même si elle était établie, ne constitue pas argument suffisant pour nier la difficulté.

CONCLUSION DU TITRE I

417. Pour être logique et techniquement juste, la pleine applicabilité de la CEDH à l'encontre de l'ensemble des normes étrangères n'apparaît pas dans tous les cas opportune. Lorsqu'elles émanent d'États tiers, il est hautement probable qu'elles ne répondent pas parfaitement à un patrimoine de valeurs qui, au reste, ne leur est pas familier. Et, lorsqu'elles proviennent d'une Haute Partie contractante, il n'est pas certain qu'elles traduisent ce patrimoine de la même façon que l'État requis. Dans un cas comme dans l'autre, leur éviction systématique engendrerait une discontinuité radicale des ordres juridiques. Certes, classiquement, le droit international privé n'exclut pas une telle éventualité. Cependant, bien que l'objectif de l'harmonie internationale des solutions ne constitue qu'un idéal, l'ensemble des mécanismes de la matière tendent à s'en rapprocher plutôt qu'à s'en éloigner, y compris ceux dont le rôle est précisément d'y faire échec. La protection de l'ordre juridique qu'ils instituent est le fruit d'un équilibre qu'il peut être à propos de réévaluer, mais sûrement pas de rompre. Or, les États ne disposent que d'une marge de manœuvre limitée parce que, en dernier lieu, il appartient à la Cour de Strasbourg de se prononcer sur le respect de la Convention. Aussi le risque d'une responsabilité internationale incite-t-elle les États à observer les derniers développements des droits et libertés conventionnellement garantis. C'est la raison pour laquelle il convient que la rationalité propre du droit international privé opère d'abord au sein de la jurisprudence de la Cour européenne. Ensuite seulement, il sera possible de déterminer la technique, le cas échéant inédite, qui permettra de répondre au mieux à la sauvegarde des droits fondamentaux. La réciprocité d'influence paraît alors inéluctable. En somme, relève M. Fulchiron, « *si le droit international privé doit s'adapter au développement actuel des droits fondamentaux, il importe également que les droits fondamentaux prennent en considération les exigences particulières du droit international privé* »²⁰⁶⁰.

418. À cette fin, elles agissent sur l'intensité de la violation de la CEDH. L'extranéité de la norme tout comme le renforcement de la coopération internationale, tendance normalement favorable aux individus, invitent à porter sur les normes étrangères un jugement empreint de mansuétude. Au demeurant, la mise en œuvre de la CEDH s'accommode d'ores et déjà du pluralisme. À l'égard des Hautes Parties contractantes, il est inhérent à la logique

²⁰⁶⁰ H. FULCHIRON, *loc. cit.*, p. 386.

proportionnaliste. Pourquoi devrait-il s'effacer à l'égard des États tiers ? La variabilité du standard de protection n'est pas sans soulever des difficultés, mais elle est inscrite dans la Convention et rien n'empêche son adéquation aux particularités de la matière. Dès lors, la méconnaissance de la CEDH ne peut être envisagée de la même façon selon l'origine de la norme étrangère qui a vocation à déployer ses effets dans l'ordre juridique d'un État partie. Si elle relève du patrimoine commun de valeurs dont la Cour de Strasbourg assure la défense et la promotion, mais qu'elle s'en écarte, son éviction s'impose si elle ne se justifie dans aucun contexte, notamment dans l'ambiance de l'ordre juridique d'origine. Il s'agit là d'une anomalie qu'il convient de corriger. En revanche, si elle lui est extérieure, faut-il faire prévaloir un degré élevé d'exigences qui n'a été atteint qu'en scrutant les évolutions et les aspirations communes des États qui forment le Conseil de l'Europe ? Si l'idée d'une certaine relativité des droits de l'homme n'est guère opératoire²⁰⁶¹, elle constitue cependant une donnée qu'il serait regrettable d'occulter. Une fois encore, qu'elle se réalise au nom de conceptions purement nationales ou sur le fondement des droits contenus dans la CEDH tels qu'interprétés par la Cour de Strasbourg, l'éviction d'une norme étrangère demeure une réaction particulariste. Elle ne correspond nullement à un acte de Civilisation. Cela ne signifie pas pour autant que ses conséquences sur la coordination des ordres juridiques n'aient aucune importance. Le respect des prévisions légitimes des individus et la continuité de leur statut, qui, dans une certaine mesure, participent de la promotion des droits fondamentaux²⁰⁶², appellent une application modérée de la Convention comme ils ont contribué à l'élaboration de l'effet atténué de l'ordre public. Ainsi, seules les atteintes manifestes qui lui sont concrètement infligées ne sauraient être tolérées. Et, à cet égard, il y a lieu de faire un usage circonspect et compréhensif de l'égalité des droits et responsabilités des époux. En effet, certains aménagements des relations privées, abstraitement condamnables, peuvent se révéler, concrètement et/ou dans une perspective globale, plus acceptables et non dénués de légitimité.

²⁰⁶¹ L. GANNAGÉ, note sous Civ. 1^{ère} 17 février 2004, *Clunet* 2004 p. 1200.

²⁰⁶² Cf. *supra* n° 269 et s..

TITRE II

LA RÉALISATION INTERNE DE LA PROTECTION

419. Du point de vue de Strasbourg, l'extranéité de la norme ne constitue pas une cause exclusive de responsabilité. L'observation de la CEDH s'impose donc lorsque le juge d'un État Partie est requis de s'en remettre à une loi étrangère ou de faire produire des effets à une décision de justice étrangère. En dépit de quelques hésitations, l'exemple français témoigne des velléités des tribunaux internes à assurer le respect de la CEDH face à toutes les normes, y compris celles émanant d'un ordre juridique tiers à la Convention. Une telle attitude ne peut qu'entraîner l'approbation, car, dans cette hypothèse, ce n'est pas tant l'État d'origine qui est en cause que l'État requis. En effet, en raison du cloisonnement et de la circularité des ordres juridiques, l'État requis détermine seul les conditions auxquelles les normes étrangères doivent impérativement satisfaire afin que les individus puissent en bénéficier en son sein. Le pouvoir et la maîtrise qu'il détient ont pour corollaire naturel la responsabilité. Dès lors qu'elles sont susceptibles d'entraîner une violation de la Convention, il lui appartient d'évincer les lois étrangères normalement compétentes et de déclarer internationalement irrégulières les décisions de justice dont souhaitent se prévaloir les plaideurs.

420. Parce qu'il stigmatise avant tout l'attitude de l'État requis, par hypothèse Partie à la CEDH, un tel raisonnement n'institue en aucun cas une responsabilité du fait d'autrui, « *laquelle consisterait à attribuer à un État les faits d'un autre sujet de droit* »²⁰⁶³. Néanmoins, même s'ils n'interviennent qu'à l'arrière plan, ni la configuration internationale de la situation, ni ses enjeux spécifiques ne sont négligés. L'appréciation d'une éventuelle responsabilité implique par conséquent de prendre en considération le droit étranger. L'enjeu est d'importance, car astreints d'une manière ou d'une autre à vérifier la conventionnalité de la norme étrangère qu'ils sont requis de mettre en œuvre, les États ne sauraient, sans engager leur responsabilité internationale, conférer aux droits et libertés conventionnellement garantis une relativité dont ils seraient dépourvus. En revanche, ouverts aux impératifs du droit international privé, les États retrouvent la liberté de traduire leurs exigences dans leur ordre juridique. La mise en œuvre de la CEDH se présente alors sous la forme d'une alternative entre le recours aux techniques du droit international privé, le cas échéant modifiées, et le

²⁰⁶³ L. SINOPOLI, *op. cit.*, p. 219, n° 202.

recours à l'effet direct de la Convention. La seconde voie paraît de prime abord préférable parce qu'elle permet une meilleure appréciation des droits des individus en évitant le prisme éventuellement déformant d'un mécanisme de droit interne.

421. Par conséquent, la permanence de la responsabilité étatique, lorsque la situation relève d'une norme étrangère, constitue le fondement de l'obligation pour les Hautes Parties contractantes d'assurer la protection de leur ordre juridique selon le modèle proposé par la Cour de Strasbourg (chapitre I). Le respect des exigences européennes, même définies en considération de l'élément d'extranéité, implique alors l'aménagement des techniques permettant la réalisation de cet objectif du droit international privé (chapitre II).

Chapitre I Permanence de la responsabilité étatique face aux normes étrangères

422. Le produit de la méthode conflictuelle ou la réception d'une décision de justice étrangère exposent-ils dans tous les cas l'État à un éventuel constat de violation de la CEDH ? Il n'est guère contesté, ni contestable, qu'il demeure responsable lorsque la loi du for s'applique à la relation privée internationale. En revanche, des doutes s'élèvent à cet égard dans l'hypothèse où la règle de conflit désigne une loi étrangère, qu'elle émane d'un autre État partie à la Convention ou d'un État tiers au système européen de garantie des droits et libertés fondamentaux. Les arguments varient suivant les cas, mais reposent pour l'essentiel sur l'idée selon laquelle les règles de conflit contribuent à délimiter le domaine personnel et spatial de la Convention. Des hésitations du même ordre concernent la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Si leur contenu contrarie la CEDH ou si leur élaboration résulte d'une procédure heurtant les exigences du droit au procès équitable, on ne saurait occulter que ces imperfections se sont réalisées dans l'État d'origine et non dans l'État requis. Certes, ce dernier a toujours la faculté de s'opposer aux effets d'une norme étrangère dans son ordre juridique en s'appuyant, le cas échéant, sur les stipulations conventionnelles. Néanmoins, il ne s'agirait que d'une simple possibilité, s'exerçant au soutien des mécanismes existants et en toute occurrence exclusive d'une responsabilité internationale.

423. De telles objections ne laissent pas d'évoquer celles formulées naguère par une partie de la doctrine allemande²⁰⁶⁴ à l'encontre d'une confrontation de la loi étrangère aux droits fondamentaux contenus dans la Constitution fédérale et balayées par une importante décision du Tribunal de Karlsruhe du 4 mai 1971²⁰⁶⁵. Rappelant la primauté de la Constitution et le rôle prédominant des droits fondamentaux, il a souligné que « *même en droit international privé il faut partir de la norme directrice de l'article 1 alinéa 3 GG, qui oblige tous les pouvoirs publics au respect des droits fondamentaux* »²⁰⁶⁶. Or, ainsi que le relève fort justement l'un des commentateurs de la décision, « *quand bien même les autorités publiques allemandes font application d'une loi étrangère, leurs décisions ne cessent pas pour autant*

²⁰⁶⁴ Cf. P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 411 et s., n° 712 et s..

²⁰⁶⁵ Tribunal de Karlsruhe 4 mai 1971, précité.

²⁰⁶⁶ *Ibidem*.

d'être des actes publics internes justiciables d'un contrôle de leur constitutionnalité »²⁰⁶⁷. Par-là est mis en lumière le point décisif du problème et corrélativement le caractère non fondé des réticences à opposer les droits fondamentaux aux normes étrangères. La question étant de déterminer si le texte qui les proclame est applicable, il échet de ne se référer qu'à lui²⁰⁶⁸ ; et ce qui vaut alors pour la Loi Fondamentale, vaut également pour la Convention européenne des droits de l'homme²⁰⁶⁹.

424. Soutenir, en effet, qu'il existe à la charge des Hautes Parties contractantes une obligation d'assurer le respect de la Convention même si elles appliquent une loi étrangère ou réceptionnent un jugement étranger, suppose que la Cour de Strasbourg déclarerait recevable une requête portant sur son éventuel manquement. Or, pour établir sa compétence, la CEDH constitue la seule référence pertinente. En raison de sa primauté et de son caractère obligatoire, le point de départ de tout raisonnement relatif à son applicabilité se situe donc dans ses stipulations. Leurs gardiens rappellent ainsi avec une constance remarquable que « l'article 1 délimite, avec les articles 14, 2 à 13 et 63²⁰⁷⁰ le domaine de la Convention *ratione personae, materiae et loci* »²⁰⁷¹. Au regard de ces règles, faisant ainsi produire à la Convention un effet qualifié au gré des auteurs d'extraterritorial²⁰⁷² ou d'indirect²⁰⁷³, les juges strasbourgeois n'ont jamais considéré que l'extranéité de la norme querellée restreignait leur

²⁰⁶⁷ C. LABRUSSE, « Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971) », *RCDIP* 1974 p. 29 note 1.

²⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 38.

²⁰⁶⁹ B. DOCQUIR, « Le droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain*, vol. LIX, 1999, n° 4, p. 505.

²⁰⁷⁰ Actuel article 56.

²⁰⁷¹ CEDH 18 janvier 1978 requête n° 5310/71 *Irlande c/ Royaume-Uni*, § 238. Voir également, CEDH 12 juillet 2001 requête n° 42527/98 *Prince Hans-Adam II de Lichtenstein c/ Allemagne*, préc., § 46 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 24833/94 *Matthews c/ Royaume-Uni*, préc., § 29 ; CEDH 30 janvier 1998 requête n° 19392/92 *Parti Communiste unifié de Turquie et a. c/ Turquie*, § 29.

²⁰⁷² E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 32 et s., n° 45 et s. ; Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 110, n° 190 ; P. MAYER, « Droit à un procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 1996, p. 128 ; M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « Un principe de la CEDH pour neutraliser les répudiations marocaines : l'égalité entre époux », *Droit de la famille* septembre 1998 p. 8 ; G. ROUHETTE, « La procédure civile et la CEDH », in *Le NCPC : vingt ans après*, La Documentation française, 1998, p. 311.

²⁰⁷³ En ce sens que le manquement à la CEDH se réalise dans l'État d'origine de la loi ou du jugement, le cas échéant non partie à la Convention. Par conséquent, *ratione personae*, la Convention n'est pas applicable à son égard. En revanche, si elle oblige l'État requis ce ne peut être directement puisque le mécanisme n'engendre pas une responsabilité du fait d'autrui. Ce qui lui est imputable n'est pas la violation primaire des droits conventionnellement garantis, mais leur violation secondaire, distincte de la précédente. L'influence de la Convention est alors indirecte (voir, par exemple, B. DOCQUIR, *loc. cit.*, p. 481 ; F. MATSCHER, opinion concordante sous CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 *Drozd et Janousek c/ France et Espagne* ; L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 220, n° 202).

contrôle. Selon des motivations et des fondements sensiblement différents, ils imposent ainsi aux États un devoir de protection des droits des individus tant à l'égard des lois (section I) que des jugements (section II) étrangers.

Section I Une responsabilité face à l'ensemble des lois étrangères

425. Les rares décisions des organes de Strasbourg se rapportant au problème de la responsabilité d'un État membre dont un juge a fait application d'une loi étrangère demeurent assez elliptiques. La démonstration et l'explication cèdent leur place à l'affirmation²⁰⁷⁴ ou à la suggestion²⁰⁷⁵. Que la norme émane d'un État Partie ou d'un État tiers, sa mise en œuvre est susceptible de conduire à un constat de violation de la Convention imputable à l'État requis alors qu'il n'a aucunement participé à son élaboration²⁰⁷⁶. En outre, selon l'État d'origine de la norme dont les effets sont incriminés, deux objections semblent *a priori* affaiblir le raisonnement tenu par la Cour et naguère par la Commission. D'une part, si elle provient d'un État Partie, le requérant ne devrait-il pas diriger sa requête contre ce dernier ? D'autre part, si elle est issue d'un ordre juridique tiers à la Convention, le contrôle européen ne revient-il pas à obliger l'État requis à lui imposer, en méconnaissance de cette règle élémentaire du droit international public qu'est l'effet relatif des traités, la sauvegarde de droits et de libertés qu'il ne s'est nullement engagé à assumer²⁰⁷⁷ ?

426. L'examen de l'arrêt *Soering*²⁰⁷⁸ révèle cependant que ces critiques sont sans fondement. Certes, l'affaire ne concerne pas directement les relations privées internationales, mais il contient des éléments de réponse et repose sur une analyse qui leur sont transposables. À cette occasion, le Royaume-Uni avait décidé l'extradition aux fins de jugement d'un individu accusé d'assassinat vers les États-Unis d'Amérique. L'auteur de la requête estimait qu'en procédant ainsi, les autorités britanniques méconnaissaient la Convention parce que sa condamnation éventuelle à la peine capitale dans l'État requérant l'exposait à subir un traitement inhumain et dégradant, en l'occurrence le syndrome du couloir de la mort. Interprétant le domaine personnel, matériel et territorial de la CEDH, les juges ont considéré

²⁰⁷⁴ Commission 10 juillet 1975 requête n° 6482/74 A. H. c/ Pays-Bas.

²⁰⁷⁵ CEDH 7 novembre 2000 requête n° 47128/99 Lucette Zvoristeanu c/ France.

²⁰⁷⁶ R. ERGEC et J. VELU, *La CEDH*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 67, n° 76.

²⁰⁷⁷ P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 466, n° 806 ; Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 110, n° 190 ; P. MAYER, « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991 p. 653.

²⁰⁷⁸ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering* c/ Royaume-Uni, précité.

que la décision de soumettre une personne à un droit étranger ne relevait pas les Hautes Parties contractantes des obligations auxquelles elles avaient librement souscrit. Que la violation de la Convention se réalise par le jeu de la loi étrangère et le cas échéant à l'étranger importe moins que la source de cette violation. Or, elle peut résider dans la volonté d'extrader, ce qui légitime, par conséquent, l'exercice du contrôle européen.

Par analogie, lorsque le juge interne est requis d'appliquer une loi étrangère contraire à la CEDH, la solution contenue dans la jurisprudence *Soering* l'invite à se demander « *si le jugement (...) rendu en application de cette loi constituerait lui-même la violation d'un droit de l'homme* »²⁰⁷⁹. À défaut, la sauvegarde des droits fondamentaux s'effectuera par le biais du droit de recours individuel qui palliera alors la défaillance de la protection de l'ordre juridique du for. La recevabilité de la requête *ratione personae* se justifie en raison du pouvoir dont dispose l'État requis, lequel n'est jamais obligé de donner effet aux normes étrangères. Ainsi, la relation privée internationale n'échappe pas à sa juridiction au sens de l'article 1^{er} de la CEDH uniquement parce qu'un juge se réfère à une loi étrangère. Les premières décisions relatives à la question apparaissent contestables, car elles ne reposent pas ou du moins pas de manière satisfaisante sur la notion de juridiction. Or, elle seule permet d'expliquer de façon convaincante l'exercice du contrôle européen et corrélativement l'obligation pour l'État d'assurer la protection de la Convention à l'encontre de l'ensemble des lois étrangères applicables à la relation privée internationale (§ I). Dans cette hypothèse, la notion de juridiction joue en effet un rôle déterminant dans l'applicabilité de la Convention (§ II).

§ I Les faiblesses originelles du fondement de la protection du for

427. Dès qu'elle fut saisie de la question, la défunte Commission EDH n'a pas hésité un instant sur la réponse qu'il convenait de lui apporter. La responsabilité de l'État ne disparaît pas par cela seul que ses tribunaux se trouvent requis d'appliquer une loi étrangère. Et, à cet égard, peu importe que la norme générale en cause provienne d'un autre État contractant²⁰⁸⁰ ou d'un État tiers²⁰⁸¹ au système européen de garantie des droits fondamentaux. Quelles que soient la justesse et la pertinence de la solution, les différentes justifications avancées à son soutien apparaissent pour le moins fragiles. Des tares identiques affectent également certaines

²⁰⁷⁹ P. MAYER, *loc. cit.*, p. 654 ; S. SAROLÉA, « L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation », *RTDF* 1996 p. 156.

²⁰⁸⁰ Commission 10 juillet 1975 requête n° 6482/74 A. H. c/ Pays-Bas (en l'occurrence la loi hollandaise) ; Commission 11 avril 1996 requête n° 24001/94 Gill et Malone c/ Pays-Bas et le Royaume-Uni (en l'occurrence la loi britannique).

²⁰⁸¹ Commission 10 juillet 1973 requête n° 5288/71 X c/ Luxembourg (en l'occurrence la loi hongroise).

décisions adoptées par la Cour de cassation française²⁰⁸². En effet, soit elles omettent de vérifier l'ensemble des éléments conditionnant l'applicabilité de la CEDH tels que définis par la Cour européenne dans l'affaire *Irlande contre le Royaume-Uni*²⁰⁸³ (A), soit elles s'appuient sur des données dont la sollicitation est manifestement erronée (B).

A Les lacunes de la primauté et de l'effet direct

428. Aux termes de l'article 1 de la CEDH, qui consacre l'obligation de respecter les droits de l'homme, « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ». Par-là, il fixe l'essentiel du domaine d'application de la Convention. *Ratione personae*, il détermine le débiteur, « *les Hautes Parties contractantes* », et le créancier des droits qu'elle établit en s'inscrivant résolument dans une perspective universaliste²⁰⁸⁴ ainsi que l'atteste la formule, commune à l'ensemble de la CEDH²⁰⁸⁵, « *toute personne* ». La vérification de chacun de ses éléments s'impose afin de justifier l'application de la CEDH. Or, rapportés au libellé de l'article 1, la décision sur la recevabilité rendue le 10 juillet 1973 par la Commission EDH dans l'affaire *X contre le Luxembourg*²⁰⁸⁶ et un arrêt de la Cour de cassation en date du 24 février 1998²⁰⁸⁷ s'exposent à la critique. Leur motivation apparaît en effet insuffisante et partant peu convaincante.

C'est ainsi que la Commission EDH a justifié l'applicabilité de la Convention dans une situation où les tribunaux internes auraient mis en œuvre une loi étrangère s'ils avaient été saisis. En l'espèce, le requérant, de nationalité hongroise, avait fui la Hongrie lors des événements de 1956. Quelques temps après, il apprit que son épouse avait disparu et qu'elle devait être tenue pour morte. Il s'installa au Luxembourg en compagnie de l'une de ses compatriotes. Avant la célébration de leur mariage et la naissance de leur enfant, on l'informa que sa femme était toujours vivante. Il demanda et obtint le divorce en Hongrie, mais les autorités luxembourgeoises refusèrent sa déclaration de reconnaissance de l'enfant, parce que le droit luxembourgeois alors en vigueur prohibait tant la reconnaissance que la légitimation

²⁰⁸² Civ. 1^{ère} 31 janvier 1990 Pistre, préc. ; Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, précité.

²⁰⁸³ CEDH 18 janvier 1978 requête n° 5310/71 *Irlande c/ Royaume-Uni*, § 238.

²⁰⁸⁴ B. DOCQUIR, *loc. cit.*, p. 479.

²⁰⁸⁵ Si l'on excepte les restrictions à l'activité politique des étrangers prévues à l'article 16, qui affectent les articles 10, 11 et 14, ainsi que les articles 3 du Protocole n° 1 et 1 du Protocole n° 7 dont le bénéfice est réservé aux nationaux pour le premier et aux étrangers pour le second.

²⁰⁸⁶ Commission 10 juillet 1973 requête n° 5288/71 *X c/ Luxembourg*.

²⁰⁸⁷ Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, précité.

par mariage subséquent des enfants nés d'un commerce adultérin. Il estimait qu'en agissant de cette manière, elles avaient méconnu, sans autre précision, la Convention. Pour sa part, le gouvernement défendeur considérait, notamment, que l'objet de la requête n'entraînait pas dans la compétence de la Commission EDH au motif que la loi luxembourgeoise n'était pas applicable puisque l'enfant et ses père et mère étaient de nationalité hongroise. Or, en vertu des règles de conflit luxembourgeoises, il convenait de résoudre le litige en se référant à la loi hongroise, laquelle, au demeurant, non seulement ne faisait pas obstacle à la reconnaissance d'un enfant adultérin, mais encore accordait de plein droit à celui-ci la qualité d'enfant légitime en cas de mariage de ses père et mère. La Commission EDH n'a pas souscrit à une telle argumentation. Elle a examiné d'office l'affaire sous l'angle de l'article 8 de la Convention en soulignant qu'il « *garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale* ». De ce seul énoncé, elle déduit que, « *dès lors, la requête rentre dans la compétence de la Commission et, à cet égard, l'objection du gouvernement, tirée du fait que, selon le droit international privé luxembourgeois, la loi luxembourgeoise ne serait pas applicable à la reconnaissance et à la légitimation de l'enfant, est sans pertinence* ». Sur ce point, la recevabilité du recours découle très clairement de la formulation universelle des droits et libertés conventionnellement garantis qui constitue l'unique cause de la responsabilité étatique. Même en application d'une loi étrangère, les Hautes Parties contractantes ont l'obligation de respecter la CEDH parce que tous les individus, sans distinction, sont admis à s'en prévaloir.

429. L'attitude de la Commission EDH est louable en ce sens qu'elle tend à assurer la protection la plus étendue des droits fondamentaux de l'être humain. Cependant, son raisonnement ne convainc guère au regard de l'article 1^{er}. Certes, il affirme également que tous les individus sont les destinataires des droits et libertés définis au Titre I de la Convention²⁰⁸⁸. Néanmoins, il tempère cette générosité, car, *ratione loci*²⁰⁸⁹, et indépendamment des incidences de l'article 56, il importe malgré tout que la victime relève de la juridiction des États membres. Il mentionne donc une condition supplémentaire à l'applicabilité de la Convention à propos de laquelle la Commission EDH est restée muette.

²⁰⁸⁸ Commission 11 avril 1961 requête n° 788/60 Autriche c/ Italie : « *les obligations souscrites par les États contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des États Contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers* ».

²⁰⁸⁹ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 Soering c/ Royaume-Uni : « *l'article 1, (...), fixe une limite, notamment territoriale, au domaine de la Convention. En particulier, l'engagement des États se borne à "reconnaître" (...) aux personnes relevant de leur "juridiction" les droits et libertés énumérés* » (§ 86).

Sa motivation apparaît donc incomplète et partant peu satisfaisante. Encore aurait-il fallu établir que l'éventuel manquement à la Convention était imputable à l'État dont les tribunaux avaient ou auraient fait application d'une loi étrangère. En d'autres termes, elle manque d'évoquer un point pourtant crucial, c'est-à-dire déterminer si les individus impliqués dans une telle situation relèvent encore de la juridiction de l'État membre en cause. Une même carence affecte parfois les décisions des organes judiciaires internes.

430. L'arrêt *Pistre*²⁰⁹⁰, à l'occasion duquel la Cour de cassation n'a fourni aucune explication sur les raisons qui l'ont conduite à entreprendre l'examen de la loi brésilienne par rapport à l'article 8 de la Convention, comporte une lacune qu'un arrêt *Vialaron*²⁰⁹¹ a comblée. En l'espèce, après le prononcé de son divorce, une femme, de nationalité française, avait formé une demande en attribution préférentielle d'un immeuble acquis en cours de mariage avec son compagnon de nationalité suisse. La cour d'appel rejeta sa prétention au motif qu'en vertu du droit suisse désigné par la règle de conflit française, le mari était propriétaire de l'immeuble litigieux et que le bénéficiaire de l'union conjugale devait être réparti à concurrence de deux tiers pour le mari et d'un tiers pour l'épouse. De son point de vue, une telle règle ne contrevenait pas à la conception française de l'ordre public international dès lors que la loi française autorisait les époux à déroger au partage égal. La Haute juridiction annula cette décision au visa de la CEDH parce qu'« *en statuant ainsi, par application des dispositions de la loi suisse alors applicable, en ce qu'elles imposaient une discrimination à l'encontre de la seule épouse dans le partage et la liquidation de l'union conjugale, la cour d'appel a violé le texte susvisé qui s'impose directement*²⁰⁹² *au juge* ». L'obligation qui incombe au juge de rétablir l'égalité des droits entre les époux procède très clairement de la primauté du texte européen combinée à son effet direct. De la sorte, la Cour de cassation développe un raisonnement fondé sur la hiérarchie des normes qui constitue un écho lointain à la décision précitée rendue par le Tribunal constitutionnel fédéral le 4 mai 1971²⁰⁹³. Les juges allemands avaient alors considéré que la primauté de la Constitution et le rôle prédominant des droits fondamentaux exigeaient que leur respect ne se limitât pas à l'application du droit matériel du for à la relation privée internationale. Il est en effet impossible de prévoir quel sera le contenu de la norme applicable ni l'effet qu'elle produira dans un cas particulier puisque la règle de conflit peut désigner n'importe quel droit étranger. Dès lors, remarquent-

²⁰⁹⁰ Civ. 1^{ère} 31 janvier 1990 *Pistre*, précité.

²⁰⁹¹ Civ. 1^{ère} 24 février 1998 *Csts Vialaron*, précité.

²⁰⁹² Cnqs.

²⁰⁹³ Tribunal de Karlsruhe 4 mai 1971, précité.

ils, « *il ne peut être question, lors de ce "saut dans l'inconnu", d'écartier le contrôle de constitutionnalité et d'abandonner les intéressés au résultat incertain du droit étranger désigné par la règle de conflit sans leur accorder la protection des droits fondamentaux* ». Pour autant, il convient de ne pas accorder à l'idée une portée trop large. À elle seule, elle demeure impuissante à justifier l'applicabilité de la Loi Fondamentale. Elle ne constitue que la prémisse de l'argument décisif, c'est-à-dire que « *même en droit international privé il faut partir de la norme directrice de l'article 3 alinéa 1 GG, qui oblige tous les pouvoirs publics au respect des droits fondamentaux* ». En d'autres termes, la primauté de la norme en cause implique seulement de ne se référer qu'à elle pour déterminer son domaine d'application. En effet, si haut placée soit-elle au sein de la pyramide, une norme s'impose uniquement si la situation tombe dans le champ de prévision de ses dispositions, condition préalable indispensable au constat d'une éventuelle antinomie entre la norme supérieure et la norme inférieure que l'analyse kelsénienne commande de résoudre au profit de la première. Or, au regard de la CEDH, il importe de démontrer que la relation privée internationale régie par une loi étrangère relève ou ne cesse pas de relever de la juridiction de l'État requis, par hypothèse partie à la Convention. Par conséquent, la motivation utilisée dans l'affaire *Vialaron* ne paraît pas pleinement satisfaisante.

431. Les deux décisions étudiées apparaissent donc, à des titres différents, incomplètes, et par voie de conséquence, discutables. Les motivations ont certes évolué, mais, en ce qui concerne l'ancienne Commission EDH, le résultat laisse perplexe. Saisie une seconde fois du problème de la responsabilité d'un État requis de mettre en œuvre une loi étrangère, elle s'est en effet curieusement appuyée sur le droit interne pour justifier sa solution.

B Une sollicitation erronée du droit interne

432. En théorie, la délimitation du domaine de la CEDH ne dépend pas à titre principal des droits internes des Hautes Parties contractantes. La Commission EDH est pourtant parvenue à cette curieuse solution dans une affaire *A. H. contre les Pays-Bas* du 10 juillet 1975²⁰⁹⁴. Le requérant, citoyen néerlandais résidant en Belgique, souhaitait adopter un enfant abandonné, de nationalité belge, qu'il avait pris en charge. Il saisit un juge de paix belge qui rejeta sa demande. En effet, le droit international privé belge soumettait les conditions d'une adoption à l'application distributive des lois nationales en présence. Or, la loi néerlandaise ne

²⁰⁹⁴ Commission 10 juillet 1975 requête n° 6482/74 A. H. c/ Pays-Bas.

permettait pas au requérant d'accomplir son projet du fait de son statut de célibataire. Il s'estimait victime d'une violation de la Convention et imputait cette situation à la législation hollandaise. De façon lapidaire, la Commission EDH énonça que, « *en vertu des principes de droit international privé rappelés ci-dessus, la requête doit néanmoins être considérée ex officio comme étant dirigée contre la Belgique* ». Même si la loi étrangère émane d'un État Partie, l'obligation de respecter les droits garantis incombe à l'État dont les tribunaux en ont fait application. Si la formule brille par sa clarté, les motifs de la Commission EDH, en revanche, restent obscurs. Que l'universalisme des droits de l'homme mentionné deux ans auparavant disparaisse au profit des principes de droit international privé constitue la seule certitude. La référence n'en demeure pas moins doublement contestable au regard de l'article 1^{er} de la Convention.

D'une part, il n'est pas précisé si la personne relevait de la juridiction de la Belgique. Ce qui pourrait s'analyser en un simple oubli est, en réalité, la manifestation d'un raisonnement biaisé.

D'autre part, en effet, la Commission EDH semble faire dépendre l'applicabilité de la CEDH non pas de ses propres dispositions, mais d'un corps de règles nationales. La recevabilité de la requête *ratione personae*, résultant de la modification, opérée d'office, de la personne du défendeur, découle en effet « *des principes de droit international privé* » mentionnés dans la partie « en fait » de la décision, soit les règles de conflit belge désignant la loi hollandaise. Il peut paraître pour le moins singulier de river le domaine de la Convention aux prescriptions du droit interne. La primauté de la Convention et le libellé de son article 1^{er}, lequel ne comporte aucun renvoi aux droits nationaux pour définir la juridiction des États membres, s'y opposent.

433. Une autre lecture de cette décision n'est toutefois pas exclue. La référence au droit interne, à première vue malheureuse, souligne également que l'application de la loi d'où procéderait la violation de la Convention, n'est pas le fait de l'État d'origine de la norme, mais de l'État requis. L'éventuelle responsabilité pèse sur l'État belge parce que c'est par le biais d'un acte qui lui est imputable, la désignation opérée par sa règle de conflit, que la loi étrangère est mise en œuvre. Tout au long du processus, les Pays-bas ne sont nullement intervenus. Au fond, le contrôle de la Commission EDH ne porte pas tant sur la loi étrangère que sur la décision qui l'applique. C'est dire, en d'autres termes, que la situation en cause relevait de la juridiction de la Belgique et non des Pays-Bas, légitimant ainsi l'applicabilité de

la Convention conformément à son article 1^{er}. Cependant, le raisonnement tenu par la Commission EDH demeure trop elliptique pour entraîner une approbation sans réserve.

434. Ainsi se manifestent les faiblesses originelles des décisions envisageant la responsabilité de l'État dont les tribunaux ont recouru à une norme générale étrangère. Or, l'applicabilité de la Convention ne saurait résulter des droits internes, mais de ses propres dispositions. Par ailleurs, les mentionner ne suffit pas. Encore faut-il s'assurer que les conditions qu'elles posent sont respectées. Dans l'affirmative, l'État se trouve obligé de respecter les droits et libertés conventionnellement garantis et l'exécution de son engagement peut alors le conduire à évincer la norme étrangère normalement compétente. Sous ce rapport, la notion de juridiction revêt une importance capitale, car, en dernière analyse, c'est elle qui justifie que l'ordre juridique du for soit tenu de relayer la protection de la Convention européenne des droits de l'homme à l'encontre des lois étrangères.

§ II Une protection fondée sur le lien de juridiction

435. Les organes de la Convention n'ont jamais directement et explicitement justifié l'éventuelle responsabilité de l'État requis et par extension son obligation d'opposer la CEDH aux normes étrangères. Pourtant, la solution paraît désormais si bien ancrée qu'elle ne soulève plus la moindre objection de la part des gouvernements mis en cause à Strasbourg. La décision sur la recevabilité de la Cour européenne dans l'affaire *Zvoristeanu* en témoigne²⁰⁹⁵. La requérante, ne pouvant faire établir sa filiation à l'égard de son père devant les tribunaux français par application de la loi allemande, a dirigé sa requête contre la France dont les représentants n'ont avancé aucun argument tendant à établir que la situation ne relevait pas de sa juridiction. Toutefois, le mutisme de la Cour n'équivaut pas à une absence d'explication satisfaisante. Celle-ci réside dans la notion de juridiction²⁰⁹⁶ ainsi que l'illustre de manière détaillée l'arrêt *Soering* dont la motivation dépasse largement le cas d'espèce. L'analyse de la notion permet d'expliquer la responsabilité encourue par l'État dont les tribunaux ont mis en œuvre une loi étrangère (A) et corrélativement l'irrecevabilité d'une requête qui serait dirigée contre l'État d'origine partie à la Convention (B).

²⁰⁹⁵ CEDH 7 novembre 2000 requête n° 47128/99 Lucette Zvoristeanu c/ France.

²⁰⁹⁶ J.-P. COSTA, « Qui relève de la juridiction de quel(s) État(s) au sens de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen-Jonathan. Volume I*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 483.

A La justification du principe de la responsabilité de l'État requis

436. La jurisprudence récente, singulièrement depuis l'affaire *Bankovic*²⁰⁹⁷, « est dominée par la volonté de la Cour de marquer la primauté de la territorialisation du champ d'application de la Convention et de son mécanisme de contrôle »²⁰⁹⁸. Il en découle que la seule présence des personnes concernées par l'acte incriminé sur le territoire de l'État qui l'a accompli établit manifestement le lien de juridiction au sens de l'article 1 de la CEDH²⁰⁹⁹. La Cour estime en effet qu'un pareil cas ne peut caractériser « l'exercice actuel par un État de sa compétence ou juridiction à l'étranger »²¹⁰⁰ même si les effets de l'acte en question sont appelés à se déployer dans un autre ordre juridique. Aussi ne fait-il aucun doute que les individus relèvent de la juridiction d'un État Partie dès lors que ses tribunaux connaissent de leur situation²¹⁰¹.

437. Par conséquent, tout concourt à démontrer que, à l'occasion de l'instance directe, la relation privée internationale satisfait aux conditions posées à l'article 1^{er}. La solution ne varie pas même si son traitement implique la mise en œuvre d'une loi étrangère, car cette disposition, précise la Cour²¹⁰², « ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la "juridiction" des États membres à l'empire de la Convention ». C'est donc, poursuit-elle, « par l'ensemble de leur "juridiction" que les États répondent de leur respect de la Convention ». Ainsi, elle n'a jamais admis que la responsabilité de l'État disparût s'il avait transféré certaines de ses compétences à une organisation internationale. La Convention n'exclut pas pareil transfert, mais il appartient à

²⁰⁹⁷ CEDH 12 décembre 2001 requête n° 52207/99 *Bankovic, Stojadinovic, Stoimenovski, Joksimovic et Sukovic c/ Belgique, République tchèque, Danemark, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Espagne, Turquie et Royaume-Uni*, précité.

²⁰⁹⁸ G. COHEN-JONATHAN, note sous l'affaire *Bankovic*, *RTDH* 2002 p. 1070.

²⁰⁹⁹ CEDH 12 décembre 2001 requête n° 52207/99 *Bankovic c/ 17 États membres*, préc. : « la Cour note toutefois que dans les cas précités, les États défendeurs avaient engagé leur responsabilité par des actes concernant des personnes qui avaient été accomplis alors que celles-ci se trouvaient sur leur territoire et qu'elles relevaient dès lors manifestement de leur juridiction » (§ 68).

²¹⁰⁰ CEDH 12 décembre 2001 requête n° 52207/99 *Bankovic c/ 17 États membres*, préc., § 68.

²¹⁰¹ CEDH 12 décembre 2002 requête n° 59021/00 *Kalogeropoulou et autres c/ Grèce et Allemagne* ; Voir, *a contrario*, CEDH 25 novembre 1999 requête n° 50887/99 *Yonghong c/ Portugal*. Voir également, P. MAYER, « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991 p. 659 ; A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *Clunet* 2003 p. 762 ; S. SAROLÉA, « L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation », *RTDF* 1996 p. 160.

²¹⁰² CEDH 30 janvier 1998 requête n° 19392/92 *Parti Communiste unifié de Turquie et a. c/ Turquie*, § 29. Voir également, CEDH 30 juin 2005 requête n° 45036/98 *Bosphorus c/ Irlande*, préc., § 153 ; CEDH 12 juillet 2001 requête n° 42527/98 *Prince Hans-Adam II de Lichtenstein c/ Allemagne*, préc., § 46 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 24833/94 *Matthews c/ Royaume-Uni*, préc., § 29.

l'État de veiller à ce que les droits qu'elle énonce continuent d'être garantis²¹⁰³. Il s'en déduit également que « *les États membres demeurent responsables même lorsque postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention à leur égard, ils ont assumé des engagements découlant de traités* »²¹⁰⁴. Là encore, l'État doit éviter de se lier à un texte dont les effets sont susceptibles d'entraîner une violation de la CEDH²¹⁰⁵. Il serait alors curieux et peu cohérent que l'extranéité de la norme autorise l'État à agir, sur son propre territoire, d'une manière incompatible avec la Convention²¹⁰⁶, d'autant plus qu'il a toujours la possibilité de l'écarter par le jeu de l'exception d'ordre public²¹⁰⁷. À suivre la Cour telle qu'elle s'exprime dans son arrêt *Soering*²¹⁰⁸, seule la responsabilité de l'État contractant dont les tribunaux mettent en œuvre une loi étrangère se trouve ou peut se trouver engagée. Leur décision a en effet pour résultat direct d'exposer quelqu'un à une méconnaissance de ses droits et libertés. Quelle que soit la norme étrangère, loi, loi d'application immédiate²¹⁰⁹ ou règle de conflit dans l'hypothèse du renvoi²¹¹⁰, le manquement à la CEDH qu'elle engendre, à travers la décision qui l'applique, est imputable à l'État au nom duquel le juge a statué²¹¹¹. Le contrôle des juges européens porte donc uniquement sur le comportement de l'État contractant.

²¹⁰³ CEDH 12 juillet 2001 requête n° 42527/98 Prince Hans-Adam II de Lichtenstein c/ Allemagne, préc., § 48 ; CEDH 18 février 1999 requête n° 24833/94 Matthews c/ Royaume-Uni, préc., § 32 ; Commission 9 février 1990 requête n° 13258/87 M. et Co. c/ Allemagne RUDH 1991 p. 134.

²¹⁰⁴ CEDH 30 juin 2005 requête n° 45036/98 Bosphorus c/ Irlande, préc., § 154 ; CEDH 12 juillet 2001 requête n° 42527/98 Prince Hans-Adam II de Lichtenstein c/ Allemagne, § 47. *Mutatis mutandis* Commission 9 février 1990 requête n° 13258/87 M. et Co. c/ Allemagne, précité.

²¹⁰⁵ G. COHEN-JONATHAN, « La place de la CEDH dans l'ordre juridique français », in F. Sudre (dir.), *Le droit français et la CEDH, 1974-1992*, NP Engel-Kehl, Strasbourg Arlington, 1993, p. 38 et s. ; B. DOCQUIR, « Le droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain*, vol. LIX, 1999, n° 4, p. 498.

²¹⁰⁶ G. COHEN-JONATHAN, *loc. cit.*, p. 45.

²¹⁰⁷ En effet, même si la réserve d'ordre public ne figure pas expressément dans une convention internationale, elle doit néanmoins y être systématiquement sous-entendue (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 343, n° 254). Cf. Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988 Baaziz, préc. : « *sauf dispositions contraires, les conventions internationales réservent la contrariété à la conception française de l'ordre public international* ».

²¹⁰⁸ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 Soering c/ Royaume-Uni, § 91.

²¹⁰⁹ La possibilité pour le juge français d'appliquer ou de prendre en compte les lois de police étrangères n'est en effet guère douteux (cf. Civ. 1^{ère} 25 janvier 1966 Royal Dutch Dalloz 1966 p. 390 note Y. Loussouarn, *Clunet* 1966 p. 631 note Bredin, *RCDIP* 1966 p. 238 note P. Francescakis ; article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles).

²¹¹⁰ Sur cette question, voir, D. COHEN, « La CEDH et le droit international privé », *RCDIP* 1989 p. 481 ; P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 454 et s., n° 782 et s. ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 325. Comp. avec la solution allemande consacrée par l'article 4 alinéa 1 phrase 1 de l'EGBGB qui exclut le renvoi pour autant qu'il irait à l'encontre du sens de la règle de conflit allemande. En effet, remarque M. Siehr (« Droit international privé », in M. Fromont, A. Rieg, *Introduction au droit allemand*, Tome III, Cujas, 1991, p. 591), « *à quoi serviraient les efforts allemands d'opérer les rattachements de manière égalitaire, si cet objectif pouvait être mis à néant par un renvoi au premier degré* ».

²¹¹¹ P. MAYER, *loc. cit.*, p. 656. Cf. CA Paris 14 juin 1994, préc. : « *l'application de la loi nationale de l'appelant, qui paraît ignorer le syndrome du transsexualisme, conduirait à une décision constituant en elle-*

La Commission EDH a suivi scrupuleusement ce raisonnement dans sa décision *Gill et Malone*²¹¹². Les requérants, respectivement de nationalité anglaise et irlandaise, résidaient au Pays-Bas au moment où leur fille naturelle est née. Son père rencontra de nombreuses difficultés pour faire établir le lien de filiation et pour qu'elle porte son nom en raison de la teneur du droit anglais applicable à leur condition familiale en vertu du droit international privé néerlandais. En tant qu'elle était dirigée contre le Royaume-Uni, la requête a été déclarée incompatible *ratione personae* avec la Convention. En effet, souligne la Commission EDH, « *il est important de relever que, (...), ce sont les autorités néerlandaises qui ont pris les décisions appropriées concernant la reconnaissance de la paternité du premier requérant et qu'il était de leur responsabilité, sans tenir compte du contenu du droit anglais, de veiller à ce que les obligations découlant de la Convention fussent respectées* »²¹¹³. Par conséquent, la Convention n'engendre, directement, aucune responsabilité pour le Royaume-Uni. Sa position se justifie d'autant plus à l'égard des États tiers puisque la Convention ne régit pas leurs actes²¹¹⁴. La Cour de Strasbourg ne dispose d'aucune compétence à leur égard et ne pourrait donc pas rendre un constat de violation de la CEDH à leur encontre.

438. Dès lors qu'une personne, quelle que soit sa nationalité ou son état, relève de la juridiction d'un État membre, ce dernier se trouve dans l'obligation de lui reconnaître l'ensemble des droits et libertés définis au titre I de la CEDH²¹¹⁵. Les juges strasbourgeois ne tolèrent à cet égard aucune distinction. Ainsi que les membres de la défunte Commission EDH l'avaient précisé, l'État doit accorder le bénéfice de la Convention « *non seulement à ses propres nationaux et à ceux des autres États contractants, mais aussi aux ressortissants des États non parties à la Convention et aux apatrides* »²¹¹⁶. La conclusion participe de la conjugaison de l'universalisme et du réalisme présents dans le libellé de l'article 1^{er} de la Convention. Le second exige un certain lien entre la victime et l'État, mais une fois qu'il est établi, le premier implique que toute personne ait la possibilité de se prévaloir des garanties

même la violation d'un droit de l'homme protégé tant par la Convention que par le droit positif interne dans son état le plus récent ». Voir également, J.-P. NIBOYET, *Cours de droit international privé à l'usage des étudiants de licence et de doctorat*, Librairie du recueil Sirey, 1946 : « *Une chose est de créer un droit, et autre chose de s'en prévaloir. L'autorité française en créant un droit en est l'auteur, le complice* » (p. 458, n° 466).

²¹¹² Commission 11 avril 1996 requête n° 24001/94 *Gill et Malone c/ Pays-Bas et le Royaume-Uni*.

²¹¹³ « *It is important to note, (...), that it was the Dutch authorities that took the relevant decisions regarding the recognition of the first applicant paternity and it was their responsibility, irrespective of the contents of British law, to see it that the obligations under the Convention were respected* ».

²¹¹⁴ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering c/ Royaume-Uni*, § 86.

²¹¹⁵ M. CLIQUENNOIS (dir.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le juge français*, L'Harmattan, 1997, p. 10.

²¹¹⁶ Commission 11 avril 1961 requête n° 788/60 *Autriche c/ Italie*.

conventionnelles. La juridiction des États membres, notion essentiellement territoriale, revêt par conséquent une importance capitale. Et, dans la mesure où les Hautes Parties contractantes s'exposent à un recours individuel, il convient que leurs tribunaux partagent avec la Cour européenne une même conception du champ d'application de la Convention.

439. De ce point de vue, la jurisprudence française témoigne d'un profond respect envers les enseignements strasbourgeois. La Cour de cassation a ainsi considéré sans grande difficulté qu'il lui appartenait de confronter la norme étrangère applicable en vertu du droit international privé français aux dispositions de la CEDH afin d'éviter que sa décision ne constitue elle-même un manquement à la Convention. Et, peu lui a importé alors que la loi étrangère émanât d'un État Partie, comme dans l'affaire *Vialaron*²¹¹⁷, ou d'un État tiers, comme dans l'affaire *Pistre*²¹¹⁸. Toutefois, les deux décisions citées n'indiquent pas clairement les raisons de la démarche entreprise par la Haute juridiction. D'autres, en revanche, se fondent explicitement sur l'article 1^{er} de la Convention et la notion de juridiction²¹¹⁹. Cependant, envisagées sous l'angle de l'interprétation qu'elles en retiennent, elles apparaissent parfois discutables.

440. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 14 juin 1994 dans l'affaire *Osmar B.*²¹²⁰ en est une remarquable illustration en ce qu'il propose une motivation très contestée et à maints égards très contestable. S'ils rappellent fort justement que « *aux termes combinés des articles 1^{er} et 14 de la Convention, les États contractants reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés, (...), sans aucune discrimination fondée, notamment, sur l'origine nationale* », les magistrats parisiens omettent néanmoins de tirer de l'affirmation toutes les conséquences qui devraient en découler. Ils admettent certes que la protection de la Convention doit être assurée tant à l'égard des nationaux qu'à l'égard des ressortissants des États non parties, mais en ce qui concerne ces derniers, seulement s'ils « *sont domiciliés sur le territoire national* »²¹²¹. Une telle restriction au domaine de la

²¹¹⁷ Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, précité.

²¹¹⁸ Civ. 1^{ère} 31 janvier 1990 Pistre, précité. Voir également Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999 El Karroumi, précité.

²¹¹⁹ Voir, par exemple, CA Bordeaux 20 octobre 1998, précité. En l'espèce, les magistrats bordelais ont confronté la loi marocaine relative au divorce pour sévices à la Convention européenne des droits de l'homme qui « *exige l'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage, droit que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction* ».

²¹²⁰ CA Paris 14 juin 1994, précité.

²¹²¹ Cette position n'est pas isolée puisque, dans le domaine de la reconnaissance des décisions étrangères, la Cour de cassation elle-même fait référence à cette condition de domicile (cf. Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (5 arrêts), préc. : « (...) *la convention européenne des droits de l'homme, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, (...), dès lors que, comme en l'espèce, les deux époux étaient domiciliés sur*

Convention est absolument sans fondement. Le domicile auquel se réfère la Cour d'appel de Paris ne participe pas de la définition de la juridiction de l'État, car, si elle est essentiellement territoriale, sa portée dépasse le seul domicile. Ainsi que la Cour de Strasbourg le souligne dans sa décision *Bankovic*, « les travaux préparatoires de la Convention (...) révèlent que si le comité d'experts intergouvernemental remplaça les termes "résidant sur leur territoire" par les mots "relevant de leur juridiction", c'était afin d'étendre l'application de la Convention aux personnes qui, sans résider, au sens juridique du terme, sur le territoire d'un État se trouvent néanmoins sur le territoire de cet État »²¹²². Cette constatation porte une condamnation très ferme de l'analyse de la notion de juridiction menée par les magistrats parisiens, car un lien juridique stable entre la prétendue victime et l'État n'est pas nécessaire.

441. Il importe donc de distinguer soigneusement la loi de la décision qui l'applique. Seule cette dernière intéresse le contrôle européen et elle seule constitue le siège d'une éventuelle responsabilité internationale, car si elle réalise, en tant que telle, une violation de la Convention, alors, l'éviction de la norme étrangère s'impose. C'est la raison pour laquelle la relation privée internationale, indépendamment de l'extranéité de la norme qui la régit, relève toujours de la juridiction de l'État requis. La Convention alimente de la sorte la protection des ordres juridiques soumis à son influence et permet la sauvegarde des droits des individus face aux normes étrangères. Dès lors, seule la responsabilité de l'État requis est envisageable.

B La justification de l'exclusivité de la responsabilité de l'État requis

442. Ainsi analysée et justifiée, la responsabilité encourue par l'État en dépit du rôle de l'extranéité dans le manquement à la Convention ne revient pas à imposer à un État le respect d'un traité auquel il n'est pas partie et par conséquent à malmener le principe de l'effet relatif des conventions²¹²³. Même si la considération du droit étranger mis en œuvre est inévitable pour apprécier l'éventuelle violation de la Convention, il ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de l'État d'origine en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement²¹²⁴. Une telle solution n'a pas davantage pour objet

le territoire français »). Cf. P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 264.

²¹²² CEDH 12 décembre 2001 requête n° 52207/99 *Bankovic c/ 17 États membres*, § 63.

²¹²³ Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 110, n° 190.

²¹²⁴ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 *Soering c/ Royaume-Uni*, § 91.

d'inciter les États Parties à réagir à l'illicéité internationale des actes étrangers, et ainsi ériger en obligation ce qui, d'une manière générale, semble encore demeurer une simple faculté²¹²⁵. Ce que leur commande le respect de la CEDH consiste simplement à s'assurer que les décisions de leurs tribunaux ne réalisent pas concrètement la violation d'un droit de l'homme.

443. La même cause entraînant les mêmes conséquences, la responsabilité de l'État requis est susceptible de naître de l'application d'une norme générale empruntée à un ordre juridique soumis à l'influence de la Convention et à son mécanisme de contrôle bien que, dans cette hypothèse, une autre solution fût de prime abord concevable. La soumission de l'État d'origine à la Convention pourrait en effet conduire à estimer qu'il appartient au requérant d'agir contre lui²¹²⁶. En outre, si un État considère qu'une autre Haute Partie contractante méconnaît la Convention, celle-ci lui offre la possibilité d'agir²¹²⁷. Ainsi, les droits de recours individuel et interétatique devraient préserver l'État requis de toute responsabilité. Là encore, ce serait se méprendre sur la signification du contrôle opéré par les juges strasbourgeois. Il ne s'agit pas d'imputer à l'État requis les imperfections d'une norme extérieure à son ordre juridique, mais de vérifier qu'il s'est abstenu de rendre une décision contraire à la Convention. Ainsi, dans l'absolu, remarque M. Mayer²¹²⁸, si la loi étrangère viole par elle-même la Convention, mais que la décision qui l'applique n'engendre aucun manquement, seul l'État d'origine encourt une responsabilité. Du point de vue de l'État requis, le problème ressortit alors uniquement à l'article 33 de la Convention.

444. Par ailleurs, l'hypothèse d'une responsabilité conjointe n'est pas envisageable bien que le domaine de la Convention ne se réduise pas à la souveraineté territoriale²¹²⁹ et que la Cour admette, à titre exceptionnel, « *que les actes des États contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire peuvent s'analyser en l'exercice par eux de*

²¹²⁵ P. WEIL, « Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes étrangers », *AFDI* 1977 p. 43 et s..

²¹²⁶ Article 34.

²¹²⁷ Article 33.

²¹²⁸ P. MAYER, « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991 p. 655.

²¹²⁹ G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 94 ; R. ERGEC et J. VELU, *La CEDH*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 828, n° 950 ; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2002, p. 504, n° 295. Voir, par exemple, CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne : « *le terme "jurisdiction" ne se limite pas au territoire national des Hautes Parties contractantes ; leur responsabilité peut entrer en jeu à raison d'actes émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors dudit territoire* » (§ 91) ; CEDH 16 novembre 2004 requête n° 31821/96 Issa et autres c/ Turquie, §§ 69-71 (*AJDA* 2005 p. 545 obs. J.-F. Flauss, *Clunet* 2005 p. 477 obs. P. Tavernier).

leur juridiction au sens de l'article 1 »²¹³⁰. Aussi, l'extraterritorialité qui nimbe la Convention se manifeste-t-elle uniquement dans des circonstances particulières, « *lorsque l'État défendeur, au travers du contrôle effectif exercé par lui sur un territoire extérieur à ses frontières et sur ses habitants par suite d'une occupation militaire ou en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local, assumait l'ensemble ou certains des pouvoirs publics relevant normalement des prérogatives de celui-ci* »²¹³¹. En somme, les Hautes Parties contractantes sont responsables au titre de la Convention dès lors que les prétendues victimes étaient soumises à leur autorité. Il serait en effet artificiel d'imputer à l'État une méconnaissance des droits et libertés conventionnellement garantis qu'il n'aurait en aucun cas pu éviter. Or, de ce point de vue, l'État d'où émane la norme appliquée à la relation privée internationale n'a aucune prise sur la situation et n'exerce pas les prérogatives qui incombent normalement à l'État requis. D'une part, la méconnaissance de la Convention peut être exclusivement le fruit de sa mise en œuvre dans l'État requis. D'autre part, les juges de ce dernier ont pu l'appliquer sans égard pour son interprétation dans l'ordre juridique d'origine. Enfin, à supposer même que la loi étrangère viole, en tant que telle et *in abstracto*, la Convention, la Cour de Strasbourg ne saurait préjuger la manière dont auraient réagi les tribunaux de l'État d'origine. Le mécanisme de garantie collective des droits de l'homme repose en effet sur la subsidiarité qui justifie la règle de l'épuisement des voies de recours interne. En outre, la primauté de la CEDH et l'obligation de la mettre en œuvre immédiatement les obligent à statuer conformément à ses prescriptions, le cas échéant en écartant la loi nationale qui lui serait contraire.

445. En conclusion, l'État dont les tribunaux mettent en œuvre une norme générale étrangère, quelle qu'elle soit, a l'obligation d'assurer la sauvegarde des droits et libertés garantis par la CEDH. Son applicabilité ne rencontre aucune objection puisqu'elle n'aboutit ni à faire peser sur l'État étranger un engagement auquel il n'a pas souscrit, ni à contraindre les juges à sanctionner l'illicéité internationale des normes étrangères concernées. En effet, dans la mesure où les personnes impliquées dans la relation privée internationale relèvent de la juridiction de l'État requis, le contrôle européen tend seulement à éviter qu'un acte de ce dernier, c'est-à-dire l'utilisation d'une norme étrangère en tant que majeure du syllogisme judiciaire, ne crée une situation contraire à la Convention. Et, comme l'État répond de son

²¹³⁰ CEDH 12 décembre 2001 requête n° 52207/99 Bankovic c/ 17 États membres, § 67.

²¹³¹ CEDH 12 décembre 2002 requête n° 59021/00 Kalogeropoulou et autres c/ Grèce et Allemagne ; CEDH 12 décembre 2001 requête n° 52207/99 Bankovic c/ 17 États membres, § 71.

obligation par l'ensemble de sa juridiction, la CEDH constitue ainsi une source inéluctable de la protection du for. L'obstacle qu'elle contribue à dresser contre l'ensemble des lois étrangères se manifeste également à l'égard de l'ensemble des décisions étrangères.

Section II Une responsabilité face à l'ensemble des décisions étrangères

446. À l'égard des décisions étrangères, la jurisprudence européenne offre l'image d'une mosaïque dont l'agencement échapperait à toute logique. Chaque arrêt ou décision apporte un nouvel élément de réponse tout en s'inscrivant dans une perspective sensiblement différente. Ainsi, la Cour opère de subtiles distinctions, sur des plans divers, selon que le jugement étranger traduit une méconnaissance des droits et libertés conventionnellement proclamés à raison de son contenu ou à raison de la procédure dont il est issu et selon qu'il émane d'un État tiers au système européen de garantie des droits fondamentaux ou d'un autre État Partie. Les paramètres sont donc variables et l'étendue de la responsabilité encourue par l'État requis dépend directement de leur analyse et de leur combinaison.

447. La contrariété d'une décision de justice étrangère à la CEDH peut, en premier lieu, se manifester à cause de son contenu, de la teneur de son efficacité substantielle, parce qu'elle crée une situation incompatible avec tel ou tel droit substantiel conventionnellement garanti. De ce point de vue, la question de sa réception dans l'ordre juridique interne d'une Haute Partie contractante ne se distingue pas fondamentalement de l'hypothèse précédemment étudiée. Certes, l'État requis n'en est pas l'auteur²¹³², mais il prend la responsabilité de donner effet à la solution qu'elle consacre dans son ordre juridique²¹³³. Puisque les individus relèvent alors manifestement de sa juridiction et qu'il répond de ses engagements par l'ensemble de celle-ci, il n'a pas la possibilité de s'exonérer en se prévalant de l'extranéité de la norme qu'il réceptionne. Son obligation de respecter la CEDH demeure et ses tribunaux doivent s'abstenir de reconnaître une décision heurtant la Convention, sinon ils rendraient une décision elle-

²¹³² J.-P. NIBOYET, *Cours de droit international privé à l'usage des étudiants de licence et de doctorat*, Librairie du recueil Sirey, 1946 : « (...) quand le droit a été constaté à l'étranger, il s'agit de constater un fait dont les conséquences se produisent dans d'autres pays, dans tous les autres pays. Ce n'est pas nous qui participons à sa création » (p. 458, n° 466).

²¹³³ Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, p. 111, n° 191 ; P. MAYER, *loc. cit.*, p. 655 ; *Id.*, « Droit à un procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 1996, p. 128.

même contraire à la Convention et imputable au souverain au nom duquel ils statuent. À cet égard, peu importe que la norme émane d'un État Partie ou d'un État tiers.

448. La décision de justice étrangère peut, en second lieu, heurter la Convention s'il apparaît qu'elle est l'aboutissement d'une procédure incompatible avec les exigences du procès équitable. Exclusive de toute autre imperfection du point de vue de la CEDH, sa reconnaissance peut-elle néanmoins constituer une source de responsabilité à l'égard de l'État requis alors même que la violation de la Convention est définitivement consommée et qu'il ne disposait d'aucune ressource pour l'éviter ? En effet, bien que les intéressés relèvent de la juridiction de l'État requis à l'occasion de l'instance indirecte, il y aurait quelque incongruité à admettre que la réception du jugement en question réitère l'inéquité procédurale et qu'elle réalise en elle-même un manquement aux principes procéduraux contenus dans la Convention. Cependant, même dans une telle hypothèse, la Cour de Strasbourg n'exclut pas la possibilité d'engager la responsabilité internationale de l'État requis. S'il n'est pas redevable du respect, à l'étranger, des exigences du droit au procès équitable, en revanche, il est tenu d'exercer un contrôle sur la procédure qui s'est déroulée à l'étranger en la confrontant à l'article 6 § 1 de la CEDH. S'il ne met pas en œuvre cette vérification, l'État requis manquera aux obligations qui découlent de la Convention.

449. En somme, dans cette matière, il est astreint à observer deux éléments : en amont, offrir aux individus un recours effectif permettant de s'assurer que la décision de justice étrangère, tant par son contenu que par la procédure qui l'a précédée, n'a pas méconnu les droits et libertés qu'ils tiennent de la CEDH (§ I) ; en aval, s'abstenir de rendre une décision qui constituerait elle-même une violation de la Convention (§ II).

§ I L'obligation de contrôler le respect de la CEDH à l'étranger

450. La maturation d'une obligation, pesant sur l'État requis, d'instaurer un contrôle du respect de la CEDH à l'étranger, s'est échelonnée sur une période de quatorze années marquée par trois décisions²¹³⁴ et deux arrêts²¹³⁵. Sa conceptualisation constitue une réponse

²¹³⁴ Commission 3 décembre 1990 requête n° 13478/87 Manubat Holding SARL c/ France ; Commission 14 octobre 1991 requête n° 12883/87 Leila Kirchner c/ Autriche ; CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 Odd F. Lindberg c/ Suède.

²¹³⁵ CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, préc. ; CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 Pellegrini c/ Italie, précité.

aux divers arguments tendant à démontrer que l'État requis ne saurait engager sa responsabilité à raison du caractère inéquitable de la procédure suivie à l'étranger (A). Surmonter l'obstacle nécessitait d'envisager le problème sous un angle sensiblement différent. Le devoir pour l'État requis de s'assurer, avant de donner l'*exequatur* à un jugement étranger, que les individus ont bénéficié d'un procès équitable en est le produit (B).

A Les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité

451. L'obligation pour l'État requis d'opposer la CEDH à un jugement étranger dont la procédure ne présente pas un caractère équitable et dont la méconnaissance engage sa responsabilité internationale semble se heurter à deux objections.

452. En premier lieu, dans la mesure où le respect du droit au procès équitable s'apprécie globalement, la conformité de l'instance en *exequatur* à l'article 6 § 1 de la Convention n'entraîne-t-elle pas une purge du vice affectant la procédure étrangère à l'occasion de l'instance directe ? Sauf à commettre une méprise sur le sens du contrôle *in globo*, la réponse est assurément négative. La lacune ou le désavantage initial ne sont ni comblés ni compensés. En raison des pouvoirs restreints du juge de l'*exequatur*, l'issue du procès présente un caractère définitif. Or, l'approche globale, corollaire de l'épuisement des voies de recours internes et consubstantielle à la subsidiarité du mécanisme de sauvegarde des droits garantis, a simplement pour objet de constater qu'une phase ultérieure de la procédure a permis de redresser la méconnaissance de la Convention. À cet égard, le seul constat de la conventionnalité de la procédure suivie dans l'État requis est insuffisant²¹³⁶.

453. En second lieu, dans la mesure où la prétendue violation de la Convention s'est réalisée à l'étranger, alors que les intéressés ne relevaient pas de la juridiction de l'État à présent requis, n'est-il pas artificiel de lui imputer l'inéquité de la procédure suivie s'il reconnaît ou exécute un jugement qui ne serait pas autrement contestable ? Si ses tribunaux observent les prescriptions du droit au procès équitable, par quelle curieuse alchimie leur décision constituerait-elle, en elle-même, un manquement à l'article 6 § 1 de la CEDH et comment le souverain au nom duquel ils statuent pourrait-il se voir reprocher, par exemple, un défaut d'impartialité ou une rupture de l'égalité des armes ? Les instances directe et

²¹³⁶ L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 320 et s., n° 307 et s.

indirecte sont indubitablement distinctes de sorte qu'une requête individuelle serait irrecevable. L'irrecevabilité serait prononcée soit pour défaut manifeste de fondement parce que, manifestement, l'inéquité de la procédure étrangère ne s'incorpore pas à la décision de reconnaissance dont, par hypothèse, le caractère équitable n'est pas douteux, soit pour incompatibilité *ratione personae* avec la Convention parce que la violation de la Convention prend sa source dans l'instance directe, donc, dans des circonstances où les intéressés ne relevaient pas de la juridiction de l'État requis. Les Hautes Parties contractantes ne sauraient en effet répondre du respect de la CEDH à travers le monde entier ! D'ailleurs, la Convention ne régit pas les actes des États tiers²¹³⁷ et, en conséquence, n'oblige pas les Parties contractantes à imposer ses règles aux États et territoires tiers²¹³⁸. L'idée a fortement inspiré les premières décisions ayant abordé le problème. La Commission EDH²¹³⁹ a ainsi tout d'abord estimé qu'elle ne pouvait pas tenir les États membres responsables, « *dans chaque cas particulier, avant de donner l'exequatur à un arrêt (...), de l'examen du point de savoir si l'article 6 de la Convention a été respecté dans la procédure en question* ». Certes, la solution ne constitue pas un précédent tout à fait probant²¹⁴⁰ eu égard au contexte très spécifique de l'affaire, laquelle concernait la réception d'un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes par les juridictions allemandes. Elle avait donc trait à l'*exequatur* d'une décision émanant d'un ordre juridique tiers, mais non d'un État tiers. Aussi est-elle essentiellement analysée de ce point de vue et citée en exemple d'une exclusion d'un contrôle généralisé des actes nationaux d'exécution du droit communautaire²¹⁴¹. De manière plus décisive, en revanche, la Cour de cassation²¹⁴² française a également écarté la possibilité d'un examen d'une décision étrangère sous l'angle du droit au procès équitable. Considérant que « *la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne crée d'obligations qu'à l'égard des États qui y sont parties, ce qui n'est pas le cas de la République du Gabon* », elle en déduit que, « *dès lors, le juge de l'exequatur n'était pas tenu de répondre à des conclusions inopérantes, invoquant la violation à l'étranger de l'article 6*

²¹³⁷ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 Soering c/ Royaume-Uni, § 86 ; CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 Pellegrini c/ Italie, § 40.

²¹³⁸ CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, § 110 ; CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 Soering c/ Royaume-Uni, § 86.

²¹³⁹ Commission 9 février 1990 requête n° 13258/87 M. et Co. c/ Allemagne.

²¹⁴⁰ J.-F. FLAUSS, « *L'exequatur des jugements étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme* », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Droz, Genève, 2002, p. 73 ; *Id.*, « *L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg* », *LPA* 18 avril 2002 n° 78 p. 13 ; P. MARCHAL, obs. sous CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 Pellegrini c/ Italie, *RDIDC* 2004 p. 237.

²¹⁴¹ La solution inverse prévaut désormais tant en ce qui concerne le droit communautaire originaire (CEDH 18 février 1999 requête n° 24833/94 Matthews c/ Royaume-Uni, préc.) qu'en ce qui concerne le droit communautaire dérivé (CEDH 30 juin 2005 requête n° 45036/98 Bosphorus c/ Irlande, préc.).

²¹⁴² Civ. 1^{ère} 10 juillet 1990 *RCDIP* 1991 p. 757, *Dalloz* 1990 IR p. 200.

de cette convention ». Par-là, elle souligne qu'un État tiers n'a pas à respecter la Convention et que, par conséquent, elle ne saurait entreprendre un contrôle de la procédure suivie au regard de l'article 6 § 1 de la CEDH. Si regrettable qu'elle soit, la méconnaissance des droits et libertés garantis s'est produite à l'étranger et pour cette raison l'État requis n'encourt aucune responsabilité.

Un raisonnement identique vaut également, et même *a fortiori*, pour les jugements étrangers prononcés dans un autre État Partie. Une fois encore, l'État requis ne peut se voir imputer ce qui s'est déroulé en dehors de sa juridiction. L'exclusion de sa responsabilité se justifierait d'autant plus que les circonstances ne privent pas les individus d'un recours tendant à assurer la sauvegarde de leurs droits²¹⁴³. En effet, contrairement à l'hypothèse précédente, la prétendue méconnaissance de la Convention est le fait d'un État Partie qui, en cette qualité, sera tenu de répondre de ses engagements à Strasbourg.

454. Pour autant, que la norme émane d'un État Partie ou d'un État tiers, ces différentes objections n'affaiblissent pas le principe de la responsabilité de l'État requis de donner effet à une décision étrangère dont la procédure paraît manifestement inéquitable.

B La justification de la mise en œuvre de la responsabilité

455. Longtemps, le fondement et par conséquent la justification théorique de l'obligation pour l'État requis de contrôler le respect de la CEDH à l'étranger sont demeurés incertains. Cependant, dans le dernier état de sa jurisprudence, la Cour paraît les avoir clairement et pertinemment identifiés. Ils reposent sur l'article 13 de la Convention (2), dont la généralité des termes permet de dépasser la seule question de l'équité procédurale, et non sur son article 6 (1). L'examen de la décision étrangère s'impose, en effet, quel que soit le grief formulé par les individus.

²¹⁴³ Voir, par exemple, J.-P. BERAUDO, « Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Clunet* 2001 p. 1075 et s.. Et, d'une manière générale, « *on ne pourrait pas constater une violation de la Convention, lorsque l'intéressé n'avait pas fait usage des moyens de recours que la lex fori de l'État étranger lui offrait pour combattre des irrégularités éventuelles de la procédure suivie dans les tribunaux de cet État* » (F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 223).

1 Rejet d'une justification fondée sur l'article 6 de la CEDH

456. Deux justifications de l'obligation qui pèse sur l'État requis dérivent de l'article 6 de la Convention. La première considère que l'accueil de la norme étrangère dont la procédure a méconnu les garanties du droit au procès équitable équivaut pour l'État requis à réitérer cette violation (a). La seconde estime au contraire que l'État requis manque alors à une obligation autonome qui procède du droit au procès équitable (b). Cependant, ni l'une ni l'autre ne sont pleinement convaincantes.

a Rejet d'une participation de l'État requis à la violation de l'article 6 CEDH

457. Nonobstant les arguments développés en sens contraire, M. Mayer²¹⁴⁴ estime, par un raisonnement qui a séduit la majorité de la doctrine²¹⁴⁵, que l'État requis n'échappe pas à sa responsabilité. De son point de vue, le droit au procès équitable ne constitue pas une fin en soi. Il convient de l'envisager selon sa finalité, laquelle consiste à prévenir le prononcé d'un jugement entaché d'injustice au fond. Dès lors, « *en reconnaissant une décision rendue en violation des principes fondamentaux de procédure, le juge prend le risque de consacrer le résultat que la Convention a cherché à éviter* »²¹⁴⁶. Sa conception, de son propre aveu « *extensive* »²¹⁴⁷, trouverait un appui dans l'arrêt *Soering*. Bien que l'extradition décidée par le Royaume-Uni n'équivalût pas à soumettre le requérant à un traitement prohibé par l'article 3 de la CEDH, elle le permettait. L'État défendeur avait donc « *prêté la main* »²¹⁴⁸ à la mesure incriminée. Or, il doit s'abstenir non seulement de rendre possible une méconnaissance de la Convention lorsqu'il intervient en amont de celle-ci, mais également, de façon symétrique, d'en prolonger les effets lorsqu'il intervient en aval. Une telle décision, en effet, « *comporte une implication personnelle au moins aussi forte* »²¹⁴⁹.

²¹⁴⁴ P. MAYER, « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991 p. 658 ; *Id.*, « Droit à un procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 1996, p. 130.

²¹⁴⁵ J.-F. FLAUSS, « L'*exequatur* des jugements étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Droz, Genève, 2002, p. 79 ; *Id.*, « L'*exequatur* des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg », *LPA* 18 avril 2002 n° 78 p. 16 ; E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 20 et s., n° 29 et s. ; Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 111, n° 191 ; H. MUIR WATT, « Contre une géométrie variable des droits fondamentaux », *Justices* 1996 p. 333.

²¹⁴⁶ P. MAYER, « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991 p. 658.

²¹⁴⁷ *Ibidem.*

²¹⁴⁸ *Ibidem.*

²¹⁴⁹ *Ibidem.*

458. Cependant, l'explication n'est pas à l'abri de toute critique. Tout d'abord, le rapprochement opéré entre le respect des garanties procédurales et la justesse de la solution sur le fond présente un inconvénient majeur parce qu'il suggère que, *a contrario*, l'absence d'injustice sur le fond n'entraîne aucune conséquence pour l'État requis²¹⁵⁰. Or, outre la très grande difficulté à identifier les décisions entachées d'injustice au fond, la Cour a très clairement souligné l'indépendance des deux éléments. Que l'issue du litige repose sur un motif objectif et non contesté ne dispense pas de l'observation des règles du droit au procès équitable²¹⁵¹. De son point de vue, « *il y va notamment de la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice* », laquelle « *se fonde, entre autres, sur l'assurance d'avoir pu s'exprimer sur toute pièce au dossier* »²¹⁵². En d'autres termes, « *les garanties juridictionnelles et procédurales n'ont pas simplement pour finalité de permettre la réalisation d'une décision juste dans sa substance mais également de faire participer les parties au processus de création d'une norme individuelle qui va s'imposer à elles* »²¹⁵³.

Par ailleurs, le parallèle établi entre l'affaire *Soering* et la reconnaissance du jugement étranger emporte difficilement la conviction. Il suppose, en effet, que les imperfections procédurales du jugement étranger contaminent, par capillarité, la décision de reconnaissance. Or, sous cet angle, M. Mayer minore une différence pourtant essentielle entre les deux hypothèses. L'affaire *Soering* stigmatise un acte, l'extradition, qui fait partie intégrante du processus conduisant à la violation de l'un des droits garantis par la Convention, en l'occurrence, l'article 3. Il y joue au demeurant un rôle capital puisqu'il conditionne tout le raisonnement de la Cour. Son caractère préalable lui ôte toute neutralité au regard de la CEDH, car, dès lors qu'il a pour conséquence d'exposer un individu à un risque sérieux et avéré de subir, à l'étranger, un traitement prohibé par l'article 3, il réalise une violation de cette même disposition. Une telle analyse n'est guère transposable à la reconnaissance d'un jugement étranger puisqu'elle intervient postérieurement au manquement à la Convention. Bien que la Cour considère que, dans un tel cas, « *les États contractants doivent toutefois se garder d'apporter leur concours s'il apparaît* »²¹⁵⁴ que le jugement étranger résulte d'un

²¹⁵⁰ L. SINOPOLI, *op. cit.*, p. 312, n° 299.

²¹⁵¹ L'arrêt *Pellegrini* est à cet égard très significatif puisque la Cour envisage la responsabilité de l'État requis du fait de la réception d'une décision étrangère issue d'une procédure ne présentant pas un caractère contradictoire dans une hypothèse où, sur le fond, nulle injustice ne pouvait être constatée.

²¹⁵² CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 *Pellegrini c/ Italie*, § 45. Voir également, CEDH 21 février 2002 requête n° 33499/96 *Ziegler c/ Suisse*, § 38 ; CEDH 18 février 1997 requête n° 18990/91 *Nideröst-Huber c/ Suisse*, § 29.

²¹⁵³ L. SINOPOLI, « Droit au procès équitable et *exequatur* : Strasbourg sonne les cloches à Rome (à propos de l'arrêt *Pellegrini c/ Italie* du 20 juillet 2001) », *Gazette du Palais*, 21-23 juillet 2002, p. 5.

²¹⁵⁴ CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 *Droz et Janousek c/ France et Espagne*, § 110.

« *déni de justice flagrant* », la reconnaissance ne participe pas à l'atteinte portée au droit au procès équitable et ne la prolonge pas davantage. Sinon, cela signifierait que la responsabilité de l'État requis procède, à l'instar de l'affaire *Soering*, d'un manquement au droit méconnu à l'étranger. Or, tel n'est pas le cas. Si l'examen de la procédure qui s'est déroulée à l'étranger révèle l'inobservation du droit à un tribunal impartial, la reconnaissance du jugement qui en est issu ne donnera pas lieu à un constat de violation de ce même droit par l'État requis. En atteste, par exemple, la décision *Manubat Holding SARL contre la France*²¹⁵⁵. En l'espèce, la société requérante considérait que les juridictions italiennes avaient méconnu les droits de la défense en condamnant, au paiement de diverses sommes d'argent, une société aux droits de laquelle elle se trouvait, car elles s'étaient appuyées sur des expertises qui n'auraient pas été établies contradictoirement. En accordant l'*exequatur* à la décision en cause, elle estimait que les juridictions françaises avaient, à leur tour, violé les droits de la défense. Or, si la Commission EDH parvient à la conclusion que le grief tiré de l'article 6 § 1 est manifestement mal fondé, c'est uniquement « *après avoir examiné la procédure judiciaire interne* ». C'est dire que les deux procédures doivent être soigneusement distinguées et que les éventuelles imperfections de l'une ne se transmettent pas à l'autre par le biais de la reconnaissance ou de l'*exequatur*. Les exigences des gardiens de la Convention sont autres et ne sauraient être qu'autres. Une fois encore, ils n'obligent pas les États à imposer le respect de la Convention à l'étranger, mais, de façon plus subtile, plus modeste et plus réaliste, à vérifier si la procédure suivie à l'étranger a respecté l'article 6. C'est cette obligation de contrôle qui engendre une éventuelle responsabilité²¹⁵⁶. Ainsi, le contournement d'une impossible incorporation de l'inéquité procédurale à la décision de reconnaissance ne s'exprime pas par une improbable prolongation de la première par la seconde, mais par la naissance d'une obligation autonome et distincte qui dériverait, d'un certain point de vue, de l'article 6 de la Convention.

²¹⁵⁵ Commission 3 décembre 1990 requête n° 13478/87 *Manubat Holding SARL c/ France*.

²¹⁵⁶ La Cour de cassation a d'ailleurs modifié sa jurisprudence initiale et les juridictions françaises acceptent désormais de contrôler les décisions étrangères, d'où qu'elles proviennent, au regard du droit au procès équitable. Un arrêt en date du 3 décembre 1996 (Civ. 1^{ère} 3 décembre 1996, préc.) est souvent cité comme marquant le point de départ du changement de perspective bien qu'il ne contienne aucune référence à la Convention (cf. C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001, p. 289, n° 398 ; J. FOYER, « Droits internationaux des droits de l'homme et ordre public international », in *Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, Mélanges Raymond Goy, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 333 ; H. MUIR WATT, note sous Civ. 1^{ère} 3 décembre 1996 *RCDIP* 1997 p. 330 ; G. ROUHETTE, « La procédure civile et la CEDH », in *Le NCPC : vingt ans après*, La Documentation française, 1998, p. 311). À cette occasion, la Haute juridiction a annulé une ordonnance accordant l'*exequatur* à un jugement gabonais parce que postérieurement à son prononcé, il était apparu qu'il avait été rendu par un magistrat manquant d'impartialité. La jurisprudence qui a suivi participe de la même logique et n'hésite pas à citer la Convention (voir, entre autres, Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Pordéa, préc. ; Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Mailliez, préc.).

b Rejet d'une obligation de contrôle dérivée de l'article 6 CEDH

459. Selon Mme Laurence Sinopoli, il convient d'analyser la reconnaissance d'une décision étrangère en une abstention de l'État requis de mettre en œuvre lui-même les garanties de l'article 6 § 1 de la Convention²¹⁵⁷ parce que « *l'effet de la procédure étrangère est le refus du for de statuer directement sur le litige* »²¹⁵⁸. Or, « *ce refus n'est conforme à l'article 6 § 1 que si lui est substitué un contrôle de la procédure étrangère* »²¹⁵⁹. La démonstration permet certes de conférer quelque légitimité à l'obligation qui pèse sur l'État requis, mais elle demeure très elliptique relativement à sa source. Sa mise en œuvre correspond-elle à une extension matérielle du droit au procès équitable ou a-t-elle vocation à empêcher un constat de violation, par l'État requis, de la même imperfection procédurale réalisée à l'étranger ? Pour les raisons précédemment exposées, la seconde branche de l'alternative ne saurait être retenue. La première, quant à elle, semble plus convaincante et ne manque pas d'appui dans la jurisprudence européenne.

460. À l'origine, pourtant, les décisions pertinentes ne brillaient guère par leur clarté. L'exigence de mener un contrôle sur la procédure étrangère est à peine esquissée. Dans l'affaire *Manubat Holding SARL*²¹⁶⁰, par exemple, la Commission EDH souligne que les juridictions françaises, préalablement à l'octroi de l'*exequatur*, avaient examiné la décision étrangère au regard du respect des droits de la défense. Néanmoins, elle ne fournit aucune indication sur l'influence qu'une telle constatation a exercé sur la solution. La décision *Kirchner*²¹⁶¹ accroît encore la déception. La requérante avait formulé plusieurs griefs à l'encontre de l'Autriche, en particulier, une violation de l'article 6 § 1 du fait de la reconnaissance d'un jugement de divorce prononcé par une juridiction canadienne à la suite d'une procédure à maints égards irrégulière et au cours de laquelle elle n'avait pas été entendue. La Commission EDH n'a consacré aucun développement particulier à cette question. Elle s'est contentée d'une réponse lapidaire, valant pour tout un ensemble de griefs, aux termes de laquelle aucun d'eux n'avait l'apparence d'une violation de la Convention.

²¹⁵⁷ L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 324 et s., n° 312 et s. ; *Id.*, « Droit au procès équitable et *exequatur* : Strasbourg sonne les cloches à Rome (à propos de l'arrêt Pellegrini c/ Italie du 20 juillet 2001) », *Gazette du Palais*, 21-23 juillet 2002, p. 5.

²¹⁵⁸ L. SINOPOLI, « Droit au procès équitable et *exequatur* : Strasbourg sonne les cloches à Rome (à propos de l'arrêt Pellegrini c/ Italie du 20 juillet 2001) », *Gazette du Palais*, 21-23 juillet 2002, p. 5.

²¹⁵⁹ *Ibidem*.

²¹⁶⁰ Commission 3 décembre 1990 requête n° 13478/87 *Manubat Holding SARL c/ France*.

²¹⁶¹ Commission 14 octobre 1991 requête n° 12883/87 *Leila Kirchner c/ Autriche*.

Toutefois, l'exigence d'un contrôle n'est pas complètement extérieure à la solution retenue parce que la partie « en fait » relate que, préalablement à la reconnaissance, l'autorité requise avait vérifié la compétence du juge étranger et de la loi appliquée ainsi que la conformité du jugement à la conception autrichienne de l'ordre public international.

461. L'affaire *Drozd et Janousek*²¹⁶², même si elle n'intéresse pas directement les relations privées internationales, a donné lieu au premier arrêt véritablement décisif. En l'espèce, les requérants avaient été pénalement condamnés par une juridiction andorrane et, conformément à une coutume internationale, ils avaient choisi de purger leur peine dans les prisons françaises. Ils estimaient ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable et cherchaient, en conséquence, à engager la responsabilité internationale de la France à un double titre. Sur le fondement de l'article 6, d'une part, elle devait assumer l'inéquité procédurale réalisée en Andorre en raison des relations très particulières qu'elle entretenait avec la principauté. Sur le fondement de l'article 5 § 1, d'autre part, le jugement étranger n'aurait jamais dû recevoir exécution, car les vices qui l'affectaient entraînaient l'irrégularité de leur détention. Si elle a constaté l'incompatibilité *ratione loci*²¹⁶³ et *ratione personae*²¹⁶⁴ du premier grief, en revanche, au titre du second, la Cour a envisagé, en des termes exempts de toute ambiguïté, une responsabilité étatique du fait de l'exécution du jugement étranger. Déjà dans son rapport²¹⁶⁵, la Commission EDH avait précisé que « *s'agissant de l'exécution sur le sol français d'une condamnation pénale prononcée par une juridiction non française, il se pose encore la question de savoir si l'article 5 § 1 a) ne doit pas être interprété comme exigeant le contrôle de la conformité d'une telle décision à l'ordre public français, et par voie de conséquence aux prescriptions de l'article 6 de la Convention* »²¹⁶⁶. Ainsi se trouve très clairement souligné l'indépendance des deux procédures. La responsabilité susceptible de naître de l'exécution du jugement étranger n'est pas directement liée au caractère inéquitable de la procédure dont il est issu, mais à l'imperfection de la procédure dans le for requis. Sa conventionnalité suppose qu'elle comporte un examen de la procédure suivie à l'étranger²¹⁶⁷.

²¹⁶² CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, précité.

²¹⁶³ En effet, à l'époque, la principauté d'Andorre n'avait pas ratifié la Convention (§§ 84 et s.).

²¹⁶⁴ Malgré les spécificités du statut de la principauté, la Cour a considéré que ni la France, ni l'Espagne n'exerçaient leur juridiction en Andorre (§§ 91 et s.).

²¹⁶⁵ Commission 11 décembre 1990 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne.

²¹⁶⁶ *Ibid.*, § 138 (voir également § 146).

²¹⁶⁷ Cf. l'opinion dissidente de J. A. FROWEIN à laquelle se rallient J.-C. SOYER, H. VANDENBERGHE et L. ROZAKIS sous Commission 11 décembre 1990 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne : « *ce qui est beaucoup plus important, c'est qu'une conformité à l'article 5 § 1 a) de la Convention présuppose un certain contrôle minimum de la régularité de la condamnation* ». Voir également l'opinion dissidente commune aux juges MAC DONALD, BERNHARDT, PEKKANEN et WILDHABER sous CEDH 26

L'intitulé retenu par la Cour, dans son arrêt, est à cet égard très explicite : « *sur la nécessité d'un contrôle de la condamnation litigieuse par les juridictions françaises* »²¹⁶⁸. Et, en dernière analyse, ce n'est pas tant le manquement de la procédure étrangère à la Convention qui importe que l'ampleur du contrôle exercé par le for requis²¹⁶⁹. Au demeurant, l'analyse proposée est la seule concevable. La France a l'obligation de garantir les droits et libertés définis dans la CEDH uniquement si les personnes relèvent de sa juridiction. Or, en l'espèce, elles ne pouvaient revendiquer, à l'encontre de la France, que le bénéfice de l'article 5 § 1 a) de la Convention. Si l'article 6 entre en jeu, ce n'est qu'indirectement, au titre de l'exigence de régularité mentionnée à l'article 5. Ainsi, contrairement à l'opinion émise par M. Franz Matscher²¹⁷⁰ le problème relevait bel et bien de l'article 5 et non de l'article 6 de la Convention.

462. Transposé aux relations privées internationales, un tel raisonnement conduit inévitablement soit à écarter tout contrôle du jugement étranger, soit à constater une extension matérielle de la Convention. En effet, l'arrêt *Drozd et Janousek* ne s'explique qu'eu égard à son contexte spécifique. Or, en matière civile, il n'existe aucune disposition équivalente à l'article 5 de la Convention qui permettrait de servir d'appui au contrôle du respect d'un droit, le droit au procès équitable, en toute occurrence inapplicable. Faute d'une disposition dans la dépendance de laquelle se poserait la question du caractère équitable de la procédure étrangère, nul contrôle ne pourrait être exigé de l'État. En l'imposant néanmoins dans l'affaire *Pellegrini*²¹⁷¹, la Cour procède, implicitement mais nécessairement, à un enrichissement de l'article 6 de la Convention. En l'espèce, la déclaration de nullité du mariage de la requérante pour cause de consanguinité avait été émise par les juridictions du Vatican puis rendue exécutoire dans l'ordre juridique italien par un arrêt de la Cour d'appel de Florence du 8 novembre 1991. Constatant d'une part que le Vatican n'avait pas ratifié la Convention et

juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne : « *Non que la France (ou l'Espagne) ne puisse exécuter des peines d'emprisonnement prononcées par les tribunaux de pays ou entités tiers, ou qu'elles puissent le faire dans le seul cas où ils ont agi de manière entièrement conforme aux clauses de la Convention, qui ne les lie pas. Il doit cependant exister un certain contrôle effectif du respect, par la juridiction étrangère, des garanties à considérer comme fondamentales sous l'angle de la Convention* ».

²¹⁶⁸ CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, §§ 108 et s..

²¹⁶⁹ D'ailleurs dans son arrêt, la Cour semble avoir accordé un poids déterminant à la déclaration du Gouvernement français selon laquelle « *la France refuserait sa collaboration coutumière s'il s'agissait d'exécuter sur son sol une sentence andorrane manifestement contraire aux prescriptions de l'article 6 ou aux principes qu'il consacre* » (CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne, § 110).

²¹⁷⁰ F. MATSCHER, opinion concordante sous CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne.

²¹⁷¹ CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 Pellegrini c/ Italie, précité.

d'autre part que la requête était dirigée contre l'Italie, la Cour de Strasbourg a considéré que sa tâche « *consiste dès lors non pas à examiner si la procédure s'étant déroulée devant les juridictions ecclésiastiques était conforme à l'article 6 de la Convention, mais si les juridictions italiennes, avant de donner l'exequatur à ladite déclaration de nullité, ont dûment vérifié que la procédure y relative remplissait les garanties de l'article 6* »²¹⁷². Une fois encore, la Cour souligne l'indépendance des deux procédures et les conséquences qui en découlent. La responsabilité encourue par l'État requis dans l'hypothèse de la reconnaissance d'un jugement étranger ne résulte pas d'une prolongation de l'inéquité procédurale survenue à l'étranger, mais d'une obligation autonome de contrôle de la procédure étrangère dérivée de l'article 6²¹⁷³. La conclusion de l'arrêt *Pellegrini* est elle-même très révélatrice puisque le constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention se fonde sur le manquement des juridictions italiennes « *à leur devoir de s'assurer, avant de donner l'exequatur à l'arrêt de la Rote Romaine, que dans le cadre de la procédure ecclésiastique la requérante avait bénéficié d'un procès équitable* »²¹⁷⁴.

463. La seule faiblesse du raisonnement réside dans la justification de l'extension de l'article 6 § 1 de la CEDH et peut, à ce titre, apparaître rédhibitoire. En effet, l'alourdissement des engagements des Hautes Parties contractantes ne saurait se satisfaire d'une simple affirmation. Néanmoins, si la Cour n'a pas convoqué les traditionnels mécanismes amplificateurs de la Convention afin d'asseoir sa solution, elle a développé une argumentation innovante. Sa position découle de la conjugaison de deux éléments inédits énoncés au paragraphe 40 de l'arrêt *Pellegrini*. D'une part, le contrôle s'impose dans la mesure où « *la décision dont on demande l'exequatur émane des juridictions d'un pays qui n'applique pas la Convention* ». D'autre part, il apparaît « *d'autant plus nécessaire lorsque l'enjeu de l'exequatur est capital pour les parties* ». Le souci de la démonstration est louable, mais son contenu n'est pas de nature à clore définitivement le débat relatif à la pertinence du rattachement de l'obligation de contrôle à l'article 6 de la Convention.

En ce qui concerne le premier point, il participe de l'idée, en soi fort légitime, selon laquelle une personne relevant de la juridiction d'un État Partie ne devrait jamais être privée de la

²¹⁷² *Ibid.*, § 40.

²¹⁷³ En ce sens, notamment, L.-L. CHRISTIANS, note sous CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 *Pellegrini* c/ Italie, *RCDIP* 2004 p. 119.

²¹⁷⁴ CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 *Pellegrini* c/ Italie, § 47. Le juge Costa souligne d'ailleurs dans son commentaire, que « *la Cour européenne des droits de l'homme impute à ce pays, non des violations directes de la règle de droit (l'article 6), mais un défaut de vigilance (ou une insuffisance de motivation) à l'égard de juridictions radicalement étrangères à son système juridique* » (*RTDH* 2002 p. 474).

protection que lui assure la CEDH. Son expression, toutefois, n'est pas exempte de tout reproche, essentiellement en raison de ses conséquences. Une lecture *a contrario* restreint en effet de façon surprenante l'étendue de la responsabilité de l'État requis en fonction de l'origine du jugement étranger²¹⁷⁵. S'il émane d'un autre État partie ou d'un État tiers qui appliquerait néanmoins, d'une quelconque façon, la Convention, il n'y aurait aucun devoir de vigilance internationalement sanctionné. Elle conforterait ainsi l'opinion de certains qui prônent l'aménagement d'un régime particulier au profit des jugements provenant d'un autre État Partie qu'ils auréolent d'une sibylline présomption de régularité²¹⁷⁶. Le point de vue pêche par un excès de confiance dans le système juridique des États membres et dans l'attitude de leurs autorités, car appliquer la Convention ne signifie pas nécessairement la respecter²¹⁷⁷. À la vérité, le contrôle s'impose en toutes circonstances et, à cet égard, le premier argument n'apporte rien.

Quant au second, son aptitude à justifier, à lui seul, l'extension matérielle de l'article 6 de la Convention semble à l'examen bien fragile. La notion d' « enjeu » n'est pas inconnue de la jurisprudence de la Cour. Elle figure parmi les éléments permettant d'apprécier le caractère raisonnable de la durée d'une procédure²¹⁷⁸ et, d'une manière générale, elle conduit les juges de Strasbourg « à tenir un compte plus rigoureux de l'incidence des violations alléguées sur les moyens d'existence du requérant »²¹⁷⁹. Alors que, classiquement, l' « enjeu » influence l'intensité du contrôle européen, l'arrêt *Pellegrini* semble lui imprimer une dimension supplémentaire. De la sorte, il deviendrait un nouveau concept opérationnel de la jurisprudence strasbourgeoise tendant à l'enrichissement des droits et libertés garantis. À

²¹⁷⁵ L.-L. CHRISTIANS, note préc., p. 119 ; L. SINOPOLI, « Droit au procès équitable et *exequatur* : Strasbourg sonne les cloches à Rome (à propos de l'arrêt *Pellegrini* c/ Italie du 20 juillet 2001) », *Gazette du Palais*, 21-23 juillet 2002, p. 8. *Contra* J.-P. COSTA, « Le Tribunal de la Rote et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2002 p. 475 : « si l'on en revient à la formulation très générale de l'arrêt, on voit qu'aux yeux de la Cour il suffit que l'*exequatur* de n'importe quel jugement étranger ait une importance cruciale pour la personne en cause ».

²¹⁷⁶ F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 222 ; L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 327, n° 315.

²¹⁷⁷ J.-F. FLAUSS, « L'*exequatur* des jugements étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Droz, Genève, 2002, p. 78 ; *Id.*, « L'*exequatur* des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg », *LPA* 18 avril 2002 n° 78 p. 15.

²¹⁷⁸ E. KRINGS, « Le délai raisonnable à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Vers un droit substantiel à l'exécution des décisions de justice », in M.-T. Caupain et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 235 ; CEDH 6 avril 2000 requête n° 34369/97 *Thlimmenos* c/ Grèce, § 60 ; CEDH 3 octobre 2000 requête n° 35589/97 *Kanoun* c/ France, § 51 ; CEDH 14 novembre 2000 requête n° 38437/97 *Delgado* c/ France, § 50 ; CEDH 19 février 2004 requête n° 52662/99 *Jorge Niva Jorge* c/ Portugal, § 33.

²¹⁷⁹ J.-P. MARGUÉNAUD, note sous CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 *Pellegrini* c/ Italie, *RTDC* 2001 p. 988.

supposer même que cette évolution se confirme, l' « enjeu du litige » demeure un argument très circonstancié. Dans l'affaire *Pellegrini*, ce n'est pas tant l'*exequatur* du jugement déclarant la nullité du mariage qui est prise en compte que son incidence sur la rente d'entretien versée par le mari de la requérante. Ainsi, l'obligation de vérifier, préalablement à l'*exequatur*, que l'élaboration du jugement étranger n'a pas méconnu le droit au procès équitable serait dans la dépendance de l'intérêt que présente le litige pour les plaideurs. Une fois encore, le lien établi entre la nécessité d'un contrôle et l' « enjeu » de la procédure se comprend, mais il engendre une variation du contrôle européen dont la pertinence est douteuse. Pour quelle obscure raison le respect de la Convention s'imposerait-il avec moins de force dans l'hypothèse où la décision étrangère n'a aucune répercussion patrimoniale ? L'analyse proposée par Mme Laurence Sinopoli sous l'angle de l'article 6 apparaît dès lors très affaiblie. Pour autant, il ne s'agit pas de remettre en cause la justesse de la position de la Cour. Simplement, il reste à déterminer le fondement conventionnel exact de l'obligation de contrôle et la justification de son existence.

2 Un contrôle imposé par l'article 13 CEDH

464. Le fondement de l'obligation de contrôle ne réside pas dans les dispositions du droit au procès équitable. Il est ailleurs et sa recherche a pour point de départ deux postulats. En premier lieu, il est constant que l'individu ne peut reprocher à l'État requis la méconnaissance, à l'étranger, du droit au procès équitable. Cependant, et, en second lieu, dès lors qu'il se trouve sur son territoire, il relève de sa juridiction. Or, en vertu de l'article 13 de la Convention, « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ».

Dans cette perspective, l'essentiel est que l'individu dispose d'un grief défendable fondé sur la Convention²¹⁸⁰, « c'est-à-dire ne manquant pas totalement de fondement et posant à première vue un problème au regard de la Convention »²¹⁸¹. En d'autres termes, « l' "effectivité" d'un "recours" au sens de l'article 13 ne dépend pas de la certitude d'une issue

²¹⁸⁰ CEDH 10 février 2004 requête n° 42023/98 Gennadiy Naumenko c/ Ukraine, § 134 ; CEDH 26 octobre 2000 requête n° 30210/96 Kudla c/ Pologne, § 157 ; CEDH 27 avril 1988 requêtes n° 9659/82 et 9658/82 Boyle et Rice c/ Royaume-Uni, § 52.

²¹⁸¹ CEDH 30 janvier 2001 requête n° 39277/98 Vermeersh c/ France.

favorable pour le requérant »²¹⁸². Le bénéfice de cette disposition n'est donc pas suspendu à la constatation préalable d'un manquement à l'un quelconque des droits et libertés garantis. Certes, une telle interprétation contredit la lettre de l'article 13, mais la Cour a rapidement mis en lumière l'inconséquence d'une lecture littérale. En effet, s'il a pour objet d'offrir à l'individu l'accès à une instance nationale afin d'établir un manquement à la Convention, encore faut-il que l'individu soit à même de saisir une telle instance²¹⁸³ !

465. La généralité des termes figurant à l'article 13 permet, *a priori*, de négliger l'extranéité de la violation²¹⁸⁴. Toutefois, même si la Cour n'a pas livré une définition abstraite du « *grief défendable* » et privilégie à cet égard une démarche pragmatique²¹⁸⁵, certains de ses arrêts et décisions semblent fragiliser la pertinence du recours à l'article 13 lorsque la violation alléguée est survenue à l'étranger par le fait d'un État tiers. En particulier, elle estime que le requérant ne satisfait pas à la condition du « *grief défendable* » lorsque le problème qu'il soulève ne ressortit pas au domaine de la Convention²¹⁸⁶. Or, précisément, dans l'hypothèse envisagée, la CEDH est, au regard de l'État requis et sous l'angle du manquement au droit au procès équitable lors de l'instance directe, inapplicable. Au demeurant, la très importante décision sur la recevabilité rendue le 15 janvier 2004 dans l'affaire *Lindberg*²¹⁸⁷ trahit les hésitations de la Cour. En l'espèce, les juridictions suédoises avaient ordonné au requérant, de nationalité norvégienne et résidant en Suède, le paiement de certaines sommes d'argent consécutivement à la reconnaissance d'un jugement norvégien le condamnant pour diffamation en raison de déclarations contenues dans un rapport d'inspection qu'il avait établi. Il estimait que la décision norvégienne bafouait son droit à la liberté d'expression et reprochait alors à la Suède de ne pas lui avoir offert, préalablement à sa

²¹⁸² CEDH 10 avril 2003 requête n° 53401/99 *Konti-Arvaniti c/ Grèce*, § 28 ; CEDH 6 février 2001 requête n° 44599/98 *Bensaïd c/ Royaume-Uni*, § 56 ; CEDH 26 octobre 2000 requête n° 30210/96 *Kudla c/ Pologne*, § 157.

²¹⁸³ CEDH 6 septembre 1978 requête n° 5029/71 *Klass c/ Allemagne*, § 64.

²¹⁸⁴ Voir, cependant, CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 *Al-Adsani c/ Royaume-Uni* : « *Dans l'arrêt Aksoy c. Turquie, elle a conclu que l'article 13 combiné avec l'article 3 impose aux États de mener une enquête approfondie et effective au sujet des cas de torture et, dans l'arrêt Assenov et autres c. Bulgarie, elle a considéré que, lorsqu'un individu affirme de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables de l'État, de graves sévices illicites et contraires à l'article 3, cette disposition, combinée avec le devoir général imposé à l'État par l'article 1 de la Convention (...), requiert, par implication, qu'il y ait une enquête officielle effective. Cette obligation ne vaut toutefois que pour les mauvais traitements dont il est prétendu qu'ils ont été commis dans la juridiction de l'État* » (§ 38).

²¹⁸⁵ F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Thémis, 2^{ème} édition, 2004, p. 325.

²¹⁸⁶ CEDH 27 mars 2001 requête n° 35585/97 *Kervoelen c/ France*. En l'occurrence, le grief du requérant portait sur l'impossibilité d'introduire un recours à la suite d'une prétendue violation de l'article 6 alors que la situation ne relevait ni de la matière pénale, ni des droits et obligations de caractère civil.

²¹⁸⁷ CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 *Odd F. Lindberg c/ Suède*.

réception définitive, c'est-à-dire sous une forme inconditionnelle, concrète et individuelle, dans l'ordre juridique suédois, un recours permettant de la contrôler sous l'angle de l'article 10 de la Convention. Dans cette perspective, la Cour a souligné que l'existence d'un grief défendable ne saurait directement se déduire de l'instance directe. Sa recherche doit se borner à l'instance en *exequatur*, car « *une approche contraire donnerait au requérant la possibilité indue d'obtenir la ré-ouverture d'affaires définitivement jugées, au risque de contrarier la cohérence de la répartition des tâches entre les autorités nationales et la Cour européenne, qui forme le système de garantie collective de la Convention* »²¹⁸⁸. Aussi considère-t-elle que le requérant aurait été mieux inspiré de diriger son recours contre la Norvège²¹⁸⁹. La remarque n'est certainement pas anodine, mais les incertitudes affectant l'existence d'un grief défendable ne résultent pas explicitement de cette considération.

En effet, pour étayer sa position, le requérant invoquait l'arrêt *Bladet Tromso* rendu par la Cour dans des circonstances similaires et à l'occasion duquel elle avait constaté un manquement à l'article 10 de la CEDH²¹⁹⁰. Un journal et son éditeur avaient également été condamnés pour diffamation parce qu'ils avaient repris certains passages du rapport officiel élaboré par M. Lindberg. Au-delà, les juges strasbourgeois relèvent des différences capitales entre les deux affaires. D'une part, l'une d'elle se rapporte à la liberté de la presse de communiquer des informations alors que l'autre concerne la propre liberté d'expression du requérant en tant que fonctionnaire. D'autre part, la question posée dans l'affaire *Bladet Tromso* consistait uniquement à déterminer si la presse pouvait raisonnablement s'appuyer sur un rapport officiel d'inspection sans avoir à diligenter ses propres recherches afin de vérifier l'exactitude des faits qui y sont mentionnés. La bonne foi des journalistes avait alors motivé le constat de violation de l'article 10 de la Convention. Par conséquent, la Cour estime que le requérant ne saurait se prévaloir de l'affaire *Bladet Tromso*. En d'autres termes, si elle éprouve du scepticisme quant à l'existence d'un grief défendable ce n'est pas tant en raison de l'auteur et de la localisation de la prétendue violation, à propos desquels l'article 13 est muet, que du caractère très improbable de ladite violation²¹⁹¹.

²¹⁸⁸ *Ibid.* : « *A contrary approach would give an applicant the indu possibility of having reopened matters already finally settled, at the risk of upsetting the coherence of the division of roles between national review bodies and the European Court, making up the system of collective enforcement under the Convention* ».

²¹⁸⁹ Ce qu'il a fait, mais l'ancienne Commission EDH a déclaré sa requête irrecevable pour dépassement du délai de 6 mois prévu à l'article 35 § 1 de la CEDH.

²¹⁹⁰ CEDH 20 mai 1999 requête n° 21980/93 *Bladet Tromso et Stensaas c/ Norvège*.

²¹⁹¹ Cette interprétation trouve un appui supplémentaire dans la conclusion de la Cour relativement à la prétendue violation de l'article 10 de la Convention que réaliserait, en elle-même, la décision suédoise de reconnaissance. À cet égard, les juges strasbourgeois doivent inévitablement examiner le contenu du jugement norvégien et, par conséquent, s'ils estiment que la reconnaissance ne constitue pas un manquement à la Convention, ils admettent qu'il en va de même pour la décision étrangère. Certes, l'applicabilité de l'article 13 ne nécessite pas la certitude

466. Ainsi, toute personne alléguant, de manière défendable, avoir subi une atteinte à l'un des droits conventionnellement garantis par le biais d'un jugement étranger, pourrait, sur le fondement de l'article 13, exiger de l'État requis qu'il le contrôle au regard de la CEDH. Et, dès lors que cette obligation se trouve désolidarisée de l'article 6 § 1, elle intéresse aussi bien le contenu de la décision étrangère que la procédure qui l'a précédée. Cependant, le changement de perspective n'entraîne aucune modification radicale. Aux termes de la jurisprudence européenne, en effet, le recours doit habiliter l'autorité nationale compétente à connaître du contenu du grief et offrir le redressement approprié, même si les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition²¹⁹². Plus précisément, il doit s'agir d'un « *recours aussi effectif qu'il peut l'être eu égard à sa portée limitée, inhérente au contexte* »²¹⁹³. C'est dire encore que, si l'effectivité du recours impose, le cas échéant, de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une décision étrangère au motif qu'elle contrevient à la CEDH, elle ne peut se comprendre comme astreignant l'État à se saisir lui-même de l'affaire ou à substituer à l'examen de la régularité internationale une révision au fond. La perception de l'effectivité ne varie pas en fonction de l'origine de la norme bien qu'il fût concevable que la Cour hausse le niveau de ses exigences face à un jugement étranger émanant d'une autre Haute Partie contractante. En effet, *a contrario*, l'arrêt *Drozdz et Janousek* signifie que la Convention régit les actes des États Parties et oblige en conséquence leurs partenaires contractuels à leur imposer ses règles. L'État requis se trouverait alors dans l'obligation de sanctionner lui-même les atteintes à la CEDH et ainsi réformer le jugement étranger. Une telle contrainte aurait le mérite de redonner un peu de vigueur au système de garantie collective de la Convention puisque le recours interétatique, conçu à l'origine comme la pierre angulaire du système, est quasiment abandonné dans les faits²¹⁹⁴. Cependant, le droit international tant privé que public s'oppose à une telle issue. Ils forment au demeurant le

d'une issue favorable, mais, en l'espèce, la Cour souligne l'évidence du caractère manifestement mal fondé du grief puisque seules quelques lignes lui ont suffi pour considérer que la reconnaissance était « *clairement nécessaire au sens du second paragraphe de l'article 10* » (« *the Court finds that the interference resulting from the decision to enforce the judgment was clearly "necessary" within the meaning of the second paragraph of Article 10* »).

²¹⁹² CEDH 10 février 2004 requête n° 42023/98 Gennadiy Naumenko c/ Ukraine, § 134

²¹⁹³ CEDH 26 octobre 2000 requête n° 30210/96 Kudla c/ Pologne, § 151 ; CEDH 15 novembre 1996 requête n° 22414/93 Chahal c/ Royaume-Uni, § 150 ; CEDH 6 septembre 1978 requête n° 5029/71 Klass c/ Allemagne, § 69.

²¹⁹⁴ L.-E. PETTITI, « Réflexion sur les mécanismes de la Convention (De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui) », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 27.

contexte au regard duquel s'apprécie l'effectivité du recours que l'État doit offrir au titre de l'article 13 de la Convention. Ce qui importe, en définitive, est non seulement la teneur du contrôle exercé qui, d'une façon ou d'une autre, doit intégrer les dispositions de la Convention, mais également sa réalisation concrète²¹⁹⁵ que l'on ne saurait présumer²¹⁹⁶.

467. Une telle analyse est bien évidemment de nature à influencer la détermination des éléments auxquels la régularité internationale d'un jugement étranger est subordonnée. Dans la mesure où il découle de la Convention un certain nombre d'exigences relativement à la compétence générale²¹⁹⁷, il n'est pas exclu que les restrictions affectant sa vérification apparaissent en contradiction avec l'article 13 de la CEDH. En réduisant les possibilités de contrôle de la compétence²¹⁹⁸, certains règlements communautaires sont susceptibles de soulever une réelle difficulté, à moins que la spécificité de l'ordre juridique communautaire n'exerce ici quelque influence²¹⁹⁹. Cependant, si elle permet de constater le caractère objectif et raisonnable du traitement préférentiel des ressortissants communautaires, elle n'a pas vocation à tout justifier et en particulier un affaiblissement du droit au procès équitable.

Les conditions de création d'un titre exécutoire européen soulève des interrogations similaires. Inconcevable autrement que dans un espace aussi intégré que l'Union, un tel mécanisme risque de ne pas trouver grâce aux yeux de la Cour de Strasbourg. S'il renforce la libre circulation des jugements et apparaît en cela comme une manifestation du droit à leur exécution, l'immunité conférée au titre exécutoire couplée à l'irresponsabilité de l'État requis est en porte à faux avec la CEDH. En effet, elle n'agit pas seulement dans le sens d'une

²¹⁹⁵ M. SINKONDO, « Le fabuleux destin de l'article 13 de la C.E.D.H. et ses suites heureuses pour les garanties individuelles », *RRJ* 2005-1 p. 260.

²¹⁹⁶ Voir à cet égard les craintes exprimées par J. Liddy dans son opinion partiellement dissidente sous Commission 11 décembre 1990 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne.

²¹⁹⁷ Cf. *supra*.

²¹⁹⁸ Article 35-3 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« sans préjudice des dispositions du paragraphe 1, il ne peut être procédé au contrôle de la compétence des juridictions de l'État membre d'origine. Le critère de l'ordre public visé à l'article 34, point 1, ne peut être appliqué aux règles de compétence ») auquel renvoie l'article 25-1 du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité ; voir également l'article 24 du Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs : « Interdiction du contrôle de la compétence de la juridiction : Il ne peut être procédé au contrôle de la compétence de la juridiction de l'État membre d'origine. Le critère de l'ordre public visé à l'article 22, point a), et à l'article 23, point, a), ne peut être appliqué aux règles de compétence visées aux articles 3 à 14 ».

²¹⁹⁹ CEDH 18 février 1991 requête n° 12313/86 Moustaqim c/ Belgique, § 49 ; CEDH 7 août 1996 requête n° 21794/93 C. c/ Belgique, § 38 : « les États membres de l'union européenne forment un ordre juridique spécifique ». Voir également CEDH 30 juin 2005 requête n° 45036/98 Bosphorus c/ Irlande, préc., qui, d'un autre point de vue, souligne la spécificité de l'Union européenne et son influence sur l'exercice du contrôle européen.

coordination toujours plus grande des ordres juridiques et d'une continuité toujours plus fluide des situations individuelles. Le mouvement d'ouverture qu'elle initie rencontre des limites, guidées aussi bien par la protection de l'ordre juridique du for que par la sauvegarde des droits des individus. Elles imposent alors que l'État ne s'associe pas aveuglément à l'œuvre normative étrangère et, à ce titre, l'article 13 de la Convention l'oblige à offrir aux individus relevant de sa juridiction un recours adéquat et disponible. La Cour de Strasbourg pourrait ainsi perturber le fonctionnement du mécanisme à moins qu'elle n'adapte son raisonnement à la logique du titre exécutoire européen. Actuellement, la responsabilité de l'État requis se justifie parce qu'il assume de manière autonome l'exécution de la décision étrangère²²⁰⁰. Sous ce rapport, la Cour paraît accorder une grande importance à ses engagements internationaux. Par exemple, la Convention des Nations-Unies du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger prévoit en son article 6 qu'il appartient à l'État sur le territoire duquel réside le débiteur de prendre, au nom du créancier, toutes les mesures propres à assurer le recouvrement des aliments. Il dispose à cet égard d'une certaine liberté puisque, aux termes de l'article 5, il peut introduire à cette fin soit une procédure d'*exequatur* ou d'enregistrement, soit une nouvelle action fondée sur la décision étrangère qui lui a été transmise. L'État d'origine ou l'État expéditeur n'ont ainsi aucun rôle à jouer dans la réalisation concrète des droits du créancier. C'est ainsi que la Cour a considéré dans l'affaire *W. K.*²²⁰¹ que l'Italie était seule responsable du retard dans l'exécution des effets substantiels du jugement polonais relatif aux aliments. L'État Polonais ne supervisait pas la procédure introduite dans l'État requis et n'avait donc pas la possibilité de redresser la violation alléguée. Une requête dirigée contre lui n'aurait eu aucun sens. À l'inverse, si la Cour constate que la situation échappe totalement à l'État requis en vertu d'un règlement communautaire, alors, elle pourrait estimer que seul l'État d'origine encourt une responsabilité. Le parallélisme, cependant, ne convainc guère. Le raisonnement *a contrario* se heurte en effet à la notion de juridiction. Même si l'État requis n'a aucun pouvoir, la situation n'en relève pas moins de sa juridiction, notion essentiellement territoriale. À ce titre, il s'engage à respecter les droits définis par la Convention²²⁰². La situation paraît ainsi des plus incertaine.

²²⁰⁰ Cf. CEDH 20 juillet 2004 requête n° 38805/97 *W. K. c/ Italie*, § 21.

²²⁰¹ *Ibidem*.

²²⁰² Cf. *supra*.

468. L'article 13 de la CEDH permet de promouvoir une conception unitaire des obligations des Hautes Parties contractantes en matière de réception des décisions étrangères. Sur son fondement, il n'y a pas lieu de distinguer entre le fond et la forme ou selon que le litige revêt une importance capitale pour les parties. Il n'est pas davantage nécessaire de prévoir un régime particulier pour les jugements provenant d'un autre État membre. La référence à l'article 13 prive en effet la Cour de la marge de manœuvre dont elle pouvait disposer dans la construction d'une obligation inédite dérivée de l'article 6. Seule la notion de « *grief défendable* », sur laquelle les données géographiques n'ont pas d'influence, délimite son champ d'application.

469. Au fil de leur jurisprudence, les organes de la Convention ont donc patiemment élaboré une obligation générale à la charge de l'État requis de vérifier, préalablement à sa reconnaissance ou son exécution, que le jugement étranger ne méconnaissait pas les droits et libertés garantis. Une vigilance inexistante ou inconsistante entraîne alors un manquement, de la part de l'État requis, à la Convention et plus précisément à son article 13. Certes, la réception de la décision étrangère qui bafoue la CEDH à raison de son contenu ou de la procédure qui l'a précédé n'efface pas l'extranéité de la violation, mais dès lors que les intéressés se trouvent sur le territoire d'une Haute Partie contractante, celle-ci doit leur assurer le bénéfice des droits définis au titre I de la Convention. Si elle ne peut revenir sur ce qui s'est produit à l'étranger, il n'en reste pas moins que l'individu a pu subir une violation de ses droits. Et, lorsque cette dernière présente les caractères d'un grief défendable, l'État requis a alors l'obligation, sous l'effet conjugué des articles 1 et 13 de la CEDH, d'instaurer un mécanisme de contrôle du jugement étranger dont l'effectivité s'appréciera, en dernière analyse, au regard de sa capacité à évincer les normes individuelles indésirables. En effet, l'État requis n'est pas seulement astreint à prévoir un contrôle lors de la réception du jugement étranger. Il doit également s'abstenir de rendre une décision qui constituerait elle-même une violation de la Convention.

§ II L'obligation de respecter la CEDH dans le for requis

470. L'obligation de contrôle du jugement étranger se double naturellement de celle de respecter, dans le for requis, les autres dispositions de la Convention. En atteste l'affaire *Lindberg* puisque, après avoir vérifié que les autorités suédoises offraient un recours permettant de vérifier que le jugement étranger ne méconnaissait pas la Convention, la Cour

s'est assurée que sa reconnaissance ne constituait pas, en elle-même, une violation du droit à la liberté d'expression du requérant. L'observation des stipulations conventionnelles se décline alors selon deux perspectives.

471. D'une part, il convient que l'État requis organise la procédure tendant à la réception de la décision étrangère conformément au droit au procès équitable. Rappelons que, dans la mesure où la Cour en privilégie une approche finaliste, ses aspects objectifs ne sont pas de nature à exclure l'application de l'article 6 § 1²²⁰³.

472. D'autre part, il importe que la reconnaissance ne réalise pas un manquement aux exigences de la CEDH. En d'autres termes, lorsque la décision étrangère apparaît incompatible avec la Convention à raison de son contenu, son éviction s'impose. Que l'État requis n'en soit pas l'auteur est indifférent, car il prend la responsabilité de consacrer au sein de son ordre juridique une solution contrevenant aux droits et libertés garantis²²⁰⁴. La situation n'est alors guère différente de celle dans laquelle un juge d'une Haute Partie contractante met en œuvre une loi étrangère. Bien que la seule décision²²⁰⁵ de la Cour de Strasbourg se rapportant à la contrariété des effets substantiels d'un jugement étranger avec la CEDH ne soit pas très explicite, l'obligation qui pèse sur l'État requis d'opposer la Convention repose sur l'article 1^{er}. À l'occasion de l'instance en *exequatur*, en effet, les individus relèvent clairement de sa juridiction, et en conséquence il doit assurer la sauvegarde de leurs droits.

Au demeurant, les juridictions françaises n'hésitent pas à convoquer la CEDH au soutien de leurs jugements ou arrêts abondant, dans les circonstances les plus diverses²²⁰⁶, le problème de la reconnaissance des décisions étrangères. Pour justifier l'intervention de la CEDH dans ce domaine, elles s'appuient fréquemment sur son article premier et rappellent, par ce biais, que la décision qu'elles prononceront sera imputable au souverain au nom duquel elles statuent.

²²⁰³ Cf. *supra*.

²²⁰⁴ Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 110 et s., n° 190 et s. ; P. MAYER, « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991 p. 657 ; *Id.*, « Droit à un procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 1996, p. 129.

²²⁰⁵ CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 Odd F. Lindberg c/ Suède.

²²⁰⁶ Comme le refus d'ordonner le retour immédiat de l'enfant au motif que les modalités du droit de garde fixées dans une décision anglaise méconnaissaient la liberté de circulation consacrée à l'article 2 du Protocole additionnel n° 4 (TGI Périgueux 17 mars 1992, préc.), ou encore le refus de reconnaître les effets d'une répudiation (voir, par exemple, Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1994, préc. ; Civ. 1^{ère} 31 janvier 1995 Kari, préc. ; Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, préc.).

Par exemple, lorsque l'une des parties se prévaut d'une répudiation, la Cour de cassation précise que l'appréciation de cette dernière s'effectuera au regard, notamment, de « *l'égalité des droits et responsabilité entre époux lors de la dissolution du mariage reconnue par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° 7, à la Convention européenne des droits de l'homme (...) que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant, (...), de sa juridiction* »²²⁰⁷. Cependant qu'une telle motivation illustre une heureuse concordance entre les conceptions interne et européenne de la notion de juridiction, la Cour de cassation a récemment manifesté sa volonté de restreindre le domaine des engagements de la France. Par deux arrêts du 17 février 2004²²⁰⁸, elle a certes admis le contrôle des effets d'une décision étrangère à l'aune des exigences de la Convention, mais uniquement parce que, dans la première espèce, « *les deux époux étaient domiciliés sur le territoire français* »²²⁰⁹ et que, dans la seconde, « *la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français* »²²¹⁰. Ils apparaissent de la sorte fort discutables en ce qu'ils développent une interprétation nationaliste du champ d'application de la CEDH dont les limites et les faiblesses ont été précédemment mises en lumière²²¹¹. Il serait souhaitable que les incidentes ne soient que des maladroites rédactionnelles et que la Cour de cassation, et d'une manière générale l'ensemble des juridictions internes, tirent toutes les conséquences de la décision *Bankovic*.

473. Parce que les individus relèvent de la juridiction des États Parties à l'occasion de l'instance en *exequatur*, leurs tribunaux ont l'obligation de leur reconnaître les droits et libertés conventionnellement garantis. De ce point de vue, la CEDH contribue à protéger le for contre l'ensemble des jugements étrangers qui méconnaîtraient la Convention à raison de leur contenu.

474. En définitive, lorsque des individus saisissent un juge statuant au nom d'une Haute Partie contractante, ils relèvent de la juridiction de cette dernière. À ce titre, elle doit s'assurer qu'ils bénéficieront de l'ensemble des droits et libertés contenus dans la CEDH. Peu importe alors que le cas nécessite la mise en œuvre d'une loi étrangère ou intéresse la réception d'un jugement étranger, car, pour chacune de ces hypothèses, l'État requis encourt une

²²⁰⁷ Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995 Fazouane, préc. ; Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, préc. ; Civ. 1^{ère} 27 janvier 1998 Séfiani, préc..

²²⁰⁸ Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (n° 256 et 258), précité.

²²⁰⁹ N° 256.

²²¹⁰ N° 258.

²²¹¹ Cf. *supra*.

responsabilité qui trouve directement sa source dans un acte qui lui est imputable. Dès lors, il paraît peu approprié de qualifier le phénomène « d'effet extraterritorial de la CEDH », car, même entendu dans son acception la plus générale²²¹², et bien que tout examen de la norme étrangère ne soit pas exclu, le processus d'application de la Convention se limite au territoire du for requis²²¹³. En outre, l'opposabilité de la Convention aux normes étrangères ne correspond en aucune façon à la conception de l'extraterritorialité développée par la Cour, notamment dans sa décision *Bankovic*, qui concerne, de façon très spécifique, les cas dans lesquels un État agit en dehors de son territoire tout en restant dans les limites de sa juridiction²²¹⁴. La formule « application indirecte de la CEDH », qui vise l'effet de la Convention à l'encontre des normes individuelles dont la procédure d'élaboration ne présente pas un caractère équitable, n'est guère plus adéquate. Employée pour la première fois par M. Franz Matscher à propos du raisonnement tenu par la Cour dans l'affaire *Drozdz et Janousek*, elle a été considérablement enrichie par Mme Laurence Sinopoli. De son point de vue, « *cette forme d'application consiste à apprécier le caractère licite des faits attribuables à l'État du for en prenant en considération le comportement des juridictions étrangères, ou pour le dire autrement, en considérant les faits attribuables à l'État du for comme une réaction à la procédure étrangère* »²²¹⁵. L'analyse proposée, cependant, n'est pas pleinement convaincante. Lorsqu'elle confronte la procédure étrangère au droit au procès équitable, la Cour ne s'appuie pas sur une applicabilité indirecte de l'article 6, mais sur les obligations de l'État requis qui découlent directement de la Convention. Tant l'arrêt *Pellegrini* que la décision *Lindberg* le confirment, chacun d'eux illustrant, sur des fondements différents, l'article 6 pour le premier, l'article 13 pour la seconde, le devoir incombant à l'État requis de vérifier l'équité de la procédure qui a précédé le jugement étranger dont un plaideur souhaite la reconnaissance. Aussi les conditions de l'applicabilité directe sont-elles réunies puisque le reproche

²²¹² Il y a « *extraterritorialité de l'application d'une norme, si tout ou partie du processus d'application se déroule en dehors du territoire qui l'a émise* » (B. STERN, « L'extraterritorialité revisitée », *AFDI* 1992 p. 242 ; voir également, *Id.*, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI* 1986 p. 9). Comp. E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999 : « *l'effet extraterritorial d'une norme peut être présenté comme constituant une application large d'une norme issue d'un ordre juridique (...) à des situations qui se sont développées au-delà des frontières du for* » (p. 33, n° 45).

²²¹³ J.-P. COSTA, note sous CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 *Pellegrini c/ Italie*, *RTDH* 2002 p. 474 ; J.-F. FLAUSS, « *L'exequatur des jugements étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme* », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Droz, Genève, 2002, p. 69-70 ; *Id.*, « *L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg* », *LPA* 18 avril 2002 n° 78 p. 11.

²²¹⁴ Pour un exposé des différentes formes que l'extraterritorialité peut emprunter, voir, notamment, J.-F. FLAUSS, « *Variations autour de l'influence extra-muros de la Convention européenne des droits de l'homme* », in J.-F. Flauss (dir.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit des États tiers*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 132 et s..

²²¹⁵ L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 218, n° 198.

susceptible d'être adressé à l'État requis se distingue de celui que le comportement de l'État d'origine peut susciter. C'est dire encore que, sous réserve d'être lié par la Convention, ce dernier encourt une responsabilité à raison des violations qui lui sont imputables²²¹⁶. Si donc cette responsabilité nouvelle n'est ni extraterritoriale, ni indirecte, le juge Costa remarque « *qu'elle ressemble à une sorte "d'action oblique quasi-délictuelle" (ou si l'on préfère une action en garantie contre l'État défendeur) : le requérant ne peut attaquer l'État A, mais il attaque l'État B pour avoir donné le caractère exécutoire sur le territoire de B à un jugement de A contraire à la Convention !* »²²¹⁷. L'explication est certes séduisante, mais ne concerne qu'une hypothèse particulière et demeure ainsi impuissante à embrasser l'ensemble du phénomène. À la vérité, la responsabilité encourue par l'État est somme toute très classique. La Convention contient un certain nombre de droits que l'État s'est engagé à reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction et la spécificité des situations visées n'exerce aucune influence sur le principe même de la responsabilité. Que l'acte étatique alors incriminé comporte un élément d'extranéité plus ou moins marqué constitue la seule originalité. Afin de la retranscrire dans une formule, M. Flauss note « *qu'il serait tentant d'évoquer une "extranéisation" des effets de la Convention* »²²¹⁸. Ainsi, exposé au risque d'une condamnation par la Cour de Strasbourg, l'État requis se trouve dans l'obligation d'éprouver, au regard de la CEDH, la pertinence de mettre en œuvre une loi étrangère ou de reconnaître une décision étrangère.

²²¹⁶ Cf. Commission 3 décembre 1990 requête n° 13478/87 Manubat Holding SARL c/ France : la décision illustre la possibilité pour le requérant d'engager concomitamment la responsabilité de l'État d'origine, en l'occurrence l'Italie, pour violation du droit au procès équitable et celle de l'État requis, la France, pour avoir accordé l'*exequatur* à la décision italienne. Cependant, pour prospérer, le requérant doit, à l'encontre de chaque État, observer les conditions de recevabilité énoncées à l'article 35 de la CEDH, en particulier le délai de six mois. En l'espèce, la décision italienne définitive avait été rendue plus de six mois avant l'introduction du recours ; cette partie de la requête était donc tardive et la Commission l'a fort logiquement rejetée (voir également, CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 Odd F. Lindberg c/ Suède : là encore, la partie de la requête dirigée contre la Norvège était tardive). Comp. en matière d'extradition, Commission 5 juillet 1994 requête n° 24132/94 HPL c/ Autriche : « *dans la mesure où le requérant semble se plaindre de ce qu'il ne bénéficiera pas d'un procès équitable après son extradition aux autorités allemandes, la Commission estime que, s'agissant de l'article 6 de la Convention, le Gouvernement de l'Allemagne est le seul responsable, au regard de la Convention, du procès du requérant sur son territoire et que l'extradition ne saurait engager la responsabilité du Gouvernement de l'Autriche qu'au cas où il risquerait de subir un déni de justice flagrant* » (voir également Commission 17 janvier 1996 requête n° 25336/94 Sommer c/ Italie).

²²¹⁷ J.-P. COSTA, note préc., p. 475.

²²¹⁸ J.-F. FLAUSS, « L'*exequatur* des jugements étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Droz, Genève, 2002, p. 70 ; *Id.*, « L'*exequatur* des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg », *LPA* 18 avril 2002 n° 78 p. 11. Voir, toutefois, J.-F. FLAUSS, « Variations autour de l'influence *extra-muros* de la Convention européenne des droits de l'homme », in J.-F. Flauss (dir.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit des États tiers*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 129 : l'auteur évoque la notion d'extraterritorialité dans l'hypothèse où « *la Convention européenne des droits de l'homme est appliquée à des actes ou des situations constituées sous l'emprise du droit d'un État tiers, mais qui reçoivent exécution, ou qui entendent obtenir exécution, dans l'ordre juridique d'un État Partie* » (p. 134).

Chapitre II Ajustement nécessaire des mécanismes du droit international privé interne aux exigences européennes

475. Pour la résolution d'un litige présentant un élément d'extranéité, la Commission EDH avait précisé dans sa décision *Gill et Malone*²²¹⁹ qu'il est de la responsabilité des Hautes Parties contractantes de veiller à la sauvegarde des droits et libertés garantis sans tenir compte du contenu du droit étranger éventuellement applicable. Si l'objectif assigné aux États en la matière apparaît clairement, les gardiens de la Convention sont en revanche demeurés plus discrets sur la méthode qu'il conviendrait d'adopter afin d'agir en conformité de leurs exigences. Ils indiquent seulement le point d'arrivée sans manifester aucune préférence quant au point de départ et au chemin à suivre. Leur réserve n'est guère surprenante, car, conformément à une jurisprudence constante²²²⁰ et parfois critiquée²²²¹, il incombe aux États de choisir les moyens à utiliser dans leur ordre juridique interne pour s'acquitter des obligations découlant de la Convention. Et, puisqu'il leur appartient, le cas échéant, de ne pas « tenir compte du contenu du droit »²²²² étranger, s'offrent alors plusieurs solutions dont la plupart avaient été envisagées par le Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne dans son importante décision du 4 mai 1971²²²³. Pour l'essentiel, il existe deux issues au problème général du respect de la Convention face au droit étranger. La première consiste à éviter toute confrontation. Ainsi, à l'égard de l'ensemble des situations susceptibles de soulever une difficulté au regard de la CEDH, il y aurait lieu d'écarter *a priori* la consultation voire le principe même de l'application d'une norme étrangère. La seconde a pour ambition d'instaurer un équilibre entre le nécessaire accueil du droit étranger et l'indispensable préservation des droits et libertés contenus dans la Convention. Il peut en effet sembler excessif de supposer qu'une norme étrangère leur portera fatalement atteinte et que les normes

²²¹⁹ Commission 11 avril 1996 requête n° 24001/94 *Gill et Malone c/ Pays-Bas et le Royaume-Uni* : « *it is important to note (...) that it was the Dutch authorities that took the relevant decisions regarding the recognition of the first applicant's paternity and it was their responsibility, irrespective of the contents of British law, to see it that the obligations under the Convention were respected* ».

²²²⁰ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 *Marckx c/ Belgique*, § 58 ; CEDH 4 décembre 2003 requête n° 39272/98 *M. C. c/ Bulgarie*, § 150 ; CEDH 22 décembre 2004 requête n° 68864/01 *Merger et Cros c/ France*, § 47 (*Clunet* 2005 p. 541 obs. C. Renaut, *RTDC* 2005 p. 335 obs. J.-P. Marguénaud).

²²²¹ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. 116 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 608 et s., n° 846 et s..

²²²² Commission 11 avril 1996 requête n° 24001/94 *Gill et Malone c/ Pays-Bas et le Royaume-Uni*.

²²²³ Tribunal de Karlsruhe 4 mai 1971 *RCDIP* 1974 p. 58, spéc. p. 71.

du for garantiront bien mieux leur effectivité. L'éviction de la norme étrangère est certes envisageable, mais elle résultera seulement d'une analyse circonstanciée de sa teneur et de ses implications. Aucune de ces options ne se conçoit de manière unique et aucune n'a une vocation évidente à l'exclusivité. Elles présentent cependant un point commun. Toutes deux se rapportent en effet à une même question plus générale qui consiste à déterminer si l'objectif de protection du for par la CEDH doit emprunter les mécanismes classiques du droit international privé ou au contraire s'en abstraire pour s'exprimer de façon autonome ? Si les orientations du droit français manquent de netteté, il apparaît toutefois que les limites, les impasses et les difficultés auxquelles mène la première branche de l'alternative (section I) incitent à privilégier la seconde (section II).

Section I L'application de la CEDH par les mécanismes classiques du droit international privé

476. Assurer le respect de la CEDH face aux normes étrangères ne saurait déboucher sur une remise en cause radicale des solutions du droit international privé et des objectifs généraux qu'il poursuit. En particulier, il serait fâcheux que la protection de l'ordre juridique du for qu'il institue enflé démesurément au contact des droits fondamentaux. Un minimum de souplesse « *paraît indispensable pour éviter une "déferlante" de la Convention sur toute norme étrangère, qui méconnaîtrait les finalités propres du droit international privé* »²²²⁴. Certains auteurs²²²⁵ préconisent dès lors que l'influence de la CEDH ne s'exerce que « *dans un champ d'application et selon des modalités définies par le droit international privé* »²²²⁶. L'entreprise connaît cependant des limites qu'il semble difficile d'ignorer. Si, *a priori*, rien n'interdit l'expression des exigences européennes au sein de mécanismes de droit interne, il importe que ces derniers ne conduisent pas à réduire leur portée²²²⁷. Par-là, en effet, la Convention « *ne doit pas perdre sa nature formelle de traité et traité institutionnel et notamment son rang hiérarchique et le fait que sa violation est susceptible de donner lieu à*

²²²⁴ B. DOCQUIR, « Le droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain*, vol. LIX, 1999, n° 4, p. 516.

²²²⁵ Voir notamment P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 249.

²²²⁶ P. COURBE, *loc. cit.*, p. 257.

²²²⁷ L. GANNAGÉ, note sous Civ. 1^{ère} 17 février 2004, *Clunet* 2004 p. 1209 ; P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 477, n° 826 ; P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997 p. 9.

un recours individuel »²²²⁸. L'appel aux mécanismes du droit international privé ne peut s'affranchir d'une telle donnée. Leur pertinence s'appréciera donc au regard de leur aptitude à promouvoir pleinement les droits et libertés conventionnellement garantis, au besoin en écartant les normes étrangères éventuellement applicables. S'ouvrent alors trois possibilités.

La première consiste à modifier la règle de droit international privé afin de limiter, voire d'écartier, l'incidence du droit étranger relativement aux situations qu'elle vise. La promotion des règles matérielles en sera l'instrument, soit qu'elles prescriront une solution implicitement ou explicitement conforme aux exigences européennes, soit qu'elles s'inspireront de considérations matérielles en permettant la prise en compte du droit étranger dans la seule hypothèse où son application débouche sur une solution compatible avec les droits fondamentaux. Bien que la méthode ait déjà été mise en œuvre²²²⁹, elle manque singulièrement de souplesse et se révèle incapable de fournir une réponse d'ensemble cohérente aux rapports entre la CEDH et les normes étrangères, contrairement aux deux autres voies. C'est pourquoi nous ne la développerons pas davantage.

La deuxième entend garantir la primauté de la Convention *a priori*, avant toute consultation de la norme étrangère.

Quant à la troisième, elle n'exclut pas l'application du droit étranger et se présente, de prime abord, plus conforme aux objectifs du droit international privé.

Cependant, ces deux dernières possibilités suscitent de réelles difficultés. La perspective préventive apparaît en effet, selon l'expression de Mme Petra Hammje²²³⁰, inadaptée à une juste défense des droits fondamentaux (§ I). Quant à la perspective curative, elle requiert une altération des techniques classiques du droit international privé dont la teneur demeure discutée et l'efficacité incertaine (§ II).

§ I L'inadaptation de la méthode des lois d'application immédiate

477. Une première lecture de la décision *Gill et Malone* semble désigner un mécanisme particulièrement énergique afin d'assurer le rayonnement des droits fondamentaux dans les

²²²⁸ G. COHEN-JONATHAN, « La place de la CEDH dans l'ordre juridique français », in F. Sudre (dir.), *Le droit français et la CEDH, 1974-1992*, NP Engel-Kehl, Strasbourg Arlington, 1993, p. 45.

²²²⁹ Cf. la réaction du législateur allemand consécutivement à la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971 en ce qui concerne la détermination de la loi compétente pour apprécier la capacité matrimoniale des futurs conjoints (sur ce point, voir J.-L. VAN BOXTAEL, « Constitution et conflits de lois », *RBDI* 1994 p. 189). Voir également, en France, les propositions tendant à modifier la règle de conflit de lois pour restreindre l'accueil de la polygamie et de la répudiation (pour leur exposé, voir, P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », in *Mélanges Rigaux*, 1993, p. 275 et s.).

²²³⁰ P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public » *RCDIP* 1997 p. 7.

relations privées internationales. Une méthode de réglementation fondée sur la technique des lois d'application immédiate²²³¹ paraîtrait ainsi la plus adéquate puisque le juge déterminera l'issue du litige sans tenir compte d'une quelconque norme étrangère. Bien qu'elle ait à l'occasion inspiré la jurisprudence²²³², la diffusion de la CEDH par la technique des lois de police se heurte à de sérieuses objections, tant du point de vue pratique (A) que du point de vue théorique (B), qui soulignent son inadaptation à répondre à l'objectif d'une protection équilibrée de l'ordre juridique du for.

A Les obstacles pratiques

478. D'une manière générale, le rapprochement entre la CEDH et la méthode des lois de police se nourrit de deux éléments. D'une part, seule l'application immédiate permettrait de répondre à la supériorité formelle et matérielle des droits que la Convention de Rome proclame²²³³. Eu égard à leur nature, leur mise en œuvre ne saurait dépendre de la médiation d'une quelconque règle interne, en particulier une règle de conflit. D'autre part, la Convention et les lois de police se caractérisent par leur unilatéralisme. L'article 1^{er} de la CEDH définit ainsi les situations tombant sous l'empire de la protection conventionnelle par le critère « *essentiellement territorial* » de la juridiction des États membres.

Cependant, parce qu'elle suppose de fournir la solution directement applicable au litige, la technique des lois de police, envisagée purement et simplement, ne convient pas à la structure de la Convention. Ses dispositions substantielles présentent en effet un caractère vague et indéterminé qui empêche de leur conférer la fonction décisive concrète revenant en principe

²²³¹ B. AUDIT, « Le droit international privé à la fin du vingtième siècle : progrès ou recul ? », *RIDC* 1998 p. 421 ; H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973 tome 139 p. 136 et s. ; P. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les LAI et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP* 1966 p. 1 ; *Id.*, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », séance du 19 janvier 1968, présidence de M. Lepaulle, in *TCFDIP, année 1966-69*, Dalloz, 1971, p. 149 ; P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, tome II Droit positif*, p. 629.

²²³² B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000 p. 811 ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations (relations entre systèmes laïques et systèmes religieux)*, Dalloz, 2005, p. 512 et s., n° 543 et s. ; CA Paris 14 juin 1994, préc. ; d'un certain point de vue, Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, préc., dans la mesure où la Haute juridiction précise que, même en présence d'une relation privée internationale, « la CEDH s'impose directement au juge français » (pour une autre interprétation de cette jurisprudence, cf. *infra* n° 512).

²²³³ P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 476 et s., n° 825 et s. ; *Id.*, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997 p. 8 ; S. SAROLÉA, « L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation », *RTDF* 1996 p. 154.

au droit matériel²²³⁴. L'objection est décisive en dépit du travail interprétatif réalisé par la Cour²²³⁵, car s'il permet de circonscrire ce qu'il faut entendre par « *respect de la vie privée et familiale* », « *droit au mariage* » ou « *protection de la propriété* », il n'engendre aucune règle précise²²³⁶. La protection des droits fondamentaux à l'instar des règles de conflit de lois constitue en effet « *un droit sur le droit (...) indiquant au juge, à des titres divers, les règles qu'il peut appliquer ou lui procurant un critère de leur validité* »²²³⁷. L'article 12, par exemple, se contente d'attribuer le droit de se marier aux hommes et aux femmes qui ont atteint l'âge nubile. Or, dans sa première acception, la nubilité ne désigne que l'état d'une personne en âge de se marier. Un juge étatique ne peut donc pas se référer au seul article 12 afin d'établir de manière détaillée la capacité matrimoniale d'une personne. Il est certes possible d'apprécier si l'âge requis pour se marier est compatible avec ce texte, mais il ne fixe lui-même aucun seuil. Un relais exprimant concrètement ses exigences s'impose, le problème étant que les exigences des droits conventionnellement garantis s'épuisent dans leur respect. Par conséquent, puisque des règles différentes peuvent présenter un degré de compatibilité identique, il ne saurait en résulter une règle unique valable pour l'ensemble des Hautes Parties contractantes. L'application immédiate de la CEDH aux relations privées internationales sera nécessairement nationale et fortuitement commune à plusieurs États. Elle équivaut, en d'autres termes, à l'application immédiate des dispositions du for qui participent à la promotion et à la sauvegarde des droits et libertés garantis par la Convention. C'est dire encore que, sous réserve de quelques adaptations, la méthode n'est pas radicalement inconcevable.

479. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 juin 1994²²³⁸ a assigné à la loi française un domaine exorbitant du droit commun²²³⁹ en se fondant à titre principal sur la CEDH et son impérativité internationale supposée. En l'espèce, une personne de nationalité argentine avait introduit une action devant les juridictions françaises tendant, pour l'essentiel,

²²³⁴ C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001, p. 317, n° 431 ; E. KERCKHOVE, note sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, *Clunet* 1998 p. 733 ; L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, p. 233, n° 328 ; P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997 p. 9 ; P. MAYER, « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991 p. 663 ; S. SAROLÉA, *loc. cit.*, p. 154.

²²³⁵ M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « Un principe de la CEDH pour neutraliser les répudiations marocaines : l'égalité entre époux », *Droit de la famille* septembre 1998 p. 11.

²²³⁶ Même la suppression d'une discrimination offre au minimum le choix entre l'autorisation pour tous et la prohibition pour tous, sous réserve que cette dernière ne constitue pas en soi un manquement à la Convention.

²²³⁷ F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1999, p. 176.

²²³⁸ CA Paris 14 juin 1994, précité.

²²³⁹ Que représenterait la méthode conflictuelle.

à l'obtention d'un titre, dans l'ordre juridique français, déclarant son changement de sexe. Elle prétendait en effet souffrir du syndrome du transsexualisme et souhaitait échapper à la prohibition édictée par sa loi nationale qui n'autorisait en pareil cas ni la rectification de l'acte de naissance, ni le changement de prénom. La démarche adoptée par les magistrats parisiens reflète la mise à l'écart du procédé conflictuel classique au profit de la méthode exceptionnelle des lois de police. Au lieu d'analyser la situation et de rechercher le droit applicable, ils ont tout d'abord examiné la teneur du droit français relatif à la question du transsexualisme pour s'interroger ensuite sur son champ d'application dans l'espace. Ils rappellent alors la règle nouvelle posée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 11 décembre 1992²²⁴⁰ consécutivement au constat de violation de l'article 8 rendu par la Cour de Strasbourg le 25 mars 1992²²⁴¹. Afin d'éviter à l'avenir que les transsexuels se trouvent quotidiennement placés dans une situation incompatible avec le respect dû à leur vie privée²²⁴², la formation la plus solennelle de la Haute juridiction avait précisé que, au visa des articles 8 de la CEDH, 9 et 57 du Code civil, « *lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'appartenance* ». Directement inspirée des exigences européennes, la règle relève clairement de la « *matière des droits de l'homme* » qu'elle concrétise et dont la Cour d'appel de Paris souligne le caractère d'ordre public. Et, dans la mesure où la protection des droits découlant de la Convention européenne des droits de l'homme bénéficie à toute personne relevant de la juridiction des États contractants, indépendamment de son origine nationale, elle estime que l'action intentée par le requérant « *doit être déclarée recevable, sans considération du statut personnel de l'intéressé* ». La formule évoque irrésistiblement celle qu'emploiera la Commission EDH deux ans plus tard dans sa décision *Gill et Malone*. Le détour par l'ordre public permet à la juridiction française de conférer une impérativité internationale à l'article 8 de la Convention et à la règle du for qui en procède. L'ordre public, remarque M. Lequette²²⁴³, intervient alors dans une fonction non pas d'éviction mais de

²²⁴⁰ AP 11 décembre 1992, précité.

²²⁴¹ CEDH 25 mars 1992 requête n° 13343/87 B. c/ France, précité.

²²⁴² *Ibid.*, § 63.

²²⁴³ Y. LEQUETTE, note sous CA Paris 14 juin 1994 *RCDIP* 1995, p. 315 ; *Id.*, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 113, n° 193.

rattachement²²⁴⁴ qui n'est pas sans rappeler la méthode à laquelle la Cour de cassation avait eu recours dans l'affaire *Domino*²²⁴⁵. La démarche n'en demeure pas moins atypique et critiquable à plus d'un titre.

480. Tout d'abord, par l'attribution d'un caractère d'ordre public, sans autre précision, aux droits de l'homme envisagés de manière synthétique, le raisonnement opère une confusion entre impérativité interne et impérativité internationale²²⁴⁶. De l'une à l'autre, cependant, il n'existe aucune automaticité. Si la parenté entre les deux notions ne saurait être occultée, on ne peut guère faire l'économie d'une réflexion sur leur domaine respectif. En toute hypothèse, une qualification analytique eût été plus convaincante. En l'état, elle ne correspond pas à l'analyse des droits fondamentaux tant dans l'ordre interne que dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il paraît en effet inexact de suggérer qu'ils échappent à l'emprise de la volonté individuelle et, notamment, qu'ils ne sont pas susceptibles de renonciation. Ainsi, imprécise au plan interne, une telle qualification paraît excessive au plan international.

Ensuite, elle présente incontestablement le risque de réduire les hypothèses de mise en œuvre d'une norme étrangère à la portion congrue. Malgré l'insistance des magistrats parisiens à identifier les origines de la règle du for intéressant le litige dont ils étaient saisis, il ne semble pas nécessaire d'établir un lien formel entre sa teneur et la CEDH. L'influence de la Convention est en effet beaucoup plus large et n'imprègne pas toujours explicitement le droit interne. L'essentiel réside dans son caractère d'ordre public qu'elle transmet à ses prolongements internes. La seule vérification de son applicabilité suffit donc à provoquer la soumission de la situation à la loi du for²²⁴⁷. Or, ainsi que le relève M. Lequette, « *tout étant potentiellement droits de l'homme et ceux-ci s'appliquant directement aux étrangers domiciliés en France, les lois étrangères n'auront plus lieu de s'appliquer que de manière*

²²⁴⁴ A. CHAPELLE, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse Paris II, 1979, p. 120 et s., n° 117 et s. et p. 298 et s., n° 278 et s. Méthode fermement condamnée par MM. Lagarde (*Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, p. 117 et s., n° 103 et s.), Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières (*Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 143 et s., n° 129).

²²⁴⁵ Civ. 1^{ère} 3 juin 1966 *Domino* RCDIP 1968 p. 64 note J. Derruppé, *Clunet* 1967 p. 614 note P. Malaurie : « *Mais attendu qu'en vertu de l'article 335 du Code civil, la reconnaissance d'un enfant adultérin souscrite en France est nulle d'une nullité d'ordre public, quelle que soit la nationalité de son auteur ou celle de l'enfant* ».

²²⁴⁶ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 337 et s., n° 251.

²²⁴⁷ Du point de vue de M. Bischoff, l'application systématique de la *lex fori* soulèverait un problème au regard du principe de non-discrimination. Dans la mesure où il impose de traiter différemment des situations différentes, les règles applicables aux relations privées internationales et aux relations purement internes ne devraient pas être identiques (intervention à la suite de la communication de Franz Matscher, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 230).

résiduelle pour combler les rares interstices non encore investis par les juges européens »²²⁴⁸.

Un cloisonnement rigide des ordres juridiques en résulterait compromettant alors gravement l'objectif de continuité des situations juridiques individuelles en dépit du phénomène de la frontière. Ce qui n'était alors qu'un procédé de réglementation exorbitant du droit commun et exceptionnel accéderait au rang de principe.

Par ailleurs, la méthode ainsi comprise manque singulièrement de souplesse puisqu'elle ne permet pas de prendre en compte le seul aménagement des droits et libertés conventionnellement garantis que devrait susciter les impératifs du droit international privé. Une fois établie la compétence de la loi du for, son application ne subira aucune adaptation liée à l'internationalité du litige. Initialement conçue pour les relations internes, elle régira de la même manière les relations affectées d'un élément d'extranéité. Le respect de la Convention n'implique pourtant pas l'éviction systématique ou quasi-systématique de la norme étrangère. S'il paraît difficile de nuancer ou de restreindre son applicabilité²²⁴⁹, en revanche la mise en œuvre de ses dispositions autorise une certaine retenue par le biais de laquelle pourront se développer certaines particularités des normes étrangères. Une telle atténuation ne saurait cependant prospérer dans l'ordre juridique interne si elle ne joue aucun rôle dans la détermination de l'efficacité spatiale de la loi du for.

Enfin, l'association des lois de police et de la CEDH ne présente pas un degré de généralité suffisant. Elle laisse en effet sans réponse la question du respect de la Convention face aux jugements étrangers. Dans cette hypothèse, il est en effet impossible de ne pas tenir compte de la norme étrangère. Le contraire réaliserait même un manquement à la CEDH²²⁵⁰.

481. Inopportune par ses conséquences, notamment en raison de l'accroissement considérable des cas de compétence de la loi du for qu'elle engendrerait, l'application immédiate de la Convention se révèle encore inadéquate dans ses fondements.

B Les obstacles théoriques

482. La logique qui gouverne la protection des droits fondamentaux ne correspond pas à la raison d'être des lois de police en droit international privé. Elles n'entrent pas en concurrence

²²⁴⁸ Y. LEQUETTE, note préc., p. 316. Plusieurs auteurs partagent les craintes ainsi exprimées (voir B. DOCQUIR, *loc. cit.*, p. 515 ; J. FOYER, « Droits internationaux des droits de l'homme et ordre public international », in *Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme, Mélanges Raymond Goy*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 345).

²²⁴⁹ Cf. *supra*.

²²⁵⁰ Cf. *supra*.

avec une quelconque loi étrangère parce qu'elles manqueraient leur but si toutes les situations qu'elles visent ne relevaient pas de leurs dispositions. Leur impérativité est certes dans la dépendance directe de leur teneur, mais la place qu'occupe cette dernière dans la hiérarchie des normes ou la question de savoir si elle revêt un caractère fondamental ou non fondamental ne sont pas immédiatement déterminantes. Leur observation s'impose pour « *la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique* »²²⁵¹ du pays qui l'édicte. Ces lois de droit privé se distinguent donc par la notion d'organisation et poursuivent la satisfaction des seuls intérêts de l'ordre juridique du for²²⁵². Elles en assurent à la fois la cohérence et l'efficacité au détriment, le cas échéant, de celles de l'ordre international²²⁵³. Pour reprendre les termes de Francescakis, elles ne s'appliquent pas parce qu'elles sont les meilleures, mais « *parce qu'elles sont les seules à devoir être appliquées* »²²⁵⁴. Or, l'ensemble des règles d'un ordre juridique donné qui régissent des situations relevant du domaine de la Convention ne saurait prétendre à l'exclusivité. D'une part, il n'est pas exclu que la norme du for se révèle incompatible avec la CEDH. Il serait alors paradoxal que l'applicabilité de la CEDH à une relation privée internationale justifie à la fois la mise en œuvre d'une règle qui lui est contraire et la mise à l'écart préventive de celle qui, le cas échéant, lui serait conforme. Telle était d'ailleurs l'hypothèse rencontrée par la Commission EDH dans une décision *X contre le Luxembourg* du 10 juillet 1973²²⁵⁵. La loi hongroise normalement compétente permettait, contrairement à la loi luxembourgeoise, la reconnaissance d'un enfant adultérin et sa légitimation par le mariage subséquent de ses parents. Bien que la Commission EDH n'ait pas statué sur le fond, sa motivation laisse entendre que la mise en œuvre de la loi du for aurait constitué un manquement à l'article 8 de la Convention. D'autre part, même si la loi du for ne soulève aucune difficulté au regard de la Convention, il paraît excessif d'en déduire que la norme étrangère ne mérite aucune considération. Le respect de la CEDH n'implique pas

²²⁵¹ P. FRANCESKAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », séance du 19 janvier 1968, présidence de M. Lepaulle, in *TCFDIP, année 1966-69*, Dalloz, 1971, p. 165.

²²⁵² B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. 510, n° 53.9 ; P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, tome II Droit positif*, p. 633. Voir encore CJCE 23 novembre 1999 affaire C-369/96 RCDIP 2000 p. 716 note M. Fallon : il convient d'entendre l'expression lois de police et de sûreté « *comme visant des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci* » (point 30).

²²⁵³ La préférence alors accordée à l'ordre interne se justifie traditionnellement par son antériorité par rapport à l'ordre international (B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 510, n° 53.9 ; M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports en droit interne et en droit international », in *Mélanges offerts à H. Rolin, Problème du droit des gens*, Pédone, 1964, p. 495).

²²⁵⁴ P. FRANCESKAKIS, *loc. cit.*, p. 165.

²²⁵⁵ Commission 10 juillet 1973 requête n° 5288/71 X c/ Luxembourg.

l'adoption d'une règle déterminée si bien qu'une norme étrangère, quoique distincte de son homologue du for, peut se révéler néanmoins compatible avec la Convention. Dès lors, pour quelle obscure raison conviendrait-il de l'évincer *a priori* ? Ainsi que le relève Mme Petra Hammje, son examen « *demeure indispensable pour éviter que l'on impose systématiquement nos conceptions fondamentales à des ordres juridiques ayant fait des choix différents, mais néanmoins acceptables* »²²⁵⁶.

483. La CEDH n'est pas, à l'instar des lois d'application immédiate, principalement liée au développement harmonieux de l'ordre juridique interne. De fait, si une norme étrangère ne peut que fortuitement satisfaire aux intérêts du for, ce qui explique son éviction *a priori* en présence d'une loi d'application immédiate, elle peut en revanche tout autant et parfois mieux que la norme du for assurer la sauvegarde et la promotion de la Convention. De sorte que son examen paraît s'imposer naturellement afin de déterminer s'il convient réellement de l'écarter. Le risque d'une application impérialiste de la CEDH en sera considérablement réduit. C'est pourquoi, souligne M. Jean-Louis Van Boxtael²²⁵⁷, « *à l'application directe de celle-ci, il convient de préférer l'intégration de ses exigences, comme au demeurant de celles des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, parmi les impératifs de l'ordre public international au regard duquel sont appréciés les effets que produit dans notre pays la loi étrangère désignée par la règle de conflit* ».

§ II Le recours à l'ordre public international

484. Selon une seconde lecture, la décision *Gill et Malone* n'impose pas aux États de traiter les relations privées internationales sans tenir aucun compte du droit étranger, mais de veiller au respect de la Convention quoique leur droit interne prescrive l'application d'une norme étrangère. Son éviction n'est plus envisagée comme une fin en soi. Elle n'est que le moyen d'assurer la protection de la Convention. Dans cette perspective, le bénéfice des droits et libertés conventionnellement garantis ne condamne pas l'accueil de normes étrangères par un ordre juridique donné. Cependant, il lui appartient de prévoir une technique permettant de les écarter si leur mise en œuvre expose l'État à manquer à ses obligations²²⁵⁸. L'exception d'ordre public constituerait alors « *le "point de pénétration" des droits fondamentaux en droit*

²²⁵⁶ P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997 p. 11.

²²⁵⁷ J.-L. VAN BOXTAEL, « Constitution et conflits de lois », *RBDI* 1994 p. 190.

²²⁵⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, « La cohérence des sources communautaires et européenne (CEDH) », in A.-M. Leroyer et E. Jeuland (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, p. 57.

international privé »²²⁵⁹. Au demeurant, le lien entre les deux éléments paraît relever de l'évidence dans la mesure où l'exception se présente classiquement comme un instrument de défense des valeurs essentielles du for contre les atteintes que pourraient leur porter les normes étrangères (A). Différentes modalités permettent alors d'envisager l'intégration de la CEDH au sein de l'exception d'ordre public (B).

A Le rapprochement de la CEDH et de l'ordre public international

485. L'arrêt *Lautour*²²⁶⁰ à l'occasion duquel la Cour de cassation a précisé que l'exception d'ordre public intégrait « *les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* » souligne de façon éclatante le lien naturel entre les droits fondamentaux et l'ordre public international. Certes, sous ce rapport, il apparaît fortement imprégné des particularismes nationaux²²⁶¹. Toutefois, la formule utilisée, jugée prémonitoire²²⁶², permet d'inclure les droits fondamentaux quelle que soit leur source, notamment ceux que la CEDH consacre. Ainsi, selon M. Benjamin Docquir, il est certain que l'adhésion d'un État à la Convention européenne des droits de l'homme « *manifeste un attachement profond à des valeurs fondamentales que l'on doit retrouver assez naturellement dans l'exception d'ordre public* »²²⁶³. Traditionnellement rive aux conceptions qui prévalent dans le for²²⁶⁴, son contenu est donc appelé à s'internationaliser. Dès lors, la CEDH

²²⁵⁹ Selon l'expression utilisée par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand (cf. Tribunal de Karlsruhe 4 mai 1971, préc., p. 72).

²²⁶⁰ Civ. 1^{ère} 25 mai 1948 *Lautour*, précité.

²²⁶¹ B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000 p. 813 ; J. FOYER, *loc. cit.*, p. 337 ; M.-N. JOBARD-BACHELIER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « Ordre public international. Conditions d'intervention de l'ordre public. Affirmations de valeurs intangibles du for », *Jurisclasseur Droit international*, vol. 8, fasc. 534-2, mai 1992, p. 7, n° 24.

²²⁶² B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 177, n° 19.10.

²²⁶³ B. DOCQUIR, « Le droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain*, vol. LIX, 1999, n° 4, p. 512. Voir également P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 263 ; P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994 : « *considérées en effet sous l'angle d'exigences impérieuses à sauvegarder, les normes fondamentales répondent a priori au rôle naturel de l'exception d'ordre public* » (p. 486, n° 839) ; C. LABRUSSE, « Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971) », *RCDIP* 1974 p. 29 ; Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 109, n° 189 ; F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 217.

²²⁶⁴ Outre l'arrêt *Lautour* (« *considérés dans l'opinion française* »), voir, par exemple, Civ. 22 mars 1944 *Dalloz* 1944 p. 145 rapport P. Lerebours-Pigeonnière, note P. Lerebours-Pigeonnière, *Sirey* 1945.I.77 note J.-P.

contribuerait à l'émergence d'un ordre public réellement international, c'est-à-dire « *propre à la société internationale et supérieur aux ordres publics nationaux* »²²⁶⁵, que la jurisprudence française hésite à reconnaître dans son principe²²⁶⁶, mais auquel tend le droit communautaire²²⁶⁷. La CJCE précise en effet que « *si les États contractants restent, en principe, libres de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l'article 27 point 1 [article 34 point 1 du règlement] de la Convention, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public, les limites de cette notion relèvent de l'interprétation de la convention* »²²⁶⁸. Dès lors, « *s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant* »²²⁶⁹. Dans l'exercice du pouvoir qu'elle se reconnaît, la Cour estime alors que « *le juge national d'un État contractant est en droit de considérer que le refus d'entendre la défense d'un accusé absent des débats constitue une violation manifeste d'un droit fondamental* »²²⁷⁰. En revanche, elle décide qu'« *une erreur éventuelle de droit* » n'autorise pas le juge saisi à refuser l'*exequatur* parce que, de son point de vue, cela ne constitue pas une « *violation manifeste d'un règle de droit essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis* »²²⁷¹. Ainsi que le relève M. Cyril Nourissat, « *s'il ne s'agit d'une définition européenne du contenu de l'ordre public international, cela y ressemble tout de même beaucoup ...* »²²⁷².

Niboyet, *RCDIP* 1946 p. 107 note J.-P. Niboyet : « *la définition de l'ordre public international dépendant dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France* ».

²²⁶⁵ Sur cette notion, cf. A. CHAPELLE, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse Paris II, 1979, p. 479, n° 447. Elle ne fait cependant pas l'unanimité ; cf. les critiques de P. HAMMJE, *op. cit.*, p. 491 et s., n° 846 et s..

²²⁶⁶ Voir les deux arrêts *Banque ottomane* rendus par la Cour d'appel de Paris à vingt ans d'intervalle. En 1965 (CA Paris 19 mars 1965 *Banque ottomane Clunet* 1966 p. 117 note B. Goldman, *RCDIP* 1967 p. 85 note P. Lagarde), elle semble exclure définitivement l'idée en évoquant « *les principes d'un prétendu ordre public international supérieur à toutes les lois internes, dont l'existence n'est reconnue par aucun droit positif, et particulièrement par le droit français* ». En 1984 (CA Paris 3 octobre 1984 *Banque ottomane RCDIP* 1985 p. 526 note H. Synvet), en revanche, elle concède que sans doute « *la sécurité des relations commerciales et financières internationales postule la reconnaissance d'un ordre public, sinon universel, du moins commun aux divers ordres juridiques qui protègent les intérêts des personnes associées à la vie des sociétés de capitaux* ».

²²⁶⁷ Voir notamment C. Nourissat, note sous CJCE 28 mars 2000 affaire C-7/98 Dieter Krombach c/ André Bamberski (*Gaz. Pal.* 2000 n° 275 p. 21 obs. M.-L. Niboyet, *RCDIP* 2000 p. 481 note H. Muir Watt, *Clunet* 2001 p. 690, *JCP* 2001.I.342 obs. F. Sudre, *JCP* 2001.II.10608 note C. Nourissat, *RTDC* 2000 p. 944 obs. J. Raynard) et CJCE 11 mai 2000 affaire C-38/98 SA Régie Renault c/ Maxicar Spa et Orazio Formento (*RCDIP* 2000 p. 497 note H. Gaudemet-Tallon, *Clunet* 2001 p. 696 obs. A. Huet, *JCP* 2001.II.10608 note C. Nourissat).

²²⁶⁸ Arrêt Krombach, point 22 ; arrêt Régie Renault, point 27.

²²⁶⁹ Arrêt Krombach, point 23 ; arrêt Régie Renault, point 28.

²²⁷⁰ Arrêt Krombach, point 40.

²²⁷¹ Arrêt Régie Renault, point 34.

²²⁷² C. NOURISSAT, note sous CJCE 28 mars 2000 affaire C-7/98 Dieter Krombach c/ André Bamberski et CJCE 11 mai 2000 affaire C-38/98 SA Régie Renault c/ Maxicar Spa et Orazio Formento, *JCP* 2001.II.10608 n° 8 et s..

486. Cependant, nul bouleversement de grande ampleur n'en résulterait de ce point de vue. Le droit français est en grande partie conforme aux exigences européennes, si bien que la Convention entraînerait davantage un renouvellement des sources de l'ordre public international qu'un élargissement de son contenu²²⁷³. Nombreux sont en effet les jugements et arrêts qui opposent aux normes étrangères des principes inscrits dans la Convention sans toutefois la mentionner expressément. Par exemple, le principe d'égalité entre l'homme et la femme est, avant son affirmation par l'article 5 du Protocole n° 7, un principe constitutionnel²²⁷⁴. Sa défense par le canal de l'ordre public a pu conduire à l'éviction de la loi marocaine dans la mesure où elle ne paraissait pas admettre que la polygamie constituât²²⁷⁵ une injure grave autorisant la première épouse à solliciter le divorce. À l'appui de leurs décisions, les juridictions françaises citent également, sans autre précision, la liberté matrimoniale. Invoquée au titre de l'exception d'ordre public, elle s'oppose aux obstacles de nature religieuse qu'une loi étrangère établit, « *telle la loi marocaine qui interdit le mariage d'une Marocaine musulmane avec un non-musulman* »²²⁷⁶, ou encore aux effets d'un jugement de divorce étranger rendu en application de la loi suisse qui interdisait à l'ex-époux de « *se remarier pendant un délai de deux années* »²²⁷⁷. Un rapprochement avec la Convention ne peut manquer d'être opéré non seulement du point de vue textuel, son article 12 consacrant en effet la liberté matrimoniale, mais également jurisprudentiel puisque, dans un arrêt *F. contre la Suisse*²²⁷⁸, la Cour de Strasbourg avait considéré que l'interdiction temporaire de remariage de trois ans imposée au requérant entamait la substance de son droit de se marier. La CEDH fait donc partie de l'ordre public international et ce qui n'était

²²⁷³ D. COHEN, « La CEDH et le droit international privé », *RCDIP* 1989 p. 478 ; P. COURBE, *loc. cit.*, p. 263 ; R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *Colloque d'Avignon, l'ordre public au 20^{ème} siècle, 7 octobre 1994*, Dalloz, 1996, p. 65 : « Plutôt que la reconnaissance d'un "ordre public réellement international", on dirait volontiers qu'il y a un élargissement du cadre de référence dans lequel se reflète ce que peut accepter le droit français. Il est en effet frappant de constater que les valeurs nouvelles au contact desquelles l'éviction se produit sont toujours des valeurs reconnues par le for, ce que traduit l'adhésion à l'instrument international qui les énonce, et non des valeurs qui seraient nées de, et dans, la sphère internationale » (p. 81).

²²⁷⁴ Alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » ; TGI Orléans 17 mai 1984 : « l'égalité entre les femmes et les hommes est un principe constitutionnel qui fait partie de l'ordre public français » (sur la perplexité que peut susciter une telle assertion, voir F. MONÉGER, *RCDIP* 1984 p. 312).

²²⁷⁵ TGI Orléans 17 mai 1984, précité.

²²⁷⁶ CA Paris 9 juin 1995 *Dalloz* 1996 som. p. 171 obs. B. Audit.

²²⁷⁷ TGI Paris 4 mars 1988 *RCDIP* 1988 p. 588 note P.-Y. Gautier.

²²⁷⁸ CEDH 18 décembre 1987 requête n° 11329/85 F. c/ Suisse.

qu'implicite dans les décisions précitées²²⁷⁹ se manifeste de manière éclatante dans certains arrêts prononcés par la Cour de cassation.

Rappelant que l'application de toute norme étrangère est suspendue à son absence de contrariété à l'ordre public international, elle énonce « *qu'au titre de cette dernière condition figure (...) la Convention européenne des droits de l'homme* »²²⁸⁰. À cet égard, M. Audit estime que l'on « *peut même parler en la matière d'un ordre public "véritablement international"* »²²⁸¹. L'affirmation ne paraît guère contestable. Dotée d'un corps de règles communes, les dispositions substantielles de la Convention, d'un organe juridictionnel, la Cour de Strasbourg, et d'un mécanisme permettant l'exécution des décisions rendues sur son fondement, la CEDH, telle qu'interprétée par la Cour, constitue en effet un ordre juridique européen²²⁸² auquel sont subordonnés les ordres juridiques des États Parties. Il n'est donc pas incongru que leurs juges assurent sa cohésion et son efficacité lesquelles, au demeurant, coïncident avec celles de leur propre ordre juridique puisqu'il s'agit de promouvoir des valeurs auxquelles ils adhèrent. Pour autant, dans quelle mesure l'exception d'ordre public réellement internationale, du fait de l'insertion en son sein de la Convention, se distingue-t-elle ou pourrait-elle se distinguer de l'exception d'ordre public classique, c'est-à-dire nationale ? Répondre à l'interrogation revient à envisager selon quelles modalités s'opère l'intégration de la CEDH au sein de l'exception d'ordre public.

B Les modalités de l'intégration de la CEDH au sein de l'ordre public international

487. Pour l'accomplissement de son devoir de garantir la CEDH à l'encontre de l'ensemble des normes étrangères, l'État peut tout d'abord recourir au mécanisme classique de l'exception d'ordre public (1). Cette option présente cependant certaines faiblesses. Une

²²⁷⁹ Voir encore Civ. 1^{ère} 3 décembre 1996, préc. : la Haute juridiction vise « *le principe d'impartialité* » que la CEDH proclame naturellement au titre du droit au procès équitable (article 6 § 1).

²²⁸⁰ Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995 Fazouane, préc. (article 5 Protocole n° 7). Voir également, selon des formulations en substance identiques, Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, préc. (article 5 Protocole n° 7) ; Civ. 1^{ère} 27 janvier 1998 Séfiani, préc. (article 5 Protocole n° 7) ; Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Pordéa, préc. (article 6 § 1) ; Civ. 1^{ère} 30 juin 2004 Stolzenberg, préc. (article 6 § 1).

²²⁸¹ B. AUDIT, obs. sous CA Paris 9 juin 1995, *Dalloz* 1996 som. p. 171. Voir également B. GOLDMAN, « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit », in *Mélanges René Cassin*, vol. I, 1969, p. 464 ; É. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1995 tome 251 p. 231 ; N. WATTÉ, « Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'homme », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 1068.

²²⁸² J.-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ? », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 197. Voir également, A. KISS, « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ? », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 493.

défense juste et entière de la Convention nécessite alors d'envisager l'adaptation des conditions de déclenchement de l'ordre public international (2).

1 Le recours au mécanisme classique de l'ordre public international

488. Les inconvénients de recourir au mécanisme classique de l'ordre public international n'ont pas la même ampleur selon que l'on envisage le mécanisme de sauvegarde dans sa dimension substantielle (a) ou procédurale (b).

a L'ordre public substantiel

489. Selon l'analyse classique, l'exception d'ordre public se définit indépendamment de son contenu. Sans doute acquiert-elle au contact de la CEDH un surcroît de stabilité²²⁸³, la définition de ses contours échappant pour partie²²⁸⁴ aux juges nationaux, mais, au-delà, elle ne semble pas devoir logiquement se singulariser davantage. Il s'agit en effet d'une notion fonctionnelle²²⁸⁵ dont les conditions de déclenchement sont adaptées à sa finalité, à savoir l'éviction de la loi normalement compétente, et non pas à l'importance de la valeur défendue. Pour reprendre les termes de Paul Lagarde, « *on arrive à cette conclusion que le contenu de la notion d'ordre public ne fait pas partie de la définition juridique de celle-ci* »²²⁸⁶.

490. Aussi, ordinairement, la Cour de cassation n'attache-t-elle aucune conséquence au contenu de l'exception pour déterminer sa réaction. M. Mayer illustre le propos par un arrêt de la Chambre Sociale du 16 juin 1983²²⁸⁷. En l'espèce, un employé de la Société Spie Batignolles avait, avant son envoi sur un chantier en Afrique du Sud, conclu un avenant par lequel il s'engageait à respecter les lois sud-africaines et à ne pas remettre en cause les conditions convenues avec son employeur, le moindre manquement recevant la qualification de faute grave. Il participa néanmoins à une grève, prohibée en Afrique du Sud, afin d'obtenir des avantages supplémentaires ce qui, du point de vue de son employeur, justifiait son licenciement pour faute grave. Le problème de fond consiste alors à déterminer si « *le juge français peut accepter que des salariés français d'une entreprise française, parce qu'ils*

²²⁸³ D. COHEN, *loc. cit.*, p. 479 ; B. DOCQUIR, *loc. cit.*, p. 513 ; B. GOLDMAN, *loc. cit.*, p. 465.

²²⁸⁴ Dans la mesure où la Convention telle qu'interprétée par la Cour n'établit qu'un standard minimum de protection des droits de l'homme.

²²⁸⁵ P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, p. 174 et s., n° 149 et s..

²²⁸⁶ *Ibid.*, p. 8, n° 6.

²²⁸⁷ Soc. 16 juin 1983 *Clunet* 1984 p. 332 note P. Rodière, *RCDIP* 1985 p. 85 note M. Simon-Depitre.

travaillent à l'étranger, voient leur contrat de travail rompu sans indemnité du seul fait qu'ils ont fait grève »²²⁸⁸. Or, en dépit du caractère fondamental et constitutionnel du droit de grève, la Haute juridiction ne lui a assuré aucune protection spécifique et a fait prévaloir les dispositions contractuelles. Pourquoi devrait-il en être autrement des droits fondamentaux issus d'instruments qui, formellement, occupent une place inférieure à la Constitution dans la hiérarchie des normes²²⁸⁹ ? Là s'exprime toute la nuance de la protection d'un ordre juridique donné. L'éviction d'une norme étrangère heurtant ses conceptions fondamentales n'est pas systématique. Elle doit composer avec le respect des prévisions légitimes des individus et s'apprécier eu égard aux liens qu'entretient la situation avec le for²²⁹⁰. En 1971, le Tribunal Constitutionnel Fédéral soulignait déjà qu'une « *juste interprétation des droits fondamentaux admet qu'il faille tenir compte du particularisme de la matière* ». Il en déduisait qu'un « *droit fondamental peut supposer de façon essentielle au sein du domaine d'application de la Constitution, un certain lien avec l'ordre social, de sorte qu'une application illimitée de ces droits à toutes les situations intéressant l'étranger manquerait son but* ». L'essentiel, précise M. Mayer, « *est que chaque État respecte les droits de l'homme dans toutes les situations qui lui sont essentiellement internes* »²²⁹¹. Or, en France, le lien auquel il est fait référence s'exprime à travers un critère spatio-temporel qui détermine la distinction, nettement établie depuis l'arrêt *Rivière*²²⁹², entre l'effet plein et l'effet atténué de l'ordre public. Selon ses termes, « *la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* ». Lorsque le for est simplement invité à prendre acte et à tirer les conséquences d'une situation déjà existante, née à l'étranger, le juge doit observer une certaine retenue. Seules de très fortes considérations pourraient l'amener à méconnaître ce qui est et sur la foi de quoi des individus ont adapté leur conduite et nourri des espoirs. L'hypothèse n'est donc pas à exclure²²⁹³ bien

²²⁸⁸ P. RODIÈRE, note sous Soc. 16 juin 1983, *Clunet* 1984 p. 337.

²²⁸⁹ C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001, p. 325, n° 440 ; Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 115, n° 197.

²²⁹⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000 p. 811 ; P. MAYER, « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991 p. 660.

²²⁹¹ P. MAYER, *loc. cit.*, p. 665.

²²⁹² Civ. 17 avril 1953 *Rivière*, préc. (comp. Civ. 28 février 1860 *Bulkley c/ Defresne*, préc. ; Civ. 11 avril et 1^{er} mai 1945, préc.).

²²⁹³ Voir par exemple, Civ. 5 mars 1928 *La Ropit RCDIP* 1929 p. 288 note Niboyet J.-P., *GAJFDIP* n° 13 p. 97 : en l'espèce, l'État russe se prétendait propriétaire des navires et autres biens de la société de navigation *La Ropit*

qu'aucune directive générale clairement définie ne permette de saisir les limites du domaine de l'effet atténué de l'ordre public²²⁹⁴. Quoi qu'il en soit, remarque Mme Petra Hammje, « *l'intérêt de cette approche est d'insister sur la nécessité de conserver la souplesse et la flexibilité indispensables à une juste application des droits fondamentaux : en effet, seule leur prise en compte dans le cadre de l'ordre public international le permet, dans la mesure où sont maintenues consultation du droit étranger et appréciation in concreto* »²²⁹⁵. Ainsi, l'éventuelle violation matérielle de la Convention ne conduirait pas nécessairement à l'éviction de la norme étrangère. L'extranéité de la situation à son origine impliquerait de ne considérer que les méconnaissances flagrantes des droits de l'homme.

491. Toutefois, il n'est pas certain que la conception classique de l'ordre public international assure une défense adéquate des droits issus de la CEDH. Les principales difficultés se concentrent sur la théorie l'effet atténué. Elle suscite des critiques tant en elle-même²²⁹⁶ que rapportée à la sauvegarde des droits de l'homme. Tout d'abord, remarquent MM. Ancel et Lequette, la corrélation espace-temps sur laquelle elle repose a « *perdu une bonne part de sa pertinence en raison de la facilité actuelle des déplacements et de la quasi-ubiquité qu'elle confère aux individus* »²²⁹⁷. Une fois la situation constituée, sa reconnaissance dans le for bénéficiera, sous réserve de la fraude²²⁹⁸, d'une « *immunité quasi absolue* »²²⁹⁹ liée

situés en France en s'appuyant sur le décret du 26 janvier 1918 par lequel il avait prononcé la nationalisation de la flotte marchande russe. La Cour rappelle à cet égard « *que si, en principe, les tribunaux d'un État, lorsqu'ils sont appelés à apprécier une situation juridique née sous l'empire d'une législation étrangère, doivent le faire en appliquant la loi étrangère, cette règle ne les oblige que dans la mesure où l'application de la loi étrangère ou le respect des droits acquis en vertu de cette loi ne porte pas atteinte à des principes ou à des dispositions de leur loi nationale considérés comme essentiels pour l'ordre public* ». Or, constatant que la nationalisation en cause ne prévoyait pas d'attribuer aux propriétaires dépossédés une juste indemnité, elle en déduit que ce décret instituait un mode d'acquisition de la propriété que les tribunaux français ne pouvaient reconnaître « *sans troubler profondément l'ordre établi sur le territoire de la République* ». Voir encore, Civ. 1^{ère} 30 janvier 1979 Bayar c/ Dame Nemeth, préc. : « *une décision, qui en matière de garde d'enfants après divorce, se réfère à des critères de principe, et non à la prédominance de l'intérêt effectif des enfants, en fonction de données concrètes, ne répondait pas aux exigences de l'ordre public français, même atténué* ».

²²⁹⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004, p. 358, n° 260. Comp. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 151, n° 207 : de leur point de vue, la reconnaissance des effets d'une situation régulièrement créée à l'étranger se révèle impossible lorsqu'ils portent « *la trace visible de ce qui rend la situation contraire à l'ordre public ; se déroulant en France, ils risquent donc de choquer l'opinion* ».

²²⁹⁵ P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997 p. 12.

²²⁹⁶ Voir à cet égard, les observations pénétrantes, quoique démenties par le droit positif, de Paul Lagarde (*Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, p. 32 et s., n° 28 et s.).

²²⁹⁷ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001, p. 250, n° 26.13. Voir également H. GAUDEMET-TALLON, note sous CA Paris 15 juin 1990, *Clunet* 1990 p. 993 ; P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », in *Mélanges Rigaux*, 1993, p. 270.

²²⁹⁸ Hypothèse peu fréquente du fait du libéralisme qui innerve l'appréciation de la compétence juridictionnelle indirecte et de la compétence législative.

à l'effet atténué. Un simple voyage à l'étranger offre ainsi la possibilité d'échapper à la réaction de l'ordre public international dans son plein effet. Même si l'on a pu parler à cet égard d'une « *fraude à l'intensité de l'exception d'ordre public* »²³⁰⁰, la manœuvre n'encourt aucune sanction. Le respect des droits fondamentaux ne saurait s'accommoder d'un système soumis à de telles contingences. Le seul fait de se rendre à l'étranger pour y obtenir un droit n'autorise pas à méconnaître les dispositions de la Convention d'autant plus lorsque l'extranéité de la situation, à défaut d'être frauduleuse, est acquise de façon plus ou moins artificielle²³⁰¹. En toute hypothèse, l'État n'est pas dispensé de son obligation générale d'assurer la sauvegarde et la promotion des droits fondamentaux. Quoique constituée à l'étranger, dès lors qu'elle est portée à la connaissance du juge d'une Haute Partie contractante, la situation relève, au sens de l'article 1 de la Convention, de la juridiction d'un État membre. L'effet atténué ne permettrait donc pas à l'État d'éviter la mise en œuvre de sa responsabilité internationale. Il pourrait néanmoins être objecté à cette critique du mécanisme traditionnel d'exagérer les conséquences qui découlent de la création d'un droit en dehors du for. Certes, aux termes mêmes de l'arrêt *Rivière*, le for ne sera confronté qu'à ses effets qui, isolés de leur source, apparaîtront bien souvent inoffensifs. En elle-même, une demande d'aliments ne présente rien d'intolérable. Cette éventualité ne concerne que le rapport d'où dérive l'obligation alimentaire. Cependant, l'affirmation selon laquelle l'effet atténué correspond à une absence totale de réaction de l'ordre public international est partiellement exacte. Bien qu'il semble très difficile voire impossible de les synthétiser et de les ramener à la mise en œuvre d'un critère clairement défini, il existe des cas où l'ordre public intervient malgré l'extranéité de la situation à son origine. La défense des droits contenus dans la CEDH pourrait alors figurer au nombre de ces hypothèses. Mme Petra Hammje précise d'ailleurs à cet égard que « *la moindre force des liens de la situation avec le for ne doit pas en effet avoir d'incidence sur le déclenchement de l'ordre public, seule la volonté d'application du droit fondamental compte* »²³⁰². Il n'en reste pas moins qu'il en résulterait une évolution ou un affinement de la théorie classique puisque l'une de ses zones d'ombre s'éclaircirait. L'effet atténué céderait sa place à l'effet plein toutes les fois où la norme étrangère mettrait en cause

²²⁹⁹ P. LAGARDE, « Ordre public », *Encyclopédie Dalloz International*, vol. III, 1998, p. 6, n° 38. Voir également R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *Colloque d'Avignon, l'ordre public au 20^{ème} siècle*, 7 octobre 1994, Dalloz, 1996, p. 72.

²³⁰⁰ I. FADLALLAH, note sous Civ. 1^{ère} 3 novembre 1983 Rohbi, *RCDIP* 1984 p. 336.

²³⁰¹ Dans l'hypothèse où la résidence des personnes intéressées se situe dans le for.

²³⁰² P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 613, n° 1008.

un droit conventionnellement garanti. En d'autres termes, l'examen de la conventionnalité de sa mise œuvre ne serait pas exclu *a priori*.

492. L'insertion de la CEDH au sein du mécanisme traditionnel paraît en revanche ne plus soulever de difficultés lorsque l'ordre public international intervient non pas dans sa dimension substantielle, mais procédurale.

b L'ordre public procédural

493. Depuis les arrêts *Munzer*²³⁰³ et *Bachir*²³⁰⁴, la réception des effets d'une décision étrangère est clairement subordonnée, notamment, à la conformité aux droits de la défense de la procédure qui l'a précédée. Le droit au procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la CEDH contribue naturellement à en dessiner les contours²³⁰⁵ et à renforcer la vigilance des tribunaux²³⁰⁶. C'est par ce biais, qu'un temps, la Cour de cassation a refusé l'accueil des répudiations musulmanes au sein de l'ordre juridique français. La procédure suivie devant les autorités étrangères devait impérativement permettre « à chaque partie de faire valoir ses prétentions ou ses défenses »²³⁰⁷, ce qui suppose la présence de l'épouse ou, au minimum, qu'elle ait été légalement citée ou représentée. La doctrine se montre pour le moins réservée à l'égard d'une telle exigence. D'une part, elle apparaîtrait « illusoire »²³⁰⁸, « absurde »²³⁰⁹ et inutile dans la mesure où, en toute hypothèse, l'épouse n'a pas la possibilité de s'opposer au principe même de la rupture du lien matrimonial. Le mari, en raison du caractère discrétionnaire de l'institution, pourra toujours imposer sa volonté tant à sa femme qu'au juge. Dès lors, analysé par Mme Roula El Husseini²³¹⁰ comme un acte quasi-public réceptif constitutif, il conviendrait d'adapter les conditions de l'accueil du prononcé de la répudiation à sa nature non-contentieuse. En particulier, elle propose la suppression pure et simple, faute

²³⁰³ Civ. 1^{ère} 7 janvier 1964 *Munzer* *RCDIP* 1964 p. 344 note H. Batiffol, *Clunet* 1964 p. 302 note B. Goldman.

²³⁰⁴ Civ. 1^{ère} 4 octobre 1967 *Bachir* *RCDIP* 1968 p. 98 note P. Lagarde, *Clunet* 1969 p. 102 note B. Goldman.

²³⁰⁵ Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Pordéa, précité.

²³⁰⁶ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 278, n° 384.

²³⁰⁷ Cf., sans citer cependant la CEDH, Civ. 1^{ère} 6 juin 1990 Akla, précité. Voir également, Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1994 El Madani, préc. ; Civ. 1^{ère} 31 janvier 1995 Kari, préc. ; Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995 Fazouane, préc. ; Civ. 1^{ère} 27 janvier 1998 Séfiani, préc. ; Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, préc. ; Civ. 1^{ère} 3 mai 2000, précité. Bien que ces différentes décisions mentionnent l'article 5 du Protocole n° 7, leur solution se fonde sur les imperfections de la procédure suivie à l'étranger. Et, sous ce rapport, nulle allusion n'est faite au droit au procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la CEDH.

²³⁰⁸ P. COURBE, note sous Civ. 1^{ère} 6 juin 1990 Akla, *RCDIP* 1991 p. 602.

²³⁰⁹ J.-Y. CARLIER, « La reconnaissance des répudiations », *RTDF* 1996 p. 133.

²³¹⁰ R. EL-HUSSEINI, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *RCDIP* 1999 p. 446 et s..

d'objet, du contrôle de la procédure suivie au regard des droits de la défense²³¹¹. D'autre part, son efficacité serait introuvable dès lors que les pays connaissant ce mode de dissolution du mariage interdisent son prononcé hors la présence de la femme. Par exemple, l'article 32 du Code du statut personnel tunisien, l'article 49 du Code de la famille algérien et l'article 81 du Code du statut personnel marocain²³¹² imposent la signification de la procédure pour assurer la comparution personnelle de l'épouse. En outre, la répudiation sera nécessairement précédée d'une tentative de conciliation. Par conséquent, l'ordre public procédural ne constituerait pas une arme efficace pour lutter contre les répudiations.

494. Cependant, si tant est qu'il convienne de rejeter l'ensemble des répudiations, la position adoptée par la Cour de cassation ne peut guère être contestée. Elle satisfait en effet aux impératifs européens qui, en la matière, postulent l'existence, en droit interne, d'un contrôle suffisamment ample et consistant pour permettre de sanctionner la méconnaissance des dispositions de l'article 6 § 1 de la CEDH. À cet égard, peu importe la nature non-contentieuse de la procédure en question ou l'impossibilité pour l'un des époux d'influencer le sens de la décision relative à la dissolution du lien matrimonial. Même dans ces différentes hypothèses, l'observation des garanties découlant du droit au procès équitable se maintient. En premier lieu, qu'elles ne concernent textuellement que les « *contestations sur les droits et obligations de caractère civil* » ne signifie pas pour autant l'exclusion certaine et définitive de la matière gracieuse²³¹³ de leur empire. Les organes de Strasbourg se refusent en effet à assimiler et à réduire la « *contestation* » au contentieux. Se prévalant de l'autonomie de termes de la Convention, ils entendent imprimer à la notion une dimension européenne, beaucoup plus large que celle reçue en droit interne. Ainsi, son acception matérielle « *s'accommode de la simple existence d'un différend* »²³¹⁴, c'est-à-dire d'une simple opposition de volonté relativement à un objet donné. Or, cette opposition est soit patente, ce qui donne naissance à un litige, à une véritable contestation entre les différentes parties, soit latente²³¹⁵. Elle peut alors ne jamais s'exprimer, mais « *l'ombre des tiers et du ministère*

²³¹¹ *Ibid.*, p. 454.

²³¹² En outre, l'article 79 attribue désormais compétence au tribunal dans le ressort duquel la femme a son domicile effectif ou, s'il demeure inconnu, dans le ressort duquel l'acte de mariage a été établi.

²³¹³ Matière qui se caractérise par l'absence de litige. D'une manière générale, voir L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4^{ème} édition refondue, 2004, p. 488 et s., n° 846 et s. ; P. JULIEN, N. FRICERO, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2003, p. 181 et s., n° 352 et s. ; T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2^{ème} édition, 2002, p. 228 et s., n° 301 et s..

²³¹⁴ Commission 10 octobre 1994 requête n° 22500/93 Lassauzet et Guillot c/ France.

²³¹⁵ L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Litec, 3^{ème} édition, 2000, p. 3, n° 6.

public, parties virtuelles, fait toujours peser la menace d'un contentieux »²³¹⁶. Par conséquent, l'article 6 de la Convention n'exige pas seulement des dispositions encadrant l'élévation du contentieux afin de parvenir à une procédure équitable²³¹⁷. Certaines procédures gracieuses requièrent également un minimum d'équité²³¹⁸. En second lieu, le bénéfice du droit au procès équitable est indépendant de l'issue de la procédure, et plus précisément de la faculté pour un individu de s'opposer au prononcé d'une décision dans un certain sens. L'affaire *Pellegrini*²³¹⁹ en atteste. En l'espèce, le gouvernement défendeur objectait à la prétendue violation des droits de la défense de la requérante que l'annulation du mariage décidée par les juridictions vaticanes se fondait sur un élément objectif, la consanguinité, non contesté et résultant clairement des documents versés au dossier. Dès lors, la requérante n'aurait souffert aucun préjudice du fait qu'elle n'avait pas été prévenue de la raison de sa citation à comparaître devant le Tribunal ecclésiastique régional du Latium et qu'elle n'était pas assistée par un avocat. L'argumentation n'a pas emporté la conviction de la Cour. Elle considère au contraire qu'il « *appartient aux seules parties à un litige de juger si un élément apporté par l'opposant ou par des témoins appelle des commentaires. Il y va notamment de la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice : elle se fonde, entre autres, sur l'assurance d'avoir pu s'exprimer sur toute pièce au dossier* »²³²⁰.

495. L'exigence générale de respect de l'ordre public international procédural présente ainsi une légitimité incontestable. Sa concordance avec les impératifs européens est remarquable puisqu'il permet de tenir compte des nuances affectant l'application des garanties du procès équitable à l'égard des décisions de justice étrangères tout en respectant le domaine naturel de la Convention. Son intervention est en effet possible dès lors que le juge du for est requis d'apprécier la régularité internationale d'un jugement étranger, soit, en d'autres termes, dès lors que la situation relève de la juridiction de l'État au nom duquel il rend la justice. La théorie de l'effet atténué n'exerce ici aucune influence²³²¹. D'une part, elle

²³¹⁶ *Ibidem*.

²³¹⁷ *Mutatis mutandis* Commission 29 juin 1992 requête n° 19075/91 Vermeulen c/ Belgique.

²³¹⁸ CEDH 5 octobre 2000 requête n° 32367/96 Apeh üldözötteinek szövetsége et autres c/ Hongrie, § 32 et s. ; CEDH 28 novembre 2000 requête n° 36350/97 Siegel c/ France, § 33 et s. ; CEDH 31 janvier 2002 requête n° 44482/98 Hutt-Clauss c/ France.

²³¹⁹ CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 Pellegrini c/ Italie, précité.

²³²⁰ *Ibid.*, § 45.

²³²¹ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 420, n° 45.8 ; M.-N. JOBARD-BACHELIER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « Ordre public international. Conditions d'intervention de l'ordre public. La confrontation des règles étrangères et des valeurs du for », *Jurisclasseur Droit international*, vol.8, fasc. 534-3, mai 1992, p. 10, n° 47 ; L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000, p. 357 et s., n° 348 et s..

ne se conçoit qu'en rapport avec un effet plein. Or, en matière procédurale, la question de l'ordre public se pose uniquement à l'occasion d'une instance en *exequatur* au sens large. Lorsque le juge est directement saisi, il applique nécessairement la *lex fori*, et, à son encontre, la réaction de l'ordre public spécifique au droit international privé est radicalement inconcevable. D'autre part, elle dépasserait les limites que lui assigne la jurisprudence depuis l'arrêt *Rivière*²³²² parce que l'ordre public procédural n'a pas pour objet d'apprécier l'admissibilité « *en France des effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger* », mais la régularité de l'acquisition de ce droit. Et, si elle se révèle irrégulière, il ne mérite aucune protection²³²³.

496. La théorie classique manifeste ainsi ses limites pour assurer la protection de la Convention dans les relations privées internationales soumises à une norme étrangère. Certes, dans sa dimension procédurale, l'ordre public international paraît beaucoup moins critiquable que dans sa dimension substantielle à l'égard de laquelle, au demeurant, les objections formulées pourrait être dépassées. Cependant, la jurisprudence ne s'y est jamais cantonnée. Son examen témoigne au contraire d'une incidence très nette des droits fondamentaux et singulièrement de la CEDH dans le sens d'une évolution des conditions de déclenchement de l'ordre public international et du domaine de son intervention.

2 Les tentatives d'adaptation de l'ordre public international

497. Ainsi que le relevait M. Jacques Foyer, « *il est évident que la Convention européenne, au fond, propose une nouvelle notion de l'ordre public* »²³²⁴. L'examen de la jurisprudence, française notamment, permet de vérifier la justesse de l'assertion. Au contact de la Convention, l'ordre public international évolue non seulement dans son aspect substantiel (a) mais également procédural (b).

²³²² B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 420, n° 45.8 ; M.-N. JOBARD-BACHELIER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *loc. cit.*, p. 10, n° 47 ; H. MUIR WATT, « Contre une géométrie variable des droits fondamentaux », *Justices* 1996 p. 337.

²³²³ P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 278, n° 384.

²³²⁴ J. FOYER, intervention à la suite de la communication de Franz Matscher, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 232 ; H. MUIR WATT, note sous CJCE 28 mars 2000 affaire C-7/98 Dieter Krombach c/ André Bamberski, *RCDIP* 2000 p. 481 : « *En même temps qu'il contribue indiscutablement à alimenter le contenu de l'ordre public national, l'avènement des droits fondamentaux tend à modifier les modes d'intervention de l'exception dans les divers droits nationaux* » (p. 495).

a L'ordre public substantiel

498. Du point de vue substantiel, tout d'abord, certains auteurs se demandent si l'émergence de l'ordre public de proximité, inspiré de la doctrine allemande de l'*inlandsbeziehung*²³²⁵, ne correspond pas à une volonté de la Cour de cassation de réserver un sort particulier aux droits fondamentaux. M. Jacques Foyer, par exemple, relève une coïncidence « *entre la montée en puissance des droits de l'homme et l'éclosion de l'ordre public de proximité* »²³²⁶. De même, selon Mme Petra Hammje, à défaut d'être explicite, « *l'une des explications de l'introduction d'un nouveau facteur de variation, par un renouveau de l'appréciation des exigences de proximité qui conduit au déclenchement de l'ordre public dans des cas où il ne jouerait pas si le lien avec la France était inexistant, pourrait être une volonté de renforcer l'exigence de l'ordre public international lorsque sont en cause des droits fondamentaux* »²³²⁷. Initié par l'arrêt *De Pedro*²³²⁸ en ce qui concerne la faculté de divorcer, l'ordre public de proximité intéresse désormais les effets de la polygamie²³²⁹, l'établissement de la filiation naturelle²³³⁰, la répudiation²³³¹ et fut utilisé en matière d'adoption²³³². Il déborde le domaine du statut personnel²³³³ puisque le contentieux de

²³²⁵ Cf. P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, p. 55 et s., n° 48 et s. ; R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *Colloque d'Avignon, l'ordre public au 20^{ème} siècle*, 7 octobre 1994, Dalloz, 1996, p. 73.

²³²⁶ J. FOYER, « Droits internationaux des droits de l'homme et ordre public international », in *Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, Mélanges Raymond Goy, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 345. Voir également P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 499, n° 857.

²³²⁷ P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997 p. 14. Voir également, P. COURBE, « L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 238.

²³²⁸ Civ. 1^{ère} 1^{er} avril 1981 *De Pedro* *Clunet* 1981 p. 812 note D. Alexandre : la Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que la loi interne espagnole prohibant le divorce « *était contraire à la conception française actuelle de l'ordre public international qui impose la faculté pour un français, domicilié en France, de demander le divorce* ».

²³²⁹ Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988 *Baaziz*, préc. : la Cour de cassation annule l'arrêt qui lui était déféré au motif que l'ordre public international français « *s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une française produise ses effets à l'encontre de celle-ci* ».

²³³⁰ Civ. 1^{ère} 10 février 1993, préc. : la Cour de cassation précise que « *si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation* ».

²³³¹ Civ. 1^{ère} 17 février 2004, préc. : la Haute juridiction approuve les juges du fond d'avoir considéré qu'une décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire à l'article 5 du Protocole n° 7 et à l'ordre public international « *dès lors que, comme en l'espèce, la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français* » (arrêt n° 258).

²³³² TGI Paris 5 février 1992 *RCDIP* 1993 p. 251 note E. Poisson-Drocourt : « *si la prohibition par la loi marocaine de l'adoption, dans sa forme plénière, inspirée par le souci de ne pas couper l'enfant de ses racines n'apparaît pas choquante (...), ladite loi est (...), en l'espèce, contraire à la conception française de l'ordre public international en ce qu'elle prohibe aussi l'adoption simple dans la mesure en effet où [l'enfant] née de parents inconnus, vit en France, y est élevée par un couple dont l'un des époux est français, et a ainsi avec la*

la reconnaissance des nationalisations étrangères peut également être observé sous son angle²³³⁴. En 1969, la Cour de cassation avait considéré qu'aucun « *effet de droit ne [pouvait] être reconnu en France à une dépossession opérée par un État étranger sans qu'une indemnité équitable soit préalablement fixée* »²³³⁵. Ce nonobstant, elle a estimé, quelque dix ans plus tard, qu'une décision de nationalisation ne présentait aucune contrariété avec la conception française de l'ordre public international dès lors qu'elle avait prévu « *une indemnisation consécutive au transfert de la propriété des biens, droits et actions de la société nationalisée* »²³³⁶. L'affaiblissement de l'exigence d'une juste et préalable indemnité en sa simple perspective s'explique moins par le principe d'actualité de l'ordre public que par les circonstances concrètes du litige²³³⁷. Dans le second cas, en effet, elles révélaient un éloignement du litige avec le for, si bien que la reconnaissance de la situation n'affectait pas véritablement l'ordre juridique français. Selon une démarche caractéristique de l'ordre public de proximité, la Cour de cassation a ainsi modulé la réaction de l'ordre public en fonction des liens concrets unissant le litige au for. Dans cette mesure, elle corrige certaines imperfections de la théorie de l'effet atténué²³³⁸. La situation n'échappera pas à l'emprise de l'ordre public international par cela seul qu'elle a été constituée à l'étranger dès lors qu'à d'autres égards elle est en relation étroite avec l'ordre juridique du for.

499. Pour autant, l'ordre public de proximité demeure insuffisant au regard des exigences qui découlent de la Convention européenne des droits de l'homme. Outre l'indétermination absolue des points de rattachement qui seront jugés pertinents pour une espèce donnée²³³⁹, la

France des liens de rattachement concrets et forts ». Comp. l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil issu de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale.

²³³³ *Contra* P. COURBE, *loc. cit.*, p. 231.

²³³⁴ Et dans la mesure où il ne se fonde pas exclusivement ni même à titre principal sur la nationalité on ne peut guère parler à son égard « *d'un ordre public du statut personnel des Français* » (P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004, p. 153, n° 209-1). La formule apparaît en effet trop réductrice pour saisir le phénomène dans toute son ampleur et dans toutes ses manifestations.

²³³⁵ Civ. 1^{ère} 23 avril 1969 *Clunet* 1969 p. 912 note P. Chardenon.

²³³⁶ Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1981 Total Afrique *RCDIP* 1986 p. 332 note P. Lagarde, *Clunet* 1982 p. 148 note P. Bourel, *Revue sociale* 1982 p. 878 note J.-L. Bismuth.

²³³⁷ P. LAGARDE, note sous Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1981 Total Afrique, *RCDIP* 1986 p. 341-342.

²³³⁸ P. COURBE, *loc. cit.*, p. 236 ; M. FARGE, « Les répudiations musulmanes. Le glas de l'ordre public fondé sur l'égalité des sexes », *Droit de la famille* chron. 17 p. 13.

²³³⁹ P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, p. 66, n° 61. Des clauses spéciales d'ordre public permettraient cependant de pallier l'incertitude liée à la notion de proximité. Elles précisent non seulement la teneur des exigences du for, mais également le lien requis avec le for pour provoquer l'éviction de la loi étrangère (cf. *Id.*, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », in *Mélanges Rigaux*, 1993, p. 279 et s. ; *Id.*, « Ordre public », *Encyclopédie Dalloz International*, vol. III, 1998, p. 4 et s., n° 27 et s.). L'intervention de l'ordre public gagne certes en précision et demeure exceptionnelle, mais sa flexibilité et sa variabilité en sont considérablement réduites (J.-Y. CARLIER,

principale difficulté se rapporte à leur valeur. D'une part, en eux-mêmes, ils ne sont pas toujours significatifs²³⁴⁰. D'autre part, les solutions qu'ils déterminent ne sont pas toujours compatibles avec la Convention. La nationalité est, sous ce rapport, symptomatique. Lorsqu'elle joue comme critère de l'intensité de l'ordre public international²³⁴¹, elle transporte le problème « *du plan des conflits de lois (exception à la solution normale) au plan de la condition des étrangers (jouissance des droits). Ainsi comprise, la théorie du lien avec le for devient un instrument d'inégalité dans l'administration de la justice* »²³⁴². Elle institue une discrimination qui se concilie difficilement avec les articles 14 et 1 du Protocole n° 12. Le bénéfice des droits garantis s'appréciera en effet différemment en fonction de la seule nationalité des individus. Pourtant placés dans les mêmes circonstances, la règle applicable à leur situation ne sera pas identique. Plus précisément, un même manquement à la Convention n'entraînera pas nécessairement l'éviction de la norme étrangère qui le provoque. Or, à peine de violer la règle d'égalité, souligne M. Benjamin Docquir, « *le juge ne pourrait estimer que l'ordre public du for est insuffisamment atteint parce que la personne dont les droits fondamentaux sont en jeu, n'a pas la nationalité du for* »²³⁴³. Et, dans la mesure où la Cour énonce de façon récurrente que seules de très fortes considérations peuvent l'amener « *à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité* »²³⁴⁴, il est peu probable qu'une telle variation des exigences de l'ordre public trouve grâce à ses yeux faute de reposer sur une justification objective et raisonnable. Qu'il tende à la protection de l'ordre juridique du for et non à celle des nationaux²³⁴⁵ ne fait guère illusion. Si la polygamie heurte le principe d'égalité entre l'homme et la femme, la réaction de l'ordre public devrait s'imposer, du moins pour sauvegarder les intérêts de la première épouse, sans considération de nationalité. La possibilité pour un enfant naturel d'établir sa filiation devrait de la même manière lui être accordée indépendamment de sa nationalité.

« Le Code belge de droit international privé », *RCDIP* 2005 p. 35 ; P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 451 et s., n° 775 et s. ; *Id.*, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997 p. 16). Dès lors, elles suscitent un certain scepticisme quant à leur aptitude à garantir efficacement la CEDH dont l'une des caractéristiques majeures est, aux termes de la jurisprudence de la Cour, d'être « *un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles* » (CEDH 4 février 2005 requêtes n° 46827/99 et 46951/99 Mamatkulov et Askarov c/ Turquie, § 121 ; CEDH 27 novembre 2003 requête n° 65436/01 Hénaf c/ France, § 55 ; CEDH 23 mars 1995 requête n° 15318/89 Loizidou c/ Turquie, § 71).

²³⁴⁰ Cf. E. POISSON-DROCOURT, note sous TGI Paris 5 février 1992, *RCDIP* 1993 p. 258.

²³⁴¹ Voir Civ. 1^{ère} 1^{er} avril 1981 De Pedro, préc. ; Civ. 1^{ère} 10 février 1993, précité.

²³⁴² P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, p. 69, n° 63.

²³⁴³ B. DOCQUIR, « Le droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain*, vol. LIX, 1999, n° 4, p. 518.

²³⁴⁴ CEDH 30 septembre 2003 requête n° 40892/98 Koua Poirrez c/ France, § 46 ; CEDH 16 septembre 1996 requête n° 17371/90 Gaygusuz c/ Autriche, § 42.

²³⁴⁵ R. LIBCHABER, *loc. cit.*, p. 77.

Enfin, même si les éléments concourant à établir la proximité de la situation avec le for, tels le domicile ou la résidence²³⁴⁶, paraissent moins suspects au regard de la Convention, ils ne permettent pas de la garantir dans tous les cas où elle se voudrait applicable. La notion de juridiction constitue une fois encore le critère principal et s'impose comme la seule référence admissible en matière de proximité²³⁴⁷. Or, jamais la Cour de cassation ne s'est contentée de la seule saisine du juge pour conclure à la suffisante étroitesse des liens entre la situation et le for et ainsi justifier une réaction de l'ordre public international.

b L'ordre public procédural

500. Du point de vue procédural, ensuite, l'ordre public international n'est pas resté insensible aux valeurs qu'il prenait en charge. Son évolution se manifeste moins à l'égard de ses conditions de mise en œuvre²³⁴⁸, qui, au demeurant, satisfont aux exigences européennes²³⁴⁹, qu'à l'égard de son domaine. La nécessité de s'assurer de l'équité de la procédure qui s'est déroulée à l'étranger a conduit la Cour de cassation à restaurer, dans toute son ampleur, un contrôle que l'on souhaitait pourtant restreindre au nom du développement des relations internationales, plus précisément de l'espace judiciaire européen, et de la confiance réciproque qui doit régner entre les États membres de l'Union européenne. La Haute juridiction a ainsi contourné les limitations inscrites à l'article 27-2 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale²³⁵⁰ en s'appuyant sur la réserve générale de l'ordre public figurant à l'article 27-1²³⁵¹. Aux termes du premier de ces textes, en effet, le refus de reconnaissance d'une décision étrangère ne peut se fonder que sur la déloyauté de l'acte introductif d'instance²³⁵². L'objet du contrôle qu'il définit se trouvait alors

²³⁴⁶ Civ. 1^{ère} 1^{er} avril 1981 De Pedro, préc. ; TGI Paris 5 février 1992, préc. ; Civ. 1^{ère} 10 février 1993, préc. ; Civ. 1^{ère} 17 février 2004, précité.

²³⁴⁷ E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 97, n° 140 ; H. FULCHIRON, note sous Civ. 1^{ère} 17 février 2004, *JCP* 2004.II.10128 p. 1486 ; J.-P. MARGUÉNAUD, obs. sous Civ. 1^{ère} 17 février 2004, *RTDC* 2004 p. 365.

²³⁴⁸ Voir néanmoins, Civ. 1^{ère} 3 décembre 1996, préc. (cf. *supra* n° 370).

²³⁴⁹ Cf. *supra* n° 375 et s..

²³⁵⁰ Article 34-2 du Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

²³⁵¹ Article 34-1 du Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

²³⁵² Sur l'ensemble de la question, voir H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2002, p. 330 et s., n° 409 et s..

étroitement circonscrit de sorte que sa compatibilité avec l'article 6 § 1 de la Convention apparaissait fortement compromise²³⁵³.

501. Dans un premier temps, pourtant, la Cour de cassation considérait que la Convention de Bruxelles énumérait spécifiquement et limitativement les motifs de non-reconnaissance. Ainsi, au titre de l'article 27-2, un refus d'*exequatur*, à la condition que le défendeur soit défaillant, ne pouvait résulter que de l'irrégularité de la signification de l'acte introductif d'instance²³⁵⁴. Toute autre méconnaissance des droits de la défense demeurait indifférente. Leur prise en compte, sous couvert de contrariété à l'ordre public, était exclue, l'article 27-1 intéressant l'ordre public substantiel et non l'ordre public procédural. Certains arrêts témoignaient cependant d'une relative perméabilité de la frontière entre les articles 27-1 et 27-2. Par exemple, la Haute juridiction considérait qu' « *est contraire à la conception française de l'ordre public international la reconnaissance d'une décision étrangère non motivée lorsque ne sont pas produits les documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défaillante* »²³⁵⁵. Critiquée²³⁵⁶ et peut-être critiquable d'un point de vue technique, la solution ne manque pourtant pas de justifications d'un point de vue matériel. Certes, l'ordre public substantiel n'est pas l'ordre public procédural, et c'est réécrire le texte que de sanctionner sur le fondement du premier ce qui est délibérément exclu du domaine du second. En outre, il est certain que le défaut de motivation du jugement n'atteint en aucune manière l'ordre public de fond. Seul son dispositif est alors pertinent²³⁵⁷. Néanmoins, la motivation d'une décision de justice participe de l'équité du procès²³⁵⁸ et l'exiger au titre des conditions de sa régularité internationale puise ainsi sa légitimité dans le souci de respecter la Convention européenne des droits de l'homme²³⁵⁹.

²³⁵³ Sur cette question, voir, entre autres, C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001, p. 331 et s., n° 445 et s. ; J. FOYER, « Droits internationaux des droits de l'homme et ordre public international », in *Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, Mélanges Raymond Goy, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 347.

²³⁵⁴ Civ. 1^{ère} 6 mars 1996 Epx Guitienne *JCP* 1996.IV.985, *Clunet* 1997 p. 176 obs. A. Huet.

²³⁵⁵ Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991 *RCDIP* 1992 p. 516 note C. Kessedjian. Voir également, H. MUIR WATT, « Contre une géométrie variable des droits fondamentaux », *Justices* 1996 p. 331.

²³⁵⁶ C. KESSEDJIAN, note sous Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991, *RCDIP* 1992 p. 519.

²³⁵⁷ *Ibid.*, p. 522.

²³⁵⁸ De façon récurrente, la Cour précise que même s'il ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument, « l'article 6 § 1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions » (CEDH 27 mai 2004 requête n° 65545/01 Rizo et Daskas c/ Grèce, § 27 ; CEDH 19 février 1998 Higgins c/ France, § 42 (*Revue générale des procédures* 1998 p. 240 obs. J.-F. Flauss, *RTDC* 1998 p. 516 obs. J.-P. Marguénaud, *RTDH* 1998 p. 835 note O. Kuty) ; CEDH 9 décembre 1994 requête n° 18064/91 Hiro Balani c/ Espagne, § 27).

²³⁵⁹ D'autant que la mise en œuvre du droit communautaire ne soustrait pas les États à leur obligation de respecter la CEDH. Sur ce point, voir notamment, CEDH 18 février 1999 requête n° 24833/94 Matthews c/ Royaume-Uni, préc. ; O. DE SCHUTTER et O. L'HOEST, « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union Européenne et la CEDH », *CDE* n° 1-2 2000 p. 141.

502. Par deux arrêts du 16 mars 1999²³⁶⁰, la Haute juridiction a confirmé et amplifié l'élargissement de son contrôle sur la procédure étrangère par le biais de l'article 27-1 en se référant explicitement à la CEDH. Elle considère désormais que le droit au procès équitable « consacré par le second de ces textes, relève de l'ordre public international, au sens du premier »²³⁶¹. L'incidence des droits fondamentaux en ce domaine est d'autant plus remarquable que la Cour de justice des communautés européennes s'est ralliée à cette interprétation juste, mais contraire à la lettre du texte et à l'intention de ses rédacteurs²³⁶². Certes le système issu de la Convention de Bruxelles, repris pour l'essentiel dans le règlement du Conseil du 22 décembre 2000²³⁶³, ne néglige pas l'importance des droits de la défense. L'arrêt *Debaecker*²³⁶⁴ est, de ce point de vue, très significatif. À cette occasion la Cour a précisé que « même si le but de la Convention est, ainsi qu'il ressort du préambule de celle-ci, d' "assurer la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires", cet objectif ne saurait toutefois être atteint, comme il ressort de la jurisprudence constante de la Cour, en affaiblissant, de quelque manière que ce soit, les droits de la défense »²³⁶⁵. Dans le même temps, cependant, elle soulignait le caractère exceptionnel²³⁶⁶ de l'article 27-1 qui, en toute hypothèse, ne peut entrer en jeu si une autre disposition de la Convention permet d'apporter une réponse à la question soulevée²³⁶⁷. En d'autres termes, les problèmes d'ordre procédural lui échappent dès lors que l'article 27-2 précise la mesure dans laquelle ils justifient un refus d'*exequatur*. Et, puisqu'il contrarie l'un des objectifs fondamentaux de la Convention qui vise à faciliter, dans la mesure du possible, la libre circulation des jugements en prévoyant une procédure

²³⁶⁰ Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Pordéa, préc. ; Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Mailliez, précité.

²³⁶¹ Voir également Civ. 1^{ère} 30 juin 2004 Stolzenberg, précité.

²³⁶² P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 249 : l'auteur note que, sur un plan juridique, la CJCE « n'aurait pas à s'incliner devant une décision de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant une violation concrète des droits de la défense que la Convention de Bruxelles ne permettrait pas, prise à la lettre, de sanctionner » (p. 264).

²³⁶³ J.-P. BERAUDO, « Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Clunet* 2001 p. 1033 ; G. A. L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *RCDIP* 2001 p. 601.

²³⁶⁴ CJCE 11 juin 1985 aff. C-49/84 *Debaecker* *Clunet* 1986 p. 461 obs. J.-M. Bischoff.

²³⁶⁵ CJCE 11 juin 1985 aff. 49/84 *Debaecker*, point 10 ; CJCE 3 juillet 1990 aff. 305/88 *Isabelle Lancray S.A.*, point 21.

²³⁶⁶ CJCE 4 février 1988 aff. 145/86 *Hoffman*, point 21 (*RCDIP* 1988 p. 598 note H. Gaudemet-Tallon) ; CJCE 10 octobre 1996 affaire C-78/95, point 23 (*RCDIP* 1997 p. 555 note G. A. L. Droz).

²³⁶⁷ CJCE 4 février 1988 aff. 145/86 *Hoffman*, point 21 ; CJCE 10 octobre 1996 affaire C-78/95, point 23.

d'*exequatur* simple et rapide, son interprétation est nécessairement stricte²³⁶⁸. Bien que le contexte apparaisse peu favorable à l'ouverture de l'ordre public aux droits de la défense, singulièrement ceux issus de la CEDH, la Cour de Justice a, par un arrêt remarqué²³⁶⁹, emprunté la voie suivie par la Cour de cassation. Saisie à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 27-1, elle était invitée à déterminer si une juridiction allemande pouvait légitimement s'opposer à la reconnaissance d'une décision française. La juridiction répressive de l'État d'origine avait en effet rejeté la défense du débiteur par un avocat pour l'action civile au motif que le défendeur était poursuivi pour une infraction intentionnelle et qu'il n'avait pas comparu personnellement. Tout en rappelant les caractères qu'elle attribue classiquement à la réserve de l'ordre public²³⁷⁰, la Cour de Luxembourg précise que son utilisation « *n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental* »²³⁷¹. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond, ajoute-t-elle, « *l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique* »²³⁷². Or, de son point de vue, le droit à être défendu, auquel fait référence la question préjudicielle relève incontestablement de la seconde catégorie. Son analyse se fonde notamment sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²³⁷³. De façon récurrente, celle-ci considère en effet que le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, au besoin commis d'office, figure parmi les éléments fondamentaux du droit au procès équitable et qu'un accusé ne perd pas le bénéfice d'un tel droit du seul fait de son absence aux débats. Si elle admet que le législateur doit pouvoir décourager les abstentions injustifiées, elle refuse cependant qu'il puisse les sanctionner en dérogeant au droit à l'assistance d'un défenseur²³⁷⁴. L'affaire *Krombach* illustre ainsi une heureuse concordance

²³⁶⁸ CJCE 2 juin 1994 affaire C-414/92, point 20, *Clunet* 1995 p. 466 obs. A. Huet.

²³⁶⁹ CJCE 28 mars 2000 affaire C-7/98 Dieter Krombach c/ André, précité.

²³⁷⁰ CJCE 28 mars 2000 affaire C-7/98 Dieter Krombach c/ André Bamberski, point 21 ; CJCE 11 mai 2000 affaire C-38/98 SA Régie Renault c/ Maxicar Spa et Orazio Formento, point 26.

²³⁷¹ CJCE 28 mars 2000 affaire C-7/98 Dieter Krombach c/ André Bamberski, point 37 ; CJCE 11 mai 2000 affaire C-38/98 SA Régie Renault c/ Maxicar Spa et Orazio Formento, point 30.

²³⁷² CJCE 28 mars 2000 affaire C-7/98 Dieter Krombach c/ André Bamberski, point 37 ; CJCE 11 mai 2000 affaire C-38/98 SA Régie Renault c/ Maxicar Spa et Orazio Formento, point 30.

²³⁷³ CJCE 28 mars 2000 affaire C-7/98 Dieter Krombach c/ André Bamberski, point 39.

²³⁷⁴ CEDH 23 novembre 1993 requête n° 14032/88 Poitrimol c/ France, § 35 ; CEDH 22 septembre 1994 requête n° 16737/90 Pelladoah c/ Pays-Bas, § 40 ; CEDH 21 janvier 1999 requête n° 26103/95 Geyseghem c/ Belgique, § 34. Voir encore récemment CEDH 20 mars 2001 requête n° 34989/97 Goedhart c/ Belgique, § 26 ; CEDH 27 avril 2004 requête n° 39001/97 Maat c/ France, § 49.

entre les deux juridictions européennes²³⁷⁵ puisque, appelée à se prononcer sur les mêmes circonstances, la Cour de Strasbourg a conclu au manquement de la France à l'article 6 § 3 c) de la Convention²³⁷⁶.

503. Ainsi, dès lors que l'examen de la procédure suivie à l'étranger révèle une méconnaissance des droits fondamentaux, le juge requis ne saurait reconnaître la décision qui en est issue. La réserve de l'ordre public contenue à l'article 27-1 intègre en effet leur protection sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les droits procéduraux et les droits substantiels. De la sorte, la CJCE livre, sous l'influence de la CEDH, une lecture élargie de l'article 27-1 et de l'exception d'ordre public²³⁷⁷. Il serait surprenant qu'elle ne concerne pas également l'article 34-1 du règlement du 22 décembre 2000, bien qu'il ne retranscrive pas, loin s'en faut, les derniers développements jurisprudentiels relatifs à l'ordre public international et en particulier ses liens avec les droits fondamentaux²³⁷⁸.

²³⁷⁵ Que l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à la lumière de son article 53 (« *Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux Droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par (...) les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...)* »), ne semble pas devoir remettre en cause (F. BENOÎT-ROHMER, « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Dalloz* 2001 p. 1483, spéc. p. 1491 ; J. RAYNARD, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : vers une dualité européenne du concept de droit de l'homme que l'on croyait pourtant universel », *RTDC* 2000 p. 950).

²³⁷⁶ CEDH 13 février 2001 requête n° 29731/96 Krombach c/ France, § 82 et s. (*Clunet* 2002 p. 249 obs. O. B., *Dalloz* 2001 IR p. 746). Après quelques réticences, la Cour de cassation s'est soumise aux exigences européennes. Par un arrêt *Dentico* du 2 mars 2001 (*Dalloz* 2001 p. 1899 note J. Pradel), l'Assemblée plénière a estimé que « *le droit au procès équitable et le droit de tout accusé à l'assistance d'un défenseur s'opposent à ce que la juridiction juge un prévenu non comparant et non excusé sans entendre l'avocat présent à l'audience pour assurer sa défense* ».

²³⁷⁷ Selon Petra Hammje (« Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997, p. 1) elle aurait également pu procéder à une lecture extensive de l'article 34-2, car s'il ne vise que l'introduction de l'instance, cette étape apparaît « *comme l'élément central des droits de la défense auquel se rattachent les autres étapes de la procédure* » (p. 29). Cependant, l'article 34-2 lui offrait une marge de manœuvre plus réduite puisque ses exigences se limitent à l'hypothèse où le défendeur est défaillant. L'interprétation de l'article 34-1 permettait d'asseoir une solution plus générale.

²³⁷⁸ G. A. L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, p. 646 ; voir cependant J.-P. BERAUDO, *loc. cit.*, p. 1033 : si, de son point de vue, « *rien ne permet d'affirmer que les négociateurs aient voulu remettre en cause les jurisprudences Pordéa ou Krombach* », il souligne néanmoins que « *le nouveau texte pourrait avoir cet effet* » (p. 1075). D'aucuns regrettent que le texte ne réserve pas expressément la méconnaissance de la Convention (cf. J.-P. MARGUÉNAUD, « La cohérence des sources communautaires et européenne (CEDH) », in A.-M. Leroyer et E. Jeuland (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, *Dalloz*, 2004, p. 57). Comp. avec le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : « *Tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public*, en particulier à ses principes fondamentaux et aux libertés individuelles garantis par sa Constitution (cnqs) » (article 26). Voir encore le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs. Même si, conformément au souhait exprimé dans son préambule (point 21), les motifs de non-reconnaissance sont, au nom du principe de confiance mutuelle, réduits « *au minimum nécessaire* », le respect

504. Par conséquent, contrairement à la conception traditionnelle, ses conditions de déclenchement n'afficheraient plus une totale indifférence à l'importance des valeurs en jeu²³⁷⁹. Lorsqu'il évoquait la possibilité de recourir à l'ordre public international afin d'assurer la protection des droits fondamentaux à l'encontre des normes étrangères, le Tribunal Constitutionnel Fédéral n'avait pas manqué de souligner les adaptations qu'impliquait une telle option. Il avait en effet précisé « *qu'il faudrait renoncer de toutes façons à la distinction établie entre les violations des droits fondamentaux tolérables et intolérables* ». En conséquence, « *toute atteinte portée à ces droits par l'application du droit étranger déclaré compétent en vertu d'une règle de conflit déclencherait l'intervention de l'ordre public allemand* ». Le problème central consiste donc davantage à déterminer dans quelle mesure s'établit la méconnaissance d'un droit fondamental par une norme étrangère que les conditions dans lesquelles l'exception d'ordre public est appelée à intervenir. En ce sens, Mme Petra Hammje propose « *un affinement de l'ordre public international du for* »²³⁸⁰. Son adaptation aux valeurs qu'il défend s'impose. À cette fin, tant l'intensité de la violation que l'exigence du lien de la situation avec le for en seront affectées²³⁸¹. En ce qui concerne la première, nulle autre gradation que celle qui résulte de la jurisprudence strasbourgeoise ne saurait être tolérée²³⁸². Quant à la seconde, en tant qu'elle se présente, non comme un effet, mais comme une condition de déclenchement de l'exception, sa teneur dépend directement du champ d'application du droit en cause. Par conséquent, du point de vue de la CEDH, elle s'identifie au critère de la juridiction des États membres. Il ne s'agit donc pas d'un simple affaiblissement du lien de proximité, mais de la promotion d'une nouvelle acception de ce lien, européenne et non plus seulement nationale. À cet égard, le lien avec l'ordre juridique européen, envisagé sous l'angle de la CEDH, ne résulte pas des différents points de contact

des droits fondamentaux n'est pas pour autant négligé. Il est certes indispensable que la reconnaissance soit « *manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis* » (articles 22-a et 23-a), mais en ce qui concerne les décisions rendues en matière de responsabilité parentale, il y a lieu de tenir compte des « *intérêts supérieurs de l'enfant* » (article 23-a). Et, en toute hypothèse, y compris à l'égard des décisions rendues en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, la réserve de l'ordre public ne peut pas ne pas être lue et comprise à la lumière du point 33 du préambule qui précise que « *le règlement reconnaît les droits fondamentaux et observe les principes consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ».

²³⁷⁹ E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 56, n° 79 ; P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 501, n° 861.

²³⁸⁰ P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 500 et s., n° 859 et s. ; *Id.*, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997 p. 14 et s..

²³⁸¹ P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994, p. 501, n° 862.

²³⁸² *Ibid.*, p. 502, n° 863.

entre la situation et l'ensemble des États membres de la Convention²³⁸³, mais du critère de la juridiction.

Or, les différentes évolutions précédemment évoquées sont animées par le souci de cantonner les hypothèses d'éviction de la norme étrangère. À cette fin, il est constamment rappelé que, même en envisageant les droits contenus dans la CEDH, seule leur violation manifeste est susceptible d'entraîner une réaction de l'ordre public international²³⁸⁴. À ce titre, ces évolutions présentent une certaine ambiguïté qui nourrit des doutes quant à leur aptitude à garantir pleinement la CEDH. En effet, lorsque la spécification de l'atteinte entraînant la réaction de l'ordre public se rapporte aux relations entre des États Parties à la Convention européenne des droits de l'homme²³⁸⁵, elle semble de prime abord se situer en dessous de l'atténuation envisageable des droits garantis. Leur respect implique alors de considérer que, dans cette hypothèse, toute violation des droits fondamentaux, appréciée à l'aune de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, justifie l'éviction de la norme étrangère. Or, de façon assez contestable, la Haute juridiction entreprend un contrôle réduit à la légitimité de la norme étrangère. Ainsi, à propos de l'injonction *mareva*, elle considère que « *cette interdiction faite à la personne du débiteur de disposer en tout lieu de ses biens, dans la mesure où il s'agit de préserver les droits légitimes du créancier, ne saurait porter atteinte à un droit fondamental du débiteur* »²³⁸⁶. Que la restriction qu'elle apporte au droit au respect des biens poursuive un but légitime n'est certes guère contestable. Cependant, il est regrettable que la Cour de cassation n'ait pas également vérifié la proportionnalité d'une telle mesure.

En revanche, lorsqu'elle concerne l'évaluation de normes émanant d'ordres juridiques tiers à la CEDH, la précision relative à l'intensité de l'atteinte à l'ordre public international paraît mieux convenir à l'extranéisation nécessaire des effets de la Convention. Dans ce cas, en effet, seules les solutions teintées d'arbitraire ou d'abus engendrent une méconnaissance de la CEDH.

505. Sous réserve d'une adaptation, l'exception d'ordre public peut ainsi constituer une solution pour la sauvegarde de la CEDH face aux normes étrangères. L'ordre public international renouvelé demeure cependant d'une maîtrise difficile dans la mesure où il

²³⁸³ *Ibid.*, p. 504 et s., n° 866.

²³⁸⁴ CJCE 28 mars 2000 affaire C-7/98 Dieter Krombach c/ André Bamberski, point 37 ; Civ. 1^{ère} 30 juin 2004 Stolzenberg, précité.

²³⁸⁵ Cf. en particulier la conception de l'ordre public international qui prévaut au sein de l'espace judiciaire européen (article 34-2 du règlement du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : « *une décision n'est pas reconnue si la reconnaissance est manifestement (cnqs) contraire à l'ordre public de l'État membre requis* »).

²³⁸⁶ Civ. 1^{ère} 30 juin 2004 Stolzenberg, précité.

semble compliqué de limiter l'influence des droits fondamentaux à la Convention européenne des droits de l'homme. Elle perd une partie de sa spécificité décrite par M. Cohen-Jonathan puisqu'elle opère davantage comme un instrument international exprimant des droits jugés particulièrement importants. L'exercice du droit de recours individuel est ainsi minoré. Au demeurant, lorsque Mme Petra Hammje évoque l'affinement de l'ordre public international, elle vise à l'élaboration d'un mécanisme d'application générale valant pour tous les droits fondamentaux quelle que soit leur source, nationale ou internationale. Les directives générales demeurent, mais leur concrétisation se calque sur le droit en cause. Les difficultés apparaissent dès lors qu'un même droit reçoit une consécration dans plusieurs textes concernant un nombre variable d'États. Il semble délicat de cantonner l'adaptation d'un mécanisme interne à des valeurs dont la CEDH n'est pas la source exclusive. Un ordre public à deux vitesses est-il réellement concevable ? Peut-on distinguer selon qu'il tend à la protection d'une valeur purement interne ou selon qu'il assure la défense d'une valeur contenue dans la CEDH ? Est-il possible de considérer que le droit d'établir sa filiation relève du premier et le droit au respect de la vie privée et familiale du second ? La Cour de Strasbourg ne ferait, quant à elle, aucune distinction. De son point de vue, les deux cas intéressent l'article 8 de la Convention. Certes, l'exception d'ordre public offre souplesse et flexibilité, mais la simplicité recommanderait d'appliquer directement la Convention, parce qu'en toute occurrence, c'est elle qu'il s'agit de défendre à titre principal et non l'ordre juridique du for.

Section II L'application directe de la CEDH par un mécanisme autonome

506. Dès lors qu'ils méconnaissent l'un quelconque des droits garantis par la CEDH, dans la mesure définie par la Cour de Strasbourg, le juge d'une Haute Partie contractante a l'obligation d'évincer la loi étrangère normalement compétente ou de refuser la reconnaissance du jugement. Depuis une décision du 4 mai 1971, le juge allemand est tenu d'une obligation similaire à l'égard des droits fondamentaux constitutionnels. Du point de vue du Tribunal Constitutionnel Fédéral, leur observation n'impliquait pas nécessairement le recours à l'ordre public international. Il convenait alors de considérer que « *les droits fondamentaux constituent une barrière qui limite directement l'application du droit désigné*

par la règle de conflit »²³⁸⁷. Le Tribunal de Karlsruhe propose ainsi une voie originale, l'application directe, offrant une souplesse et une flexibilité comparables à celles qui s'attachent à l'exception d'ordre public²³⁸⁸ et qui pourrait tout autant convenir à la mise en œuvre de la CEDH. Il convient à cet égard de préciser le sens de l'applicabilité directe (§ I) dont le droit positif recèle quelques traces (§ II).

§ I Signification de l'application directe de la CEDH

507. Les termes « application directe » ne sont pas dépourvus d'ambiguïté et ils font naître quelques doutes quant à leur portée. Ainsi, s'interroge Mme Labrusse, « *n'est-ce pas considérer que le mécanisme même des conflits de lois au sens classique peut être écarté, que les droits fondamentaux de la Constitution peuvent développer leurs effets internationaux indépendamment des règles de conflit de lois et que par conséquent l'application directe des règles constitutionnelles dans des situations de droit privé présentant des éléments d'extranéité, équivaut à considérer ces normes comme des lois de police ou d'application immédiate ?* »²³⁸⁹. Il semble néanmoins qu'une réponse négative puisse être formulée parce qu'il importe de bien distinguer application immédiate et application directe. En outre, même si l'application directe opère en marge des mécanismes traditionnels du droit international privé, cela ne signifie pas pour autant qu'elle en méconnaît la logique. En effet, elle se conçoit uniquement comme une limite à la mise en œuvre d'une norme étrangère. Cela suppose, en premier lieu, son identification et donc sa désignation préalable. C'est dire encore que l'application directe ne constitue pas une méthode préventive, mais une méthode curative, jouant *a posteriori* à l'encontre de toute norme, loi ou jugement. En ce sens, elle se différencie radicalement des lois de police, lesquelles ne se contentent pas seulement de dresser une barrière à l'application du droit étranger désigné par la règle de conflit. Elles s'opposent en toute hypothèse à l'application de ce droit²³⁹⁰, dès l'instant, du moins, que la situation tombe sous l'empire de leurs dispositions. En second lieu, l'application directe implique un examen des effets de la norme étrangère. Son exclusion n'est pas automatique.

²³⁸⁷ Tribunal de Karlsruhe 4 mai 1971, préc., p. 71.

²³⁸⁸ Dès lors qu'il cherche à promouvoir une lecture des droits fondamentaux adaptée à l'extranéité des situations. Or, la Cour de Strasbourg manifeste un souci identique (cf. *supra* n° 388 et s., n° 412 et s. ; voir également, L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, p. 235 et s., n° 329 et s.).

²³⁸⁹ Voir C. LABRUSSE, « Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971) », *RCDIP* 1974 p. 36. Voir également, N. WATTÉ, « Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'homme », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 1052 et s..

²³⁹⁰ B. AUDIT, note sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, *Dalloz* 1999 som. p. 290.

Elle n'intervient que si la norme étrangère porte atteinte aux droits de l'homme ou aux libertés fondamentales conventionnellement garantis. Afin de l'apprécier, il suffit de se référer à la jurisprudence élaborée par la Cour de Strasbourg relativement à l'extranéisation des effets de la Convention. À cette fin, il n'est pas nécessaire de mobiliser un quelconque mécanisme, potentiellement déformant, de droit interne. Au demeurant, le Tribunal de Karlsruhe n'a pas raisonné autrement à l'égard des droits fondamentaux constitutionnels. Ce n'est qu'au regard des conséquences de la décision allemande rendue en application du droit espagnol qu'il est parvenu à la conclusion que la liberté matrimoniale des futurs époux subissait une entrave disproportionnée. Seul le respect du droit fondamental a guidé la solution, sans faire appel à l'ordre public international²³⁹¹.

§ II Manifestations de l'application directe de la CEDH

508. L'application directe de la Convention face aux normes étrangère n'est pas complètement ignorée du droit positif, soit que l'on distingue le respect de la Convention de la conformité de la norme étrangère à la conception française de l'ordre public (A), soit que l'on se réfère à la seule Convention sans aucune autre précision (B).

A Distinction de la CEDH et de l'ordre public international

509. L'application directe de la CEDH se manifeste en premier lieu lorsque aucun lien n'est établi entre la CEDH et l'ordre public international, en particulier un lien de contenu à contenant, lorsque, en d'autres termes, ils sont envisagés distinctement. L'arrêt *Pistre*²³⁹² illustre une telle tendance. En l'espèce, un couple français souhaitait adopter un enfant brésilien en la forme plénière alors que le consentement donné par l'autorité brésilienne compétente visait spécialement une adoption simple. Il soutenait néanmoins que la réalisation de son projet ne devait être évaluée qu'au regard de la loi française à l'exclusion de la loi brésilienne. Dans la mesure où elle prohibait l'adoption plénière lorsqu'elle était demandée

²³⁹¹ Qui, eu égard à ses conditions traditionnelles de déclenchement, était inadapté à la défense de la liberté en question.

²³⁹² Civ. 1^{ère} 31 janvier 1990 *Pistre*, précité. Voir également, Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999 *El Karroumi*, préc. : « la cour d'appel, après avoir relevé que les requérants et l'enfant étant de nationalité marocaine, il y avait lieu de faire application de l'article 83 du Code marocain du statut personnel et des successions prohibant l'adoption, a exactement décidé, sans violer les textes visés au moyen, que ce texte n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international ». Là encore, la Haute juridiction analyse distinctement le respect des conceptions françaises de l'ordre public international et d'autres textes, parmi lesquels figurait l'article 8 § 1 de la CEDH.

par un adoptant étranger ne résidant pas au Brésil, un juge français ne pouvait l'appliquer sans méconnaître la conception française de l'ordre public international ni violer les dispositions des articles 8 § 1, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation rejeta cependant le pourvoi au motif « *que les dispositions de loi brésilienne qui prohibent l'adoption d'un enfant, en la forme plénière, par un étranger, lorsque cet étranger ne réside pas au Brésil et qui reposent sur le souci de ne pas couper complètement l'enfant de ses racines, ne sont contraires ni à la conception française de l'ordre public international, ni aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Ainsi, la Haute juridiction ne place pas nécessairement l'exception d'ordre public dans la dépendance du respect de la Convention. Elle envisage les deux aspects séparément et n'établit formellement aucun lien logique entre eux. Replacée dans la perspective de sa jurisprudence ultérieure, la démarche n'en est que plus caractéristique, car, sitôt qu'elle attribue à l'exception le rôle de contenant et à la CEDH celui de contenu, elle instaure un rapport de cause à conséquence qui fait ici défaut²³⁹³. Elle imprime à l'application de la CEDH une certaine²³⁹⁴ autonomie et examine de façon singulière la compatibilité de la norme étrangère avec ses stipulations. D'une part, la Cour de cassation aurait pu facilement écarter l'argumentation développée dans le pourvoi en s'appuyant sur l'inapplicabilité de la Convention puisque, selon une formule récurrente, la Cour de Strasbourg considère que le droit d'adopter ne figure pas en tant que tel au nombre des droits qu'elle garantit²³⁹⁵. D'autre part, si tant est qu'elle ait souhaité dépasser le standard minimum de protection, il lui incombait de contrôler la proportionnalité de l'ingérence dans les articles 8 et 12. Elle délaisse

²³⁹³ La violation de la seconde entraînant la réaction de la première ; voir, par exemple, Civ. 1^{ère} 17 février 2004, préc. : « *la cour d'appel en a exactement déduit que (...) cette décision constatant une répudiation unilatérale du mari (...) était contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° 7, additionnel à la convention européenne des droits de l'homme (...) et donc (cnqs) à l'ordre public international (...)* » (arrêt n° 256). La rédaction demeure cependant hésitante puisque dans un arrêt du même jour rendu sur des circonstances similaires, la Cour de cassation précise que la « *décision constatant une répudiation unilatérale du mari (...) est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° 7, additionnel à la convention européenne des droits de l'homme (...) et à (cnqs) à l'ordre public international (...)* » (arrêt n° 258). Même si la formule suggère deux motifs distincts, plusieurs auteurs estiment néanmoins qu'elle ne constitue rien d'autre qu'une confirmation de l'intégration de la CEDH au sein de l'ordre public international (P. COURBE, « Le rejet des répudiations musulmanes », *Dalloz* 2004 p. 817 ; P. HAMMJE, note sous Civ. 1^{ère} 17 février 2004, *RCDIP* 2004 p. 429 note 17 ; voir néanmoins l'interrogation de H. FULCHIRON, *JCP* 2004.II.10126 p. 1486). Voir également Civ. 1^{ère} 30 juin 2004 Stolzenberg, préc. : l'injonction mareva prononcée par un juge anglais « *ne saurait porter atteinte à un droit fondamental du débiteur* » et n'est « donc (cnqs) pas contraire à l'ordre public international ».

²³⁹⁴ Parce que, en définitive, c'est un seul et même argument qui justifie tout à la fois l'absence de contrariété de la loi brésilienne à la conception française de l'ordre public international et à la CEDH.

²³⁹⁵ CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97 Fretté c/ France, § 32. La Commission avait également précisé que « *l'article 12 de la Convention ne confère aucun droit d'adopter ou d'intégrer dans sa famille une personne qui n'est pas l'enfant par le sang* » (Commission 10 juillet 1997 requête n° 31924/96 Di Lazzaro c/ Italie).

pourtant le classique test de proportionnalité pour entreprendre un simple test de légitimité qu'elle exerce en contemplation des intérêts de l'ordre international et dans une certaine mesure des intérêts de l'enfant (« *ne pas couper complètement l'enfant de ses racines* »). Elle favorise ainsi l'harmonie internationale des solutions et accrédite l'idée selon laquelle l'immixtion de la CEDH dans les relations privées internationales n'engendre pas inéluctablement des situations boiteuses. Isolé de la réserve de l'ordre public international, le respect de la Convention fait alors l'objet d'une attention particulière.

510. Au demeurant, une telle préoccupation ne traverse pas seulement la jurisprudence française. Le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité²³⁹⁶ en atteste. Bien que les motifs de non-reconnaissance « *devraient être réduits au minimum nécessaire* », conformément à l'objectif inscrit dans son préambule²³⁹⁷, réaffirmant que « *la reconnaissance des décisions rendues par les juridictions des États membres devrait reposer sur le principe de la confiance mutuelle* », les droits fondamentaux s'y greffent de manière privilégiée. Outre la classique limite de l'exception d'ordre public²³⁹⁸, l'article 25-3 ménage un motif particulier de non-reconnaissance qui s'en distingue formellement. Les États membres ont en effet la possibilité de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une décision relative au déroulement ou à la clôture d'une procédure « *qui aurait pour effet de limiter la liberté individuelle ou le secret postal* ». De manière autonome, ces deux éléments sont donc de nature à limiter directement la libre circulation des décisions de justice au sein de l'espace judiciaire européen. Or, leur teneur ne laisse pas d'évoquer la jurisprudence développée par la Cour de Strasbourg en matière de faillite²³⁹⁹. Elle admet en effet que l'interdiction faite au failli d'administrer ses biens et d'en disposer, la mise en place d'un système de contrôle de sa correspondance et la limitation de sa liberté de circulation ne sont pas critiquables en elles-mêmes puisqu'elles tendent à faciliter le déroulement de la

²³⁹⁶ Sur lequel, par exemple, D. BUREAU, « La fin d'un îlot de résistance. Le règlement du conseil relatif aux procédures d'insolvabilité », *RCDIP* 2002 p. 613.

²³⁹⁷ Point 22.

²³⁹⁸ Article 26 : « *Tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public (...)* ». L'article 25 oppose une limite identique à l'égard des autres décisions, notamment celles relatives au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité, en renvoyant sur ce point à l'article 34 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

²³⁹⁹ R. PIERRE, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit des procédures collectives*, Mémoire DEA Limoges, 2004, p. 53 et s..

procédure²⁴⁰⁰. Cependant, la Cour n'exclut pas que ces mesures produisent une atteinte disproportionnée aux droits garantis par la Convention, en l'occurrence, aux articles 1 du Protocole n° 1, 8 et 2 du Protocole n° 4. La durée de la procédure revêt ici une importance capitale puisque la Cour estime que la nécessité des différentes mesures envisagées s'amenuise avec le temps au point de rompre le juste équilibre devant régner entre l'intérêt général et l'intérêt de l'individu²⁴⁰¹. Il importe ainsi d'actualiser constamment leur légitimité. Qu'un règlement communautaire contienne une disposition qui se rapporte spécifiquement à l'éventualité d'un manquement à la CEDH à l'occasion de la reconnaissance ou de l'exécution d'une décision étrangère mérite d'être souligné. La démarche est d'autant plus remarquable que ce même règlement prévoit, dans son article 26, le respect des droits fondamentaux à travers la clause d'ordre public. Le contraste est saisissant et l'existence d'une jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur la question²⁴⁰² est sans doute l'un des facteurs d'explication de cette dualité. Elle renforce également le sentiment qu'il a été porté à la CEDH une attention particulière et qu'il convenait alors de lui réserver une place spécifique.

511. L'hypothèse d'une application directe et autonome de la CEDH se manifeste d'autant plus clairement lorsqu'elle ne s'accompagne d'aucune référence à l'ordre public international.

B Référence autonome et exclusive à la CEDH

512. Une référence autonome et exclusive à la CEDH apparaît de manière particulièrement saillante dans les arrêts *Osmar B.*²⁴⁰³ et *Vialaron*²⁴⁰⁴. Le premier contient un motif surabondant dans lequel les magistrats parisiens relèvent « *qu'en l'espèce l'application de la loi nationale de l'appelant, qui paraît ignorer le syndrome du transsexualisme, conduirait à une décision constituant en elle-même la violation d'un droit de l'homme protégé tant par la Convention que par le droit positif interne dans son état le plus récent* ». L'éviction de la loi

²⁴⁰⁰ CEDH 11 décembre 2003 requête n° 47778/99 Bassani c/ Italie, § 24 ; CEDH 22 avril 2004 requête n° 7503/02 Neroni c/ Italie, § 27 ; CEDH 17 juillet 2003 requête n° 32190/96 Luordo c/ Italie, respectivement §§ 70, 78 et 96. Ces arrêts ne font que confirmer le raisonnement qui était en germe dans CEDH 15 novembre 1996 requêtes n° 22461/93 et 22465/93 Ceteroni c/ Italie, §§ 25-27. Voir également, N. FRICERO, « Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable », in *Procédures collectives et droit des affaires. Morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Frison-Roche, 2000, p. 17 ; J.-L. VALLENS, « Droit de la faillite et droits de l'homme. La loi sur le redressement judiciaire et la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDCom* 1997 p. 567.

²⁴⁰¹ CEDH 17 juillet 2003 requête n° 32190/96 Luordo c/ Italie, respectivement §§ 70, 78 et 96.

²⁴⁰² Du moins était-elle en gestation lorsque le Conseil a adopté le règlement.

²⁴⁰³ CA Paris 14 juin 1994 *RCDIP* 1995, précité.

²⁴⁰⁴ Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, précité.

argentine puise sa justification directement dans sa contrariété avec la Convention. La solution demeure néanmoins critiquable parce qu'elle se fonde en définitive sur une analyse abstraite de la loi argentine, si bien qu'il n'est pas certain, au regard des circonstances concrètes du litige, dont l'examen minutieux s'impose, que sa mise en œuvre méconnaisse l'article 8 de la CEDH. Les magistrats parisiens ont en effet estimé que les documents versés au débat ne permettaient d'établir ni la réalité du syndrome transsexuel ni le fait que le traitement médico-chirurgical avait été subi dans un but thérapeutique. Était-il dès lors nécessaire d'évincer intégralement la loi étrangère dont le résultat concret était potentiellement identique à celui qui aurait été obtenu en application de la loi du for ? Seul l'obstacle qu'elle dressait à la recevabilité de la demande tendant à la rectification des documents officiels aurait dû, en l'état, être levé. La motivation du second, moins contestable, apparaît encore plus révélatrice, la Haute juridiction affirmant que la CEDH « *s'impose directement au juge français* ». Elle semble, par ailleurs, limiter l'éviction de la loi suisse aux dispositions qui contredisent l'article 5 du Protocole n° 7. Parce qu'il appartient au juge de rétablir l'égalité des droits entre les époux²⁴⁰⁵, seuls ses éléments discriminatoires devaient être gommés. L'une et l'autre décision reflètent un raisonnement proche de l'exception d'ordre public, sans cependant le mentionner²⁴⁰⁶. Plus qu'une économie de raisonnement, il s'agit d'une démarche volontaire de la part de la Cour de cassation. La mise en œuvre de la Convention doit s'abstraire des limites inhérentes aux mécanismes classiques qu'offre le droit international privé²⁴⁰⁷, mais il convient de ne pas méconnaître ses objectifs et, en particulier, réduire plus qu'il ne faut, le domaine du droit étranger. Son application directe y satisfait pleinement puisqu'elle permet de prendre en considération à la fois son applicabilité étendue et la modulation de son application aux relations privées internationales régies par des normes étrangères.

513. Entre l'ordre public international et l'application directe, cependant, aucune exclusivité ne semble devoir s'imposer. Sans doute n'y a-t-il pas de solution idéale parce que, de façon très pragmatique, le canal de l'ordre public international présente une très grande

²⁴⁰⁵ Sur l'ambiguïté d'une telle affirmation et les craintes qu'elle peut susciter, voir G. A. L. DROZ, note sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, *RCDIP* 1998 p. 641 et s. ; R. CRÔNE, obs. sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, *Defrénois* 1999 p. 1178.

²⁴⁰⁶ E. KERCKHOVE, note sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998 Csts Vialaron, *Clunet* 1998 p. 734 ; J. FOYER, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 292.

²⁴⁰⁷ Voir, par exemple, l'exclusion de la compétence internationale de la réserve de l'ordre public ; seule l'application directe de la CEDH permettrait alors de prendre en compte ses exigences en la matière (cf. *supra* n° 506 et s.).

utilité pour désamorcer ou résoudre les conflits de conventions internationales²⁴⁰⁸ opposant la CEDH, d'une part, et les conventions bilatérales ou multilatérales intéressant les relations privées internationales, d'autre part. Le problème ne se pose pas dans les mêmes termes à la Cour de Strasbourg et aux juridictions nationales. Alors que la première a toute latitude pour affirmer la supériorité, dans son ordre juridique, de l'instrument dont elle assume la défense, les secondes, en revanche, sont confrontées à des textes qui, formellement, occupent une place identique dans la hiérarchie des normes²⁴⁰⁹. Au demeurant, la jurisprudence de la Cour manque de netteté sur ce point. D'un côté, elle rappelle que la Convention doit se lire à la lumière de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. À ce titre, il lui appartient de tenir compte de « *toute règle de droit international applicable aux relations entre les Parties* »²⁴¹⁰. Ainsi, la « *Convention ne saurait s'interpréter dans le vide. La Cour ne doit pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention et elle doit tenir compte des principes pertinents du droit international. La Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie intégrante* »²⁴¹¹.

²⁴⁰⁸ C'est-à-dire, d'une manière générale, « *lorsqu'il est impossible pour un État lié par ces deux textes conventionnels de respecter l'un sans violer les obligations qui résultent de l'autre* » (C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001, p. 15, n° 13).

²⁴⁰⁹ *Contra* F. GUERCHOUN, « La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes », *Clunet* 2005 p. 715 et s. : l'auteur développe l'idée d'une supériorité de la CEDH et singulièrement de l'article 5 du Protocole n° 7 sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes en se fondant sur le « *principe hiérarchique par emprunt* ». Le principe d'égalité, en effet, « *épouse le contenu de normes constitutionnelles dont il acquiert mécaniquement le rang* ». Or, depuis les arrêts *Sarran et Levacher* et *Fraisse*, il est acquis que « *dans l'ordre juridique français, une norme constitutionnelle prime une norme conventionnelle contraire* » (p. 720). Ainsi, la CEDH prévaut sur les conventions en question parce qu'elles contrarient une norme constitutionnelle dont le Protocole n° 7 se fait l'écho. La démonstration, parée d'une logique mathématique infaillible (cf. p. 721), repose cependant sur des assises bien fragiles et, partant, emporte difficilement la conviction. Le postulat d'une identité matérielle entre la CEDH et les normes constitutionnelles se révèle particulièrement critiquable. D'une part, c'est forcer leurs termes que de tenir pour équivalents l'article 5 du Protocole n° 7, l'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946. D'autre part, le raisonnement méconnaît la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (cf. CEDH 28 octobre 1999 requête n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96 *Zielinski, Pradal et Gonzalez et autres c/ France RTDC* 2000 p. 436 obs. J.-P. Marguénaud, *JCP* 2000.I.203.11 obs. F. Sudre, *GACEDH* n° 24) en présumant qu'une convention internationale jugée compatible avec la Constitution ne saurait être incompatible avec la CEDH. Si l'une et l'autre garantissent les mêmes droits, encore faut-il que leur interprète respectif en propose une lecture similaire.

²⁴¹⁰ Article 31-3-c (cf. CEDH 4 février 2005 requêtes n° 46827/99 et 46951/99 *Mamatkulov et Askarov c/ Turquie*, § 111 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, § 55 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 *Fogarty c/ Royaume-Uni*, § 35 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 *Mac Elhinney c/ Irlande*, § 36).

²⁴¹¹ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, § 55 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 *Fogarty c/ Royaume-Uni*, § 35 ; CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 *Mac Elhinney c/ Irlande*, § 36. Comp. CEDH 4 février 2005 requêtes n° 46827/99 et 46951/99 *Mamatkulov et Askarov c/ Turquie*, § 111 : « *Aussi la Convention doit-elle s'interpréter, dans toute la mesure du possible, en harmonie avec les autres principes du droit international, dont elle fait partie* » ; la conciliation cède sa place à l'harmonie, mais à la différence des affaires précédemment mentionnées, il s'agissait pour la Cour d'affirmer

Sous ce rapport, elle ne paraît jouir d'aucune primauté de principe sur les autres normes internationales. Elles peuvent alors conduire à restreindre ou tout au moins à limiter l'empire des droits garantis. Cependant, la conciliation et la coordination, quoique privilégiées²⁴¹², n'ont lieu d'être recherchées que dans la mesure du possible. Et, c'est très logiquement que, d'un autre côté, la Cour indique que, « *quoiqu'il en soit, (...) un traité ne saurait servir de base valable pour lui retirer son pouvoir de vérifier s'il y a eu ingérence dans l'exercice, par un requérant, des droits et libertés découlant de la Convention et, dans l'affirmative, si cette ingérence est justifiée* »²⁴¹³. En particulier, à défaut d'avoir formulé une réserve expresse au titre de l'article 57, un État ne peut conjecturer la compatibilité d'un accord international auquel il est partie avec la Convention. Dès sa ratification, en effet, il a l'obligation de la garantir à toute personne relevant de sa juridiction²⁴¹⁴ et, si elle entre en conflit avec d'autres obligations internationales, l'État sera amené à faire prévaloir la première sur les secondes²⁴¹⁵. Certes, la solution ne présente aucune originalité puisqu'elle équivaut à conférer la priorité à la *lex posterior*, mais le rôle de la Convention en tant « *qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »²⁴¹⁶ pourrait étendre sa primauté à l'encontre d'un traité postérieur dès lors qu'aucune conciliation n'est envisageable. Du point de vue des juridictions internes, la résolution du conflit de convention suscite d'autres difficultés²⁴¹⁷. Parce qu'elles ne concernent que « *les accords dont la force obligatoire est subordonnée à une condition de réciprocité* »²⁴¹⁸, les règles issues de la Convention de Vienne en matière de conflit de conventions ne seraient pas adaptées au problème²⁴¹⁹. Or, les conventions de droit privé, tout comme la CEDH, présentent un

pour la première fois le caractère contraignant des mesures provisoires dont l'inobservation constitue désormais un manquement de l'État à l'article 34 de la CEDH.

²⁴¹² G. COHEN-JONATHAN, « La place de la CEDH dans l'ordre juridique français », in F. Sudre (dir.), *Le droit français et la CEDH, 1974-1992*, NP Engel-Kehl, Strasbourg Arlington, 1993, p. 38 et s..

²⁴¹³ CEDH 9 octobre 2003 requête n° 48321/99 Slivenko c/ Lettonie, § 120.

²⁴¹⁴ CEDH 23 janvier 2002 requête n° 48321/99 Slivenko c/ Lettonie, § 58.

²⁴¹⁵ Voir, par exemple, CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 Soering c/ Royaume-Uni, § 111, dans la mesure où le gouvernement britannique a sursis à l'extradition du requérant, malgré les stipulations du traité le liant aux États-Unis d'Amérique, afin de se conformer à une mesure provisoire ordonnée par la Cour.

²⁴¹⁶ CEDH 30 juin 2005 requête n° 45036/98 Bosphorus c/ Irlande, préc., § 156.

²⁴¹⁷ F. CAPOTORTI, « Interférences dans l'ordre juridique interne entre la convention et d'autres accords internationaux », in *Les droits de l'homme en droit interne et international, 2^{ème} colloque international sur la convention européenne des droits de l'homme (Vienne, 18 et 20 octobre 1965)*, Grands colloques européens, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, p. 123.

²⁴¹⁸ C. BRIÈRE, *op. cit.*, p. 221, n° 309.

²⁴¹⁹ Au demeurant, les règles qu'elle contient ne donnent guère d'issue satisfaisante au conflit (J. FOYER, « Droits internationaux des droits de l'homme et ordre public international », in *Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme, Mélanges Raymond Goy*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 347 ; L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, p. 254 et s., n° 348 et s. ; F. GUERCHOUN, *loc. cit.* p. 703 et s. ; F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention

caractère universel. Leur spécificité serait alors suffisamment marquée pour considérer que leur conflit constitue un phénomène autonome des oppositions entre traités observés en droit international public²⁴²⁰. En l'absence de directives précises, la Haute juridiction a recherché la voie de la conciliation²⁴²¹ en identifiant, dans les conventions relatives aux relations privées internationales, une clause permettant la sauvegarde de la CEDH²⁴²². C'est ainsi que, de façon astucieuse, elle rappelle, dans les cas dont elle a eu connaissance, que les différentes conventions en cause ne l'obligeaient pas à admettre certaines de leurs conséquences puisque toutes réservaient le jeu de l'ordre public international du for. Il restait à considérer que la Convention européenne des droits de l'homme constituait un instrument pertinent pour apprécier sa teneur²⁴²³. Une interprétation adéquate de la convention dont les effets peuvent

européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 223 ; M.-L. NIBOYET, note sous Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, *Dalloz* 1997 p. 402 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, « La mise en oeuvre du droit international privé conventionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 328).

²⁴²⁰ C. BRIÈRE, *op. cit.*, p. 221, n° 309.

²⁴²¹ Ou de l'« articulation » selon M. Fulchiron (note sous Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, *JCP* 1998.I.101.3). *Contra* C. BRIÈRE, *op. cit.*, p. 277 et s., n° 381 et s. : de son point de vue, la solution ne procède pas d'une tentative de conciliation, mais s'inspire de la hiérarchie des normes. La CEDH bénéficierait ainsi d'une autorité supérieure parce que, matériellement, elle se place au-dessus de toute autre norme. Cependant, si la jurisprudence relative aux conflits de convention aboutit au même résultat, une affirmation tranchée de la primauté de la CEDH fait défaut. Voir également l'analyse menée par Mme Léna Gannagé en termes de principes généraux du droit utilisés dans leur fonction de rationalisation du système juridique. Il conviendrait alors d'identifier le principe général qui a guidé l'élaboration de chacune des règles en conflit et faire prévaloir le plus fondamental. Le principe de l'ordre public international supplante ainsi celui de l'harmonie internationale des solutions. La CEDH, ramenée au premier, l'emporte donc sur la convention franco-marocaine qui se rattacherait au second (*op. cit.*, p. 260 et s., n° 357 et s.).

²⁴²² H. MUIR WATT, « Contre une géométrie variable des droits fondamentaux », *Justices* 1996 p. 335 et s. D'autres considèrent qu'en tant qu'elle constitue un instrument de l'ordre public européen, la CEDH devrait bénéficier d'une primauté sur toutes les autres normes internationales (L. FRANÇOIS, « La Convention européenne des droits de l'homme est-elle supérieure aux conventions bilatérales reconnaissant les répudiations musulmanes ? », *Dalloz* 2002 p. 2958, spéc. p. 2961 et s. ; C. PICHERAL, *L'ordre public européen (droit communautaire et droit européen des droits de l'homme)*, La documentation française, 2001, p. 309 et s.). Celles-ci seraient même frappées de nullité du point de vue du juge français dès lors que leurs stipulations méconnaissent les droits de l'homme et libertés fondamentales (M.-L. NIBOYET, note sous Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, *Dalloz* 1997 p. 402 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, « La mise en oeuvre du droit international privé conventionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 329).

²⁴²³ Voir, par exemple, Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995 Fazouane : selon l'article 13, alinéa 1^{er}, de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, « les actes constatant la dissolution du lien conjugal entre conjoints marocains, homologués dans les formes prévues par la loi marocaine, produisent effet en France dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés à l'étranger ; que, d'après l'article 16 de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 à laquelle il est ainsi renvoyé, ces conditions exigent, notamment, que la décision étrangère ait respecté les droits de la défense et que sa reconnaissance ne soit pas contraire à l'ordre public international français ; qu'au titre de cette dernière condition figure l'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage reconnue par l'article 5 du Protocole du 22 novembre 1984, n° 7, à la Convention européenne des droits de l'homme ». Voir encore, Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (arrêts n° 256 et 258 : la Haute juridiction s'appuie sur la CEDH tout en rappelant la contrariété de la répudiation à l'ordre public international « réservé par l'article 1^{er} d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 »).

apparaître contraires aux droits fondamentaux²⁴²⁴ permet ainsi d'accorder les deux instruments en présence. Conformément à l'idée défendue par M. Lagarde, il en découle un « *moindre sacrifice des obligations internationales de l'État dont les tribunaux sont saisis* »²⁴²⁵ puisque, en apparence, sinon techniquement, le respect de chacune des conventions est assuré. Certes, on pourrait se demander si la conciliation ainsi opérée demeure dans les limites tracées par la convention de Vienne sur le droit des traités qui indique que les conventions doivent être exécutées²⁴²⁶ et interprétées²⁴²⁷ de bonne foi. Opposer aux effets de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire l'égalité des droits et des responsabilités des époux durant le mariage et lors de sa dissolution alors qu'elle a été inspirée par la « *nécessité de conserver aux personnes les principes fondamentaux de leur identité nationale* »²⁴²⁸ ne paraît pas s'accorder pleinement avec l'exigence générale de bonne foi²⁴²⁹. D'autant plus que ses dispositions tendent à limiter au maximum les interventions de l'exception d'ordre public²⁴³⁰. Cependant, la promotion d'une application de la CEDH adaptée à l'internationalité de la situation serait de nature à restaurer un certain équilibre²⁴³¹. Quoi qu'il en soit, l'illusion d'harmonie qui en résulte présente l'insigne avantage de contourner les inextricables difficultés nées des commandements contradictoires de deux textes formellement équivalents du point de vue de la hiérarchie des normes²⁴³². Chaque

²⁴²⁴ Par exemple, considérer que la répudiation est un divorce au sens de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 pour entraîner l'applicabilité de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 et par-là intégrer les exigences découlant de la Convention européenne des droits de l'homme (très nettement en ce sens, Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1994 El Madani ; Civ. 1^{ère} 31 janvier 1995 Kari ; Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995 Fazouane ; Civ. 1^{ère} 11 mars 1997 ; Civ. 1^{ère} 27 janvier 1998 Séfiani), ou encore que l'article 27-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ne se limite pas à l'ordre public substantiel (Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Pordéa ; Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 Mailliez).

²⁴²⁵ P. LAGARDE, « Compte-rendu sur l'ouvrage de Ferenc Majoros sur les conflits de conventions », *RCDIP* 1982 p. 233.

²⁴²⁶ Article 26.

²⁴²⁷ Article 31-1.

²⁴²⁸ Alinéa 1 du préambule.

²⁴²⁹ M.-L. NIBOYET-HOEGY, « La mise en oeuvre du droit international privé conventionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 331. En outre, que l'article 13 de la Convention de 1981 renvoie aux « *formes prévues par la loi marocaine* » rend « *peu convaincante la prétendue référence implicite à la Convention de 1957, dont l'objet est plus général* » (P. MAYER, « Droit à un procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 1996, p. 135).

²⁴³⁰ Cf., notamment, son article 4 : « *La loi de l'un des deux États désignés par la présente convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre État que si elle est manifestement (cnqs) incompatible avec l'ordre public* ».

²⁴³¹ Nuances qui ne s'imposent pas avec la même force à l'égard, par exemple, des textes de droit communautaire parce que les États concernés sont également parties à la CEDH et que l'Union européenne attache une grande importance au respect des droits fondamentaux.

²⁴³² En revanche, le détour par l'ordre public ne se comprendrait plus s'il était utilisé à l'encontre de règles matérielles d'origine conventionnelle (voir par exemple Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988 Baaziz, préc. ; voir également la motivation ambiguë de TGI Orléans 17 mai 1984, préc., le tribunal estimant que, en vertu du principe d'égalité

méthode aurait ainsi un domaine particulier. Il est d'ailleurs frappant que le lien entre la CEDH et l'ordre public international n'ait été énoncé expressément que lorsque la situation donnait lieu à un conflit de conventions. À l'inverse, si une convention internationale ne réserve pas l'ordre public international, alors l'application directe de la CEDH s'impose parce que aucune conciliation n'est possible. D'évidence, elle s'impose également lorsque les droits fondamentaux figurent parmi les hypothèses dans lesquelles les effets de la convention peuvent être tenus en échec.

entre époux, il convenait d'écarter non pas la loi étrangère désignée par la règle de conflit conventionnelle, mais la convention elle-même). Ce serait alors forcer le mécanisme (M.-L. NIBOYET-HOEGY, *loc. cit.*, p. 326 ; L. GANNAGÉ, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », *RCDIP* 2001 p. 32). Si l'articulation des conventions n'est plus envisageable, l'artifice de l'ordre public ne se justifie plus. Une confrontation directe doit être menée par le juge tout en gardant à l'esprit que si la CEDH doit se concilier, dans la mesure du possible, avec les normes du droit international dont elle fait partie intégrante, une solution fondée sur un traité ne délie pas l'État au nom duquel il statue de son obligation de reconnaître à toute personne qui relève de sa juridiction les droits et libertés conventionnellement garantis.

CONCLUSION DU TITRE II

514. La cohésion de l'ordre juridique du for impose parfois d'écarter l'application, au sens large, de toute norme étrangère. Les intérêts étatiques dominent alors, sans néanmoins les sacrifier, ceux des individus et de l'ordre international. La prise en compte de ces derniers a en effet conduit à l'élaboration d'un certain nombre de mécanismes qui traduisent de manière équilibrée l'objectif de protection de l'ordre juridique. Sa définition par la Cour de Strasbourg exprime également la nuance qu'il convient d'observer en la matière. L'analogie ne saurait cependant abuser. La tolérance dont peut faire preuve la juridiction européenne ne correspond pas toujours à celle manifestée par les juridictions françaises. Et, puisque leur décision de se référer à une norme étrangère est en toute hypothèse source de responsabilité internationale, les éventuelles divergences relatives au degré de protection du for se résoudront à la lumière des exigences des droits et libertés conventionnellement garantis. Les mécanismes traditionnels réalisant cette protection sont en conséquence appelés à évoluer, voire à s'effacer au profit d'un mécanisme original lorsqu'ils manquent de s'opposer aux normes étrangères incompatibles avec la Convention. Son application directe est ainsi préconisée. Cette solution, remarque Mme Léna Gannagé, n'a pas « *lieu d'être redoutée par les internationalistes* »²⁴³³. En effet, « *assurée d'une flexibilité identique à celle de l'ordre public, [la CEDH] permet de respecter les exigences de l'ordre international, et bénéficie, à ce titre, d'une légitimité supérieure pour contrer l'application des conventions bilatérales* ». Pour autant, elle ne justifie pas une attitude combative et militante de la part du juge interne. Il a certes la faculté de promouvoir dans les relations privées internationales un standard de protection plus élevé que le minimum arrêté par le juge européen²⁴³⁴. Sa liberté d'enchérir, cependant, est susceptible d'entrer en conflit avec la Convention en contrariant l'objectif de coordination, qui lui aussi se nourrit des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

²⁴³³ L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, p. 252, n° 345.

²⁴³⁴ Cf. article 53 CEDH.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

515. Concordance et prééminence caractérisent la confrontation de l'objectif de protection de l'ordre juridique au système européen de garantie des droits fondamentaux.

La concordance se manifeste d'une manière particulièrement éclatante à travers le relativisme et l'atténuation qui imprègnent les obligations pesant sur l'État appelé à mettre en œuvre ou à reconnaître les effets d'une norme étrangère. Les intérêts de l'ordre international, notamment, ont ainsi conduit la Cour de Strasbourg à adopter, implicitement mais nécessairement, l'idée selon laquelle il était indispensable de ne pas traiter à l'identique les normes du for et les normes étrangères. La jurisprudence concrétisant cette directive générale inspire un sentiment mitigé. Fort contestable lorsqu'elle se fonde sur une applicabilité restreinte de la Convention, elle apparaît beaucoup plus satisfaisante dès lors que la Cour réserve la responsabilité de l'État aux hypothèses de violation manifeste des droits et libertés conventionnellement garantis. La modulation du contrôle européen se comprend et se justifie en effet davantage en procédant de l'origine de la norme étrangère plutôt que de la nature du droit mis en cause, critère premier, mais en l'occurrence inopportun, de l'ordre public européen²⁴³⁵.

Les rapprochements avec l'objectif de protection rencontrent cependant des limites. Il paraît ainsi excessif d'affirmer que les droits fondamentaux doivent suivre la notion d'ordre public, en s'y intégrant et « *en y subissant les atténuations qu'autorise, formellement, le contexte dans lequel le juge est saisi, et que commande, sur le fond, l'internationalité de la situation qui lui est soumise* »²⁴³⁶. La soumission de la CEDH à un mécanisme de droit interne achoppe sur le droit de recours individuel. Celui-ci, de l'avis même de la Cour de Strasbourg, « *a acquis au fil des ans une grande importance et figure parmi les clefs de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés énoncés dans la Convention* »²⁴³⁷. Toute personne qui relève de la juridiction des États membres dispose en conséquence d'un « *véritable droit d'action pour faire valoir les droits et libertés qu'il tient directement de la Convention* »²⁴³⁸. En d'autres termes, la recherche d'une heureuse concordance ne saurait altérer la prééminence

²⁴³⁵ C. PICHERAL, *op. cit.*, p. 322.

²⁴³⁶ P. MAYER, *loc. cit.*, p. 138.

²⁴³⁷ CEDH 4 février 2005 requêtes n° 46827/99 et 46951/99 Mamatkulov et Askarov c/ Turquie, § 122.

²⁴³⁸ *Ibidem*.

de la CEDH. C'est la raison pour laquelle il importe que le juge interne ajuste la réalisation de l'objectif de protection du for à sa définition par la juridiction européenne.

CONCLUSION

516. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales constitue l'observatoire privilégié de l'élaboration d'un ordre régional fondé sur le respect des droits de l'homme et la prééminence du droit. Relayée par la jurisprudence constructive de la Cour de Strasbourg et, avant elle, des anciennes Cour et Commission EDH, elle contribue fortement au renouvellement et à l'évolution du droit des États membres du Conseil de l'Europe. Parce qu' « *il n'est pas possible de se résigner, avec Pascal, à ce que la justice ne soit que ce qui est établi* »²⁴³⁹, son apport est, à ce seul titre, inestimable. Cependant, la justice matérielle que propose d'atteindre le droit européen des droits de l'homme n'inspire pas nécessairement toute règle et toute branche du droit. Outre que certaines matières sont susceptibles d'en promouvoir une conception différente des canons européens, elles répondent également, voire principalement, à des préoccupations qui leur sont propres. Si le contrôle européen ne parvient pas à les intégrer ou ne reconnaît pas leur légitimité, il risque d'affecter en profondeur la cohérence et la logique de la matière considérée²⁴⁴⁰. La mise en lumière d'une justice spécifique au droit international privé suscite alors les plus vives inquiétudes puisque rien ne le soustrait à l'empire de la CEDH et que ni ses règles ni ses méthodes n'ont été conçues en contemplation des droits fondamentaux. De ce point de vue, la méfiance des internationalistes à l'encontre du texte européen est compréhensible parce qu'il menace directement l'essence même de la discipline, c'est-à-dire « *le tiraillement entre l'ouverture et le repli, l'universel et le spécifique, l'harmonisation et le protectionnisme, la confiance et la défiance* »²⁴⁴¹. Plus précisément, l'immixtion de la CEDH engendrerait un déséquilibre en neutralisant les finalités internationales du droit international privé au profit de ses finalités internes. Certes, ces dernières bénéficient traditionnellement de la préséance, mais elles ne sauraient devenir envahissantes en débordant le domaine qui leur est assigné. Alors que le droit international privé recherche la coordination des ordres juridiques, la propagation de la CEDH favoriserait et ne pourrait que favoriser leur cloisonnement.

²⁴³⁹ J. MARTIN DE LA MOUTTE, « La réforme des juridictions civiles du 22 décembre 1958 », in *Mélanges offerts à Jacques Maury. Tome I. Droit international privé et public*, Dalloz, 1960, p. 260.

²⁴⁴⁰ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2002, p. 64, n° 36.

²⁴⁴¹ M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations (relations entre systèmes laïques et systèmes religieux)*, Dalloz, 2005, p. 623, n° 641.

517. Toutefois, les antagonismes et les oppositions entre la CEDH et le droit international privé ne sont peut-être pas aussi prononcés parce que, en définitive, « *le respect de la personne humaine est la source du droit international privé* »²⁴⁴². Ils posséderaient donc une racine commune qui laisse entrevoir des rapprochements féconds. Le conflit de logique et le conflit de justice ne sont pas le fruit d'une illusion, mais ils procèdent d'une analyse qu'il convient d'approfondir. D'une part, elle n'accorde sans doute pas suffisamment de poids à la souplesse du contrôle européen. D'autre part et surtout, elle néglige le rôle de la CEDH sur la coordination des ordres juridiques²⁴⁴³. Or, affirmer que la Convention compromet fatalement les finalités internationales du droit international privé est certainement excessif. La cohérence et l'harmonie de l'ordre international ne lui sont pas indifférents. Le conflit de juridictions est à cet égard particulièrement éclairant. « *Pour réaliser l'idéal de justice dans les relations privées internationales* », écrivait Fragistas, « *il faut que pour tout litige il y ait un juge compétent et que ce juge soit accessible aux parties* »²⁴⁴⁴. L'impératif ainsi exprimé se heurte cependant à l'unilatéralisme des règles de compétence générale qui provoque lacunes²⁴⁴⁵, cumuls²⁴⁴⁶ et abus²⁴⁴⁷. Or, chacune de ces imperfections contrarie l'effectivité du droit au procès équitable. Interprété à la lumière des exigences de la vie internationale, il permet d'instaurer et même de restaurer l'un des idéaux auquel tend le droit international privé. La CEDH renforce encore la continuité des situations juridiques individuelles. Les droits substantiels qu'elle garantit deviennent, replacés dans la perspective des relations privées internationales, le droit de jouir de son statut personnel, familial ou patrimonial au-delà des frontières et le droit à l'exécution des décisions de justice celui d'obtenir le concours des autorités de l'État requis pour l'exécution de la décision étrangère. La Convention participe donc au décloisonnement des ordres juridiques, ce que vérifie également l'étude des conflits de lois.

518. Cette convergence est remarquable, mais n'évince pas du champ d'influence de la CEDH le souci de cohésion et de protection de l'ordre juridique du for. Par exemple, bien que le bénéfice du droit à l'exécution des décisions de justice ne dépende ni du contenu ni des effets de la décision, instinctivement, s'impose l'idée selon laquelle « *l'article 6 ne saurait*

²⁴⁴² R. VANDER ELST, « Liberté, respect et protection de la volonté en droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 507.

²⁴⁴³ Voir, en particulier, M.-C. NAJM, *op. cit.*, p. 527, n° 556 et 557.

²⁴⁴⁴ N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI* 1961 volume III p. 172 note 14.

²⁴⁴⁵ Lorsque aucun juge ne se reconnaît compétent.

²⁴⁴⁶ Lorsque plusieurs juges se reconnaissent compétents, ce qui peut donner lieu à des décisions inconciliables.

²⁴⁴⁷ Lorsque la compétence du juge apparaît exorbitante.

justifier l'exécution d'une décision judiciaire qui, dans son application, viole les droits fondamentaux d'autrui »²⁴⁴⁸. Or, même s'il met en œuvre une norme étrangère, l'État demeure responsable au titre de la CEDH ; l'internationalité de la situation et l'extranéité de la norme ne sont pas de nature à le relever de ses obligations conventionnelles. Il doit donc s'abstenir de donner effet à une norme étrangère qui méconnaîtrait les droits et libertés conventionnellement garantis.

519. En stimulant à la fois les finalités internationales et les finalités internes du droit international privé, la CEDH invite à reconsidérer leur tension et leur équilibre. Puisque la coordination des ordres juridiques est une valeur protégée par la Convention, il n'est plus possible de déclarer péremptoirement que les principes de cohérence et de cohésion l'emportent sur les principes de continuité, de prévisibilité et d'effectivité. Dans ce contexte, les deux grands objectifs du droit international privé ne s'inscrivent pas dans un rapport hiérarchique. Leur conciliation est nécessaire, mais comment doit-elle s'opérer et quelle voie doit-elle emprunter ?

L'équilibre entre les aspirations contraires du droit international privé se manifeste en premier lieu par le biais de ses mécanismes et de ses méthodes. D'aucuns prétendent alors que « *la réalisation des droits fondamentaux dans les situations internationales est d'abord subordonnée aux règles du droit international privé, et non aux impératifs poursuivis par le Conseil de l'Europe* »²⁴⁴⁹. Le droit de recours individuel constitue la limite d'une telle proposition. Les règles du droit international privé ne sont pas soustraites à l'empire de la CEDH et doivent en conséquence permettre la sauvegarde des droits qu'elle proclame. De plus, lorsqu'il est confronté à une norme étrangère, l'État encourt une responsabilité à raison d'un acte qui lui est imputable parce que la situation en question relève de sa juridiction. La réalisation des droits fondamentaux dans une telle hypothèse intéresse assurément les impératifs du Conseil de l'Europe.

Faut-il alors se résigner à constater qu'en ce domaine la CEDH donne naissance à des commandements contradictoires ? Ainsi, l'obligation de reconnaître les situations constituées à l'étranger se heurterait à l'obligation de ne pas permettre la diffusion de décisions en état de

²⁴⁴⁸ Opinion dissidente de Madame la juge Thomassen, à laquelle se rallie M. le juge Jungwiert sous CEDH 22 juin 2004 requête n° 78028/01 Pini et Bertani c/ Roumanie.

²⁴⁴⁹ M.-C. NAJM, *op. cit.*, p. 517, n° 549.

péché conventionnel. La solution des conflits de droit de l'homme est cependant fort aléatoire et incertaine. Des bases aussi fragiles ne sauraient déterminer à elles seules le choix omniprésent entre la coordination et la protection.

C'est la raison pour laquelle nous avons été conduit à envisager à titre principal une troisième issue reposant sur une approche résolument internationale des droits et libertés garantis par la Convention. La souplesse du contrôle européen et la logique floue qui ordonne son exercice en est le moyen, le souci de ne pas entraver le développement et la cohérence de l'ordre international, la raison. L'atténuation des exigences européennes, rationnellement conçue en des termes différents selon que la norme provient d'un État Partie ou d'un État tiers, permet ainsi de réduire les hypothèses de conflit et d'éviter de creuser la discontinuité des ordres juridiques. La protection de l'ordre juridique du for ne se manifesterait que dans les hypothèses de violation manifeste des droits de l'homme. Ici comme ailleurs, « *la primauté des principes européens ne doit pas être un dogme même si elle doit correspondre à une réalité : une approche pragmatique et non pas dogmatique du droit européen des droits de l'homme s'impose* »²⁴⁵⁰.

Le droit international privé oscille entre l'ouverture et le repli comme les droits de l'homme sont traversés par la tension entre le relatif et l'universel²⁴⁵¹. De leur rencontre naît un paradoxe : la prétention des droits de l'homme à l'universalité ne conduit pas à asseoir l'universalisme du droit international privé mais « *à s'opposer au relativisme culturel, à refuser toute concession à la diversité* »²⁴⁵² ; c'est au contraire en entretenant leur relativité qu'ils initieront un mouvement d'ouverture, aux autres systèmes, aux autres cultures, à une autre modernité.

²⁴⁵⁰ J.-F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 64, n° 36.

²⁴⁵¹ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 25.

²⁴⁵² G. CANIVET, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français et étranger », *RIDC* 2003 p. 20.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

ANCEL B. et LEQUETTE Y.

- *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2001

AUDIT B.

- *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} édition, 2000

BARTIN É.

- *Études de droit international privé*, A. Chevalier-Marescq et Cie, 1899
- *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Tome I, Domat-Montchrestien, 1930

BATIFFOL H. et LAGARDE P.

- *Droit international privé, Tome II*, LGDJ, 7^{ème} édition, 1983

BÉNABENT A.

- *Droit civil. La famille*, Litec, 10^{ème} édition, 2001

BERGER V.

- *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 8^{ème} édition, 2002

CABRILLAC R. (Dir.)

- *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Litec, 2^{ème} édition, 2004

CADIET L. et JEULAND E.

- *Droit judiciaire privé*, Litec, 4^{ème} édition refondue, 2004

CARBONNIER J.

- *Droit civil. Tome II. La famille, l'enfant, le couple*, Thémis, Droit privé, PUF, 21^{ème} édition refondue, 2002

COHEN-JONATHAN G.

- *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989

CORNU G.

- *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 11^{ème} édition, 2003
- *Droit civil. La famille*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 7^{ème} édition, 2001

COURBE P.

- *Droit international privé*, Armand Colin, 2^{ème} édition, 2003

DUPUY P.-M.

- *Droit international public*, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2004

ERGEC R. et VELU J.

- *La CEDH*, Bruylant, Bruxelles, 1990

HAUSER J. ET HUET-WEILLER D.

- *La famille. Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1993

HOLLEAUX D., FOYER J. et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (DE) G.

- *Droit international privé*, Masson, 1987

JULIEN P. et FRICERO N.

- *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2003

LE BARS T.

- *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2^{ème} édition, 2002

LOUSSOUARN Y., BOUREL P. et VAREILLES-SOMMIÈRES (DE) P.

- *Droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2004

MALAURIE P. et FULCHIRON H.

- *La famille*, Defrénois, 2004

MARGUÉNAUD J.-P.

- *La Cour européenne des droits de l'homme*, collection connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002

MAYER P. et HEUZÉ V.

- *Droit international privé*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8^{ème} édition, 2004

MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J. et CHABAS F.

- *Leçons de droit civil. Tome I, troisième volume. La famille*, Montchrestien, 7^{ème} édition par L. Leveneur, 1995

NGUYEN QUOC DINH (†), DAILLIER P., PELLET A.

- *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002

NIBOYET J.-P.

- *Traité de droit international privé*, Sirey, 1949

RENUCCI J.-F.

- *Droit européen des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2002

SAVIGNY (von) F. K.

- *Traité du droit romain. Tome VIII*, Librairie de Firmin Didot Frères, fils et Cie, 2^{ème} édition, Paris, 1860

SUDRE F.

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Collection Droit Fondamental, 7^{ème} édition refondue, 2005

SUDRE F., MARGUÉNAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M.

- *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Thémis, 2^{ème} édition, 2004

TERRÉ F. et FENOUILLET D.

- *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Précis Dalloz, 6^{ème} édition, 1996

VAREILLES-SOMMIÈRES (DE)

- *La synthèse du droit international privé*, Cujas, 1972 (réédition de l'édition de 1897)

OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES, COURS, TRAVAUX
COLLECTIFS

AGO R.

- « Règles générales de conflit de lois », *RCADI* 1936 tome 58 p. 243

AL MAFREGY I.

- *Essai sur les caractéristiques essentielles du droit musulman et sa conception des droits de l'homme*, thèse Montpellier, 1974

BARTHES R.

- *Mythologies*, éditions du Seuil, Points essais, 1957

BATIFFOL H.

- *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956
- « Principes de droit international privé », *RCADI* 1959 volume II p. 435
- « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973 tome 139 p. 75

BLANC F.-P.

- *Le droit musulman*, Dalloz, collection connaissance du droit, 1995

BOURDELOIS B.

- *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN Joly, 1993

BRIÈRE C.

- *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001

BUCHER A.

- « La famille en droit international privé », *RCADI* 2000 tome 283 p. 9

BUISSON P.

- *La notion de for exorbitant (étude de droit international privé)*, Thèse Paris II, 1996

CARBONNIER J.

- *Essai sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 2^{ème} édition, 1995
- *Droit et passion du droit sous la Cinquième République*, Flammarion, collection Forum, 1996

CHALAS C.

- *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000

CHAPELLE A.

- *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse Paris II, 1979

CLAPIER VALLADON S.

- *Panorama du culturalisme*, EPI, 1976

CLIQUENNOIS M. (dir.)

- *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le juge français*, L'Harmattan, 1997

COHEN-JONATHAN G.

- *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, Bruxelles, 1996

CONAC G. et AMOR A. (dir.)

- *Islam et droits de l'homme*, Economica, 1994

CORBION L.

- *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004

DELMAS-MARTY M.

- *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil-essais, 1998
- *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004

DEPREZ J.

- « Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre système d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel », *RCADI* 1988 tome 211

DIAB N.-A.

- *Le tribunal internationalement compétent en droit libanais et français*, LGDJ 1993

DIJON X.

- *Droit naturel, tome I, Les questions du droit*, Thémis droit privé, PUF, 1998

ELGEDDAWI A. K.

- *Relations entre système confessionnel et laïque en droit international privé*, Dalloz, 1971

FARGE M.

- *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence*, thèse Grenoble, 2000

FOHRER E.

- *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999

FRAGISTAS N.

- « La compétence internationale en droit privé », *RCADI* 1961 volume III p. 159

FROMONT M. et RIEG A.

- *Introduction au droit allemand*, Tome III, Cujas, 1991

FRUMER P.

- *La renonciation aux droits et libertés. La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001

GANNAGÉ L.

- *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001

GAUDEMET-TALLON H.

- *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2002

GONZALES-CAMPOS J. D.

- « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI* 2000 tome 287

HALPERIN J.-L.

- *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, collection Les voies de droit, 1999

HAMMJE P.

- *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, 1994

HEALY T. H.

- « Théorie générale de l'ordre public », *RCADI* 1925 volume IV p. 407

HERMANN P.

- *L'existence d'une conception des droits de l'homme propre aux États musulmans*, mémoire Montpellier I, 1999

HERNU R.

- *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003

HOLLEAUX D.

- *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970

HUNTINGTON S. P.

- *Le choc des civilisations*, Odile Jacob, 2000

JACQUET J.-M.

- « La fonction supranationale de la règle de conflit de lois », *RCADI* 2001 tome 292 p. 147

JAYME É.

- « Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1995 tome 251 p. 9
- « Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation », *RCADI* 2000 tome 282 p. 9

KASTANAS E.

- *Unité et diversité : notions autonomes et marges d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996

KEGEL G.

- « The crisis of Conflict-of-laws », *RCADI* 1964 tome 112 p. 91

LAGARDE P.

- *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959
- « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1986 tome 196 p. 9

MARMISSE A.

- *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000

MATSCHER F.

- « Étude des règles de compétence judiciaire internationale dans certaines conventions internationales », *RCADI* 1978 volume I p. 139
- « Quarante ans d'activité de la Cour européenne des droits de l'homme », *RCADI* 1997 tome 270 p. 237

MAURY J.

- *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid 1952

MEAD M.

- *Mœurs et sexualité en Océanie*, Plon, coll. Terre humaine, 1969

MERCIER P.

- *Conflit de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Droz, Genève, 1972

MIAJA DE LA MUELA A.

- « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI* 1972 volume I p. 1

MILL J. S.

- *De la liberté*, Gallimard, Folio essai, trad. L. Lenglet, 1990

MIRANDES A.

- *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des États-Unis*, Economica, 2002

MOLFESSIS N. (dir.)

- *Les revirements de jurisprudence*, rapport remis le 30 novembre 2004 à Monsieur le premier président Guy Canivet, Litec 2005

MORVAN P.

- *Le principe de droit privé*, Édition Panthéon-Assas, 1999

MOTULSKY H.

- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, réimpression de l'édition de la librairie du Recueil Sirey parue en 1948, 1991
- *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973
- *Études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978

MUIR-WATT H.

- *Effets en France des décisions étrangères*, Jurisclasseur, 1990

MUZNI P.

- *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Thèse dactyl., Montpellier, 2004

NAJM M.-C.

- *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations (relations entre systèmes laïques et systèmes religieux)*, Dalloz, 2005

NIBOYET J.-P.

- *Cours de droit international privé à l'usage des étudiants de licence et de doctorat*, Librairie du recueil Sirey, 1946

OPPETIT B.

- *Philosophie du droit*, Droit privé, Précis Dalloz, 2005

OUGERGOUZ F.

- *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, une approche juridique entre tradition et modernité*, PUF/IUHEI, Paris/Genève, 1993

PATAUT É.

- *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, LGDJ, 1999

PETTITI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.-H.

- *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999

PÉROZ H.

- *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, thèse dactyl. Caen, 1997

PERROT R.

- *Cours de droit judiciaire privé. Fascicule I. Notions fondamentales, compétence, procédure*, 1977

PICHERAL C.

- *L'ordre public européen (droit communautaire et droit européen des droits de l'homme)*, La documentation française, 2001

PICONE P.

- « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI* 1986 tome 197 p. 229
- « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 1999 tome 276 p. 9

PIERRE R.

- *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit des procédures collectives*, mémoire DEA Limoges, 2004

RAYNAUD J.

- *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003

RIGAUX F.

- *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pédone, 1977
- *La loi des juges*, Odile Jacob, 1999
- « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité généralisé », *RCADI* 1989 p. 9

ROMANO S.

- *L'ordre juridique*, Dalloz, collection philosophie du droit, 1975

SCHUTTER (DE) O.

- *Droits fondamentaux et économie de marché*, cours de DEA, Limoges, 2000

SINOPOLI L.

- *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000

THARAUD D.

- *Le contrôle de dénaturation en droit international privé*, mémoire DEA Limoges, 2001

UBERTAZZI G. M.

- « Règle de non-discrimination et droit international privé », *RCADI* 1977 tome 157, p. 341

VAN DROOGHENBROECK S.

- *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001

VAREILLES-SOMMIÈRES (DE) P.

- *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, LGDJ, 1997

VISSCHER (DE) C.

- « Le déni de justice en droit international », *RCADI* 1935 tome 52 p. 363

YASSEEN M. K.

- « Principes généraux de droit international privé », *RCADI* 1965 volume III p. 383

ARTICLES, COMMUNICATIONS, CHRONIQUES**AGUILAR NAVARRO M.**

- « Droit international public et droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury. Tome I, Droit international privé et public*, Dalloz, 1960, p. 3

ALDEEB ABU-SAHLIEH S. A.

- « La définition internationale des droits de l'homme et l'islam », *RGDIP* 1985 p. 625

ALFONSIN Q.

- « Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury. Tome I, Droit international privé et public*, Dalloz, 1960, p. 27

ANCEL B.

- « L'objet de la qualification », *Clunet* 1980 p. 227
- « Le statut de la femme polygame », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992 organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université de Lille II, LGDJ, 1993, p. 105

ANDRIANTSIMBAZOVINA J.

- « L'élaboration progressive d'un ordre public européen des droits de l'homme », *CDE* 1997 n° 5-6 p. 655
- « Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme (1996-1997-1998) », *CDE* 2000 n° 5-6 p. 657
- « Une force qui va ? Tendances générales de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 2003 », *CDE* 2004 p. 405

ANGULO RODRIGUEZ (DE) M.

- « Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international », *RCDIP* 1972 p. 369

AUDIT B.

- « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », in *TCFDIP, journée commémorative du Cinquantenaire, problèmes actuels de méthode en droit international privé, Paris, 23 novembre 1985*, éditions du CNRS, p. 59
- « Le droit international privé à la fin du vingtième siècle : progrès ou recul ? », *RIDC* 1998 p. 421

BADINTER R.

- « L'universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste », *RUDH* 1989 p. 1

BALLARINO T.

- « Personne, famille, régimes matrimoniaux et succession dans la loi de réforme du droit international privé italien », *RCDIP* 1996 p. 21

BANDRAC M.

- « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 1

BASEDOW J.

- « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 55

BATIFFOL H.

- « Les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé français », in *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Journée de Luxembourg, 31 mai au 4 juin 1961*, Dalloz, 1965, p. 460
- « Réflexion sur la coordination des systèmes nationaux », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LITEC, 1976, p. 199
- « Circonstances et modalités de l'application du droit international par le juge national », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Presses universitaires de Toulouse, 1981, p. 29

BATIFFOL H. et LAGARDE P.

- « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *RCDIP* 1972 p. 6

BEDJAOUI M.

- « La difficile avancée des droits de l'homme vers l'universalité », *RUDH* 1989 p. 5

BEIGNIER B. et MOUTON S.

- « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *Dalloz* 2001 p. 1636

BENATTAR R.

- « L'ordre public et la reconnaissance des « divorces privés », in *Multido legum ius unum, Mélanges en l'honneur de Wilhelm Wengler, Zu seinem 65. Geburtstag, Band II, Kollisionrecht und Rechtsvergleichung*, 1973, p. 177

BENOÎT-ROHMER F.

- « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Dalloz* 2001 p. 1483
- « Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution », *RTDE* 2005 p. 261

BERAUDO J.-P.

- « Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Clunet* 2001 p. 1033

BERNARD C.

- « Les problèmes posés par les demandes d'*exequatur* de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps », in *TCFDIP années 1977-1979*, éditions du CNRS, 1980, p. 59

BERNARD-MAUGIRON N.

- « Quelques développements récents dans le droit du statut personnel en Egypte », *RIDC* 2004 p. 355

BISCHOFF J.-M.

- « Rapport général », in *Travaux de l'association Henri Capitant. Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (journées turques). Tome XXXIX 1988*, Economica, 1990, p. 397

BONICHOT J.-C.

- « La CJCE, la CEDH et l'intégration de l'Europe », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 93

BOS M.

- « Droit international public et droit international privé : deux entités bien distinctes », in *Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski. Theory of international law at the Threshold of the 21st century*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1996, p. 89

BOSSUYT M.

- « Article 14 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La CEDH, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 475

BOTOKO-CLAEYSEN C.

- « Engagements universels et identité européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2001 p. 947

BOUET-DEVRIERE S.

- « La protection universelle des droits de la femme : vers une efficacité accrue du droit positif international ? », *RTDH* 2000 p. 453

BOYER L.

- « À propos du domaine de l'article 169 du Code de procédure civile (litiges internationaux et litiges promis à l'arbitrage) », *JCP* 1965.I.1962

BUREAU D.

- « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de Terré F.*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 285
- « La fin d'un îlot de résistance. Le règlement du conseil relatif aux procédures d'insolvabilité », *RCDIP* 2002 p. 613

CALLEWAERT J.

- « La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 93

CANIVET G.

- « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français et étranger », *RIDC* 2003 p. 7

CAPOTORTI F.

- « Interférences dans l'ordre juridique interne entre la convention et d'autres accords internationaux », in *Les droits de l'homme en droit interne et international, 2^{ème} colloque international sur la convention européenne des droits de l'homme (Vienne, 18 et 20 octobre 1965)*, Grands colloques européens, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, p. 123

CARLIER J.-Y.

- « La reconnaissance des répudiations, *RTDF* 1996 p. 131
- « Le Code belge de droit international privé », *RCDIP* 2005 p. 11

CASSESE A.

- « Les droits de l'homme sont-ils véritablement universels ? », *RUDH* 1989 p. 13

CHAMPEIL-DESPLATS V.

- « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *Dalloz* 1995 chron. p. 323

COHEN D.

- « La CEDH et le droit international privé », *RCDIP* 1989 p. 451

COHEN-JONATHAN G.

- « La place de la CEDH dans l'ordre juridique français », in F. Sudre (dir.), *Le droit français et la CEDH, 1974-1992*, NP Engel-Kehl, Strasbourg Arlington, 1993, p. 1
- « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 165
- « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (1998-1999) », *AFDI* 1999 p. 767
- « La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des États contractants », in *Mélanges Nicolas Valticos « Droit et justice »*, Pédone, 1999, p. 385
- « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2000) », *AFDI* 2000 p. 614
- « Les droits de l'homme et l'évolution du droit international », in *Clés pour le siècle*, Paris II, Dalloz, 2000, p. 611
- « Le droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 471
- « Universalité et singularité des droits de l'homme », *RTDH* 2003 p. 3

CORREA DELCASSO J.-P.

- « Le titre exécutoire européen et l'inversion de contentieux », *RIDC* 2001 p. 61

COSTA J.-P.

- « La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ? », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 197
- « Qui relève de la juridiction de quel(s) État(s) au sens de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen-Jonathan. Volume I*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 483

COUCHEZ G.

- « Les incidences de la réforme des voies d'exécution sur le droit international privé », *TCFDIP année 1996-1997*, Pédone, 1999, p. 123

COURBE P.

- « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 249
- « Le rejet des répudiations musulmanes », *Dalloz* 2004 p. 815
- « L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 227

COURTOIS G.

- « Le procès des droits de l'homme », *Droit et culture. Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, L'Harmattan, 1991, n° 22, p. 153

DECAUX E.

- « Les droits fondamentaux en droit international », *AJDA* 1998 p. 73

DECROUX P.

- « La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *Clunet* 1985 p. 49

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F.

- « Conclusions », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 387

DELMAS-MARTY M.

- « Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz* 1988 chron p. 221
- « De la juste dénomination des droits de l'homme », *Droit et cultures* 1998-I n° 35 p. 101
- « Ré-inventer le droit commun », *Dalloz* 1995 chron. p. 1
- « Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels) », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 81

DELMAS-MARTY M. et IZORCHE M.-L.

- « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit, réflexion sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000 p. 753

DEUMIER P. et ENCINAS de MUNAGORRI R.

- « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles ? Interrogations à partir d'un rapport », *RTDC* 2005 p. 83 ;

DIOP S.

- « Islam et droits de l'homme. Une problématique actuelle. Un impact certain », in G. Conac et A. Amor (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Economica, 1994, p. 73

DOCQUIR B.

- « Le droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain*, vol. LIX, 1999, n° 4, p. 473

DROZ G. A. L.

- « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP, années 1993-1994, 1994-1995*, Pédone, 1996, p. 97
- « *Delendum est forum contractus* ? (vingt après les arrêts De Bloos et Tessili interprétant l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968) », *Dalloz* 1997 chron. p. 356
- « Variations Pordéa (À propos de l'arrêt de la Cour de cassation ; 1^{ère} Chambre civile, du 16 mars 1999), *RCDIP* 2000 p. 181

DROZ G. A. L. et GAUDEMET-TALLON H.

- « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *RCDIP* 2001 p. 601

DUPUY R.-J.

- « Les ambiguïtés de l'universalisme », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, Pédone, 1991, p. 273
- « L'ordre public en droit international », in Raymond Polin (dir.), *L'ordre public*, PUF, Politique d'aujourd'hui, 1996, p. 103

EISSEN M.-A.

- « L' "autonomie" de l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission », in *Manifestations d'hommage à Polys Modinos*, Pédone, 1968, p. 122

ELHOUEISS J.-L.

- « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *Clunet* 2003 p. 39

EL-HUSSEINI R.

- « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *RCDIP* 1999 p. 427

ENRICH MAS M.

- « Article 12 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 437

ESPOSITO V.

- « La liberté des États dans le choix des moyens de mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2003 p. 823

FABRE-ALIBERT V.

- « La notion de "société démocratique" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1998 p. 465

FADLALLAH I.

- « Vers une reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français », *RCDIP* 1981 p. 17

FARGE M.

- « Les répudiations musulmanes. Le glas de l'ordre public fondé sur l'égalité des sexes », *Droit de la famille* chron. 17

FAUVARQUE-COSSON B.

- « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000 p. 797
- « Le juge français et le droit étranger », *Dalloz* 2000 p. 125

FAVOREU L.

- « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 513

FERRAND F.

- « Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen », *RIDC* 2-2000 p. 345

FIERENS J.

- « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », *RTDH* 1990 p. 235

FLAUSS J.-F.

- « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *RUDH* 1992 p. 461
- « L'*exequatur* des jugements étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Droz, Genève, 2002, p. 69
- « L'*exequatur* des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg », *LPA* 18 avril 2002 n° 78 p. 11
- « Variations autour de l'influence *extra-muros* de la Convention européenne des droits de l'homme », in J.-F. Flauss (dir.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit des États tiers*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 129
- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre 2003-janvier 2004), *AJDA* 2004 p. 534
- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (février-juillet 2004), *AJDA* 2005 p. 544
- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2004-janvier 2005), *AJDA* 2005 p. 541
- « La présence de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *RTDH* 2005 p. 313

FOUSSARD D.

- « Entre *exequatur* et exécution forcée (De quelques difficultés théoriques et pratiques relatives à l'exécution des jugements étrangers) », *TCFDIP année 1996-1997*, Pédone, 1999, p. 175

FOYER J.

- « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droits des personnes et de la famille, liber amicorum*, LGDJ, 1994, p. 127
- « Droits internationaux des droits de l'homme et ordre public international », in *Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme, Mélanges Raymond Goy*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 333
- « Réflexions sur l'article 202 du Code civil », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 469
- « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 285

FRANCESCAKIS P.

- « Effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'*exequatur* », *TCFDIP années 1946-1948*, Dalloz, 1951, p. 129
- « Philosophie du droit et droit international privé », *Archives de philosophie du droit* 1957 p. 205
- « Droit naturel et droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, tome I Droit international privé et droit international public*, Dalloz, 1960, p. 113
- « Quelques précisions sur les LAI et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP* 1966 p. 1
- « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », séance du 19 janvier 1968, présidence de M. Lepaulle, in *TCFDIP, année 1966-69*, Dalloz, 1971, p. 149
- « Le contrôle de la compétence étrangère après l'arrêt "Simitch" de la Cour de cassation », *RCDIP* 1985 p. 243

FRANÇOIS L.

- « La Convention européenne des droits de l'homme est-elle supérieure aux conventions bilatérales reconnaissant les répudiations musulmanes ? », *Dalloz* 2002 p. 2958

FREYRIA

- « Les limites de l'immunité de juridiction et d'exécution des États étrangers », *RCDIP* 1951 p. 207

FRICERO N.

- « Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable », in *Procédures collectives et droit des affaires. Morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Frison-Roche, 2000, p. 17
- « La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen : un principe émergent ? », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 173

FRISON-ROCHE M.-A.

- « Dénier de justice et interprétation de la loi par le juge », *Jurisclasseur article 4*, novembre 1996

FULCHIRON H.

- « Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000) », *Dalloz* 2001 p. 1628
- « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *JCP* 2001 n° 21-22 Aperçu rapide p. 1033
- « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 353

GANNAGÉ L.

- « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », *RCDIP* 2001 p. 1

GARCIA-JOURDAN S.

- « De la transition démocratique en Lituanie à la consécration du droit d'exercer une activité professionnelle dans le secteur privé (À propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie* du 27 juillet 2004) », *RTDH* 2005 p. 363

GASTEL J.-G.

- « Commentaire sur certaines dispositions du Code civil du Québec se rapportant au droit international privé », *Clunet* 1992 p. 625

GAUDEMET-TALLON H.

- « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », in *TCFDIP années 1986-1987, 1987-1988*, Éditions du CNRS, 1989, p. 171
- « Le "forum non conveniens", une menace pour la convention de Bruxelles ? (À propos de trois arrêts anglais récents) », *RCDIP* 1991 p. 491
- « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des conventions de La Haye), in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 181
- « Compétence internationale », *Rép. pr. civ. Dalloz*, 1998
- « L'introuvable "juge naturel" », in *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 591

GIARDINA A.

- « Les caractères généraux de la réforme », *RCDIP* 1996 p. 1

GOLDMAN B.

- « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit », in *Mélanges René Cassin*, vol. I, 1969, p. 449

GOLDSCHMIDT W.

- « Système et philosophie du droit international privé », *RCDIP* 1955 p. 639 et *RCDIP* 1956 p. 21 et p. 223

- « Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, tome I, Droit international privé et droit international public*, Dalloz, 1960, p. 153

GONZALEZ G.

- « Le protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA* 2002 p. 113

GRAULICH P.

- « Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, tome II Droit positif*, p. 629

GROFFIER E.

- « La réforme du droit international privé québécois », *RCDIP* 1992 p. 584

GUERCHOUN F.

- « La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes », *Clunet* 2005 p. 695

GUILLAUMONT O.

- « Statuts personnels et Constitution. Contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ* 2001-3 p. 1453 et *RRJ* 2001-4 (vol. 1) p. 1559

GUIMEZANES N.

- « L'approche d'un comparatiste », in *Le droit de la famille l'épreuve des migrations transnationales*, Actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992 organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université de Lille II, LGDJ, 1993, p. 31

GUINCHARD S.

- « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », in *Mélanges Farjat*, Credeco, Nice, 1999, p. 139
- « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la procédure civile », *LPA* 1999 n° 72 p. 4

HAÏM V.

- « Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ? », *Dalloz* 2001 p. 2988

HAMMJE P.

- « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997 p. 1

HASS (DE) C.

- « L'omnipotence du juge français de la propriété intellectuelle face à l'internet ou l'histoire d'une incompétence largement ignorée », *LPA* 13 novembre 2001 n° 226 p. 4

HEUZÉ V.

- « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP* 2005.I.130

HOLLEAUX G.

- « Remarques sur l'évolution de la jurisprudence en matière de reconnaissance des décisions étrangères d'état et de capacité », *TCFDIP années 1948-1952*, Dalloz, 1953, p. 179

HUET A.

- « La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle », *TCFDIP années 1981-1982*, édition du CNRS, 1985, p. 17

HUGON C.

- « L'exécution des décisions de justice », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 599

IMBERT P.-H.

- « L'apparente simplicité des droits de l'homme. Réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *RUDH* 1989 p. 19

JAROSSON C.

- « Réflexions sur l'*imperium* », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1990, p. 245

JOBARD-BACHELIER M.-N. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G.

- « Ordre public international. Conditions d'intervention de l'ordre public. Affirmations de valeurs intangibles du for », *Jurisclasseur Droit international*, vol. 8, fasc. 534-2, mai 1992
- « Ordre public international. Conditions d'intervention de l'ordre public. La confrontation des règles étrangères et des valeurs du for », *Jurisclasseur Droit international*, vol.8, fasc. 534-3, mai 1992

JUENGER F. K.

- « La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la courtoisie internationale. Réflexions d'un américain », *RCDIP* 1983 p. 37

KARAGIANNIS S.

- « L'aménagement des droits de l'homme outre-mer : la clause des "nécessités locales" de la Convention européenne », *RBDI* 1995 p. 224

KENNETT W.

- « Les injonctions *anti-suit* », in M.-T. Caupain et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 133

KERAMEUS K.

- « La compétence internationale en matière délictuelle dans la convention de Bruxelles », *TCFDIP, années 1991-1992, 1992-1993*, Pédone, 1994, p. 255

KISS A.

- « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ? », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 493

KODJO E.

- « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », *RUDH* 1989 p. 29

KOHLER C.

- « La CJCE et le droit international privé », *TCFDIP, années 1993-1994, 1994-1995*, Pédone, 1996, p. 71

KOUDE R. M. K.

- « Peut-on, à bon droit, parler d'une conception africaine des droits de l'homme ? », *RTDH* 2005 p. 539

KOUÉVI A.

- « Les déclarations non occidentales des droits de l'homme », *RRJ* 1995 vol. 2 p. 629

KRINGS E.

- « Le délai raisonnable à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Vers un droit substantiel à l'exécution des décisions de justice », in M.-T. Caupain et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 221

LABRUSSE C.

- « Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971) », *RCDIP* 1974 p. 1

LAFARGUE R.

- « Les contraintes posées par l'article 75 de la Constitution : entre clause coloniale et facteur d'émancipation », *Droit et cultures* 2003-II n° 46 p. 29

LAGARDE P.

- « Compte-rendu sur l'ouvrage de Ferenc Majoros sur les conflits de conventions », *RCDIP* 1982 p. 231
- « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991 p. 287
- « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », in *Mélanges Rigaux*, 1993, p. 263
- « Ordre public », *Encyclopédie Dalloz International, vol. III*, 1998
- « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », *RCDIP* 2001 p. 275

LAGHMANI S.

- « Islam et droits de l'homme », in G. Conac et A. Amor (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Economica, 1994, p. 42

LAMBERT P.

- « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RTDH* 1998 p. 497

- « Le droit d'accès à un tribunal dans la convention européenne des droits de l'homme », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, actes du colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 septembre 2000*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 57
- « L'arbitrage et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et Justice (dir. P. Lambert), 2001, p. 9

LAMBERT-ABDELGAWAD E.

- « La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts "pilote" », *RTDH* 2005 p. 203

LAZAUD F.

- « L'objectivation du contentieux européen des droits de l'homme (lecture de l'arrêt *Broniowski* à la lumière du protocole n° 14 », *RRJ* 2005-2 p. 913

LE BOURSICOT M.-C.

- « Commentaire de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *RJPF* 2001 n° 3 p. 6

LEMMENS P.

- « Les effets de la CEDH dans certains domaines du droit civil », *RUDH* 1992 p. 447

LEMONTEY J. et REMERY J.-P.

- « La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation », in *Rapport de la Cour de cassation 1993*, La documentation française, 1994, p. 81

LEQUETTE Y.

- « Rapport français », in *Travaux de l'association Henri Capitant. Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (journées turques). Tome XXXIX 1988*, Economica, 1990, p. 467
- « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 97

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE P.

- « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », in *Le droit privé français au milieu du 20^{ème} siècle : études offertes à Georges Ripert. Tome I : études générales, droit de la famille*, LGDJ, 1950, p. 255

LETTERON R.

- « Les droits des femmes entre l'égalité et l'apartheid juridique », *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du droit international*, Pédone, 1998, p. 281

LEVAL (DE) G.

- « Les ressources de l'inversion de contentieux », in M.-T. Caupain et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 83

LEVINET M.

- « La juridicité problématique du droit au développement de la personne humaine dans la jurisprudence récente des organes de la Convention européenne des droit de l'homme », in J. Y. Morin et G. Otis (dir.), *Les défis des droits fondamentaux. Actes des 2^{ème} journées scientifiques du Réseau Droits Fondamentaux de l'Agence Universitaire de la Francophonie*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 95
- « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2004 n° 60 p. 889

LI X.

- « Les droits de l'homme en Chine. Réalité et polémique », *Droit et cultures* 1998-I n° 35 p. 107

LIBCHABER R.

- « L'exception d'ordre public en droit international privé », *Colloque d'Avignon, l'ordre public au 20^{ème} siècle, 7 octobre 1994*, Dalloz, 1996, p. 65

LOUIS-LUCAS P.

- « Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé », *Clunet* 1962 p. 858

LOUSSOUARN Y.

- « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », in *TCFDIP années 1980-1981 tome II*, édition du CNRS, 1983, p. 43
- « L'évolution de la règle de conflit de lois », in *TCFDIP, journée commémorative du Cinquantenaire, problèmes actuels de méthode en droit international privé, Paris, 23 novembre 1985*, éditions du CNRS, p. 79

LUCAS H.-J.

- « L'efficacité juridictionnelle des décisions étrangères », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Presses universitaires de Toulouse, 1981, p. 527

MADIOT Y.

- « Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit », *LPA* 1992 n° 130 p. 6 et n° 131 p. 5

MAHIOU A.

- « La charte arabe des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du droit international*, Pédone, 1998, p. 305

MAKAROV A.

- « Réflexion sur l'interprétation des circonstances de rattachement dans les règles de conflit faisant partie d'une convention internationale », in *Mélanges offerts à Jacques Maury. Tome I, Droit international privé et public*, Dalloz 1960 p. 207

MARCUS-HELMONS S.

- « Quelques aspects de la notion d'égalité des armes. Un aperçu de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, actes du colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 septembre 2000*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 67

MARGUÉNAUD J.-P.

- « Sources européennes », *RTDC* 1996 p. 505, 1019
- « Sources européennes », *RTDC* 1997 p. 540, 1006
- « Sources européennes », *RTDC* 1998 p. 511, 993
- « Sources européennes », *RTDC* 1999 p. 490, 909
- « Sources internationales », *RTDC* 2000 p. 429, 930
- « Le droit à "l'expertise équitable" », *Dalloz* 2000 p. 111
- « Sources internationales », *RTDC* 2001 p. 439, 979
- « L'effectivité des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, actes du colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 septembre 2000*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 137
- « Sources internationales », *RTDC* 2002 p. 389, 958
- « L'égalité des droits patrimoniaux de la famille », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 335
- « Sources internationales », *RTDC* 2003 p. 371, 760
- « Sources internationales », *RTDC* 2004 p. 361, 797
- « La cohérence des sources communautaires et européenne (CEDH) », in A.-M. Leroyer et E. Jeuland (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, p. 53
- « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit français : approches par le droit privé », in *Études en l'honneur de J.-L. Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pédone, Paris, 2004, p. 155
- « Sources internationales », *RTDC* 2005 p. 335

MARIE J.-B.

- « De l'universalité des principes à l'universalisation des pratiques des droits de l'homme », in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 219

MARTIN DE LA MOUTTE J.

- « La réforme des juridictions civiles du 22 décembre 1958 », in *Mélanges offerts à Jacques Maury. Tome I. Droit international privé et public*, Dalloz, 1960, p. 243

MATSCHER F.

- « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », séance du 23 mai 1997, présidence de Foyer J., in *Droit international privé, TCFDIP, années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Pédone, 2000, p. 211 (recension, *RCDIP* 1998 p. 184)
- « Dans quelle mesure une violation du droit national entraîne-t-elle une violation de la Convention ? », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 579

MAYER P.

- « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979 p. 1, p. 349, p. 537
- « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991 p. 651

- « L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme », in Delmas-Marty M. et Claude Lucas de Leyssac (dir.) *Libertés et droits fondamentaux*, Points seuil, 1996, p. 250
- « Droit à un procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 1996, p. 125
- « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547

MEULDERS-KLEIN M.-T.

- « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination », in *Les droits de l'homme et la famille, Actes du colloque de Lille, 15 et 16 décembre 1994*, LGDJ, 1996, p. 177
- « Quelle unité pour le droit de la famille en Europe ? », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 2000 n° 438 p. 328

MEYZEAUD-GARAUD M.-C.

- « Un principe de la CEDH pour neutraliser les répudiations marocaines : l'égalité entre époux », *Droit de la famille* septembre 1998 p. 8

MEZGHANI A.

- « Le juge français et les institutions du droit musulman », *Clunet* 2003 p. 721

MOCK P.

- « Le droit à un procès équitable en matière civile », *RTDH* 1995 p. 385

MONÉGER F.

- « La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *RCDIP* 1984 p. 29, p. 267
- « Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français », *Clunet* 1994 p. 361
- « L'adoption internationale après la loi du 6 février 2001 », *Droit de la famille* juillet 2001 p. 4

MORVAN P.

- « Les revirements de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le rubicon », *Dalloz* 2005 p. 233

MOULY J. et MARGUÉNAUD J.-P.

- « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *Dalloz* 2005 p. 36

MOURGEON J.

- « Les droits de l'être humain, destructeurs de sa liberté », in *Territoires et liberté, Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 391
- « L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit », in *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen-Jonathan. Volume II*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1265

MUIR WATT H.

- « Remarques sur les effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'*exequatur* », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 301
- « Qui a peur de la compétence exorbitante ? », *Justice* 1995 n° 2 p. 332
- « Droit international et procédure civile », *Rép. Proc. Civ.*, Dalloz, 1995
- « Contre une géométrie variable des droits fondamentaux », *Justices* 1996 p. 329
- « La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale », *Clunet* 2001 p. 995
- « Remarques liminaires sur l'espace européen en matière civile et commerciales », in A.-M. Leroyer, E. Jeuland (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, p. 1
- « Le for naturel du litige : l'injonction *anti-suit* en droit international privé français (réflexions au sujet de l'arrêt Brachot de la Cour de cassation) », in *Apprendre à douter. Questions de droit. Questions sur le droit. Études offertes à Claude Lombois*, Pulim, 2005, p. 897

NIBOYET J.-P.

- « Immunité de juridiction et incompétence d'attribution », *RCDIP* 1950 p. 139

NIBOYET-HOEGY M.-L.

- « La mise en oeuvre du droit international privé conventionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 318

NIKKEN P.

- « Le système interaméricain des droits de l'homme », *RUDH* 1990 p. 97

NORTH P.

- « La liberté d'appréciation de la compétence (jurisdictional discretion) selon la Convention de Bruxelles », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 373

NOURISSAT C.

- « Entrée en application le 1^{er} mars 2005 du Règlement "Bruxelles II bis" : un instrument unique pour le contentieux communautaire de la famille », *Procédures* 2005 n° 3 p. 4

NUYTS A.

- « *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 745

OLINGA A.-D.

- « La famille en droit international africain des droits de l'homme », in J. Y. Morin et G. Otis (dir.), *Les défis des droits fondamentaux. Actes des 2^{ème} journées scientifiques du Réseau Droits Fondamentaux de l'Agence Universitaire de la Francophonie*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 153

OPPETIT B.

- « Le développement des règles matérielles », in *TCFDIP, journée commémorative du Cinquantenaire, problèmes actuels de méthode en droit international privé, Paris, 23 novembre 1985*, éditions du CNRS, p. 121

ORAISON A.

- « La Cour internationale de justice, l'article 38 de son statut et les principes généraux (*La stratégie sectorielle de la neutralité* mise en œuvre par l' "Organe judiciaire principal des Nations-Unies" dans le domaine de la formulation des principes généraux) », *RJJ* 2002 p. 988

ORFILA G.

- « L'application du droit privé français en Nouvelle-Calédonie », *Droit et cultures* 1996-II n° 32 p. 107

OVERBECK (VON) A. E.

- « L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 619

PARAIN-VIAL J.

- « La critique des droits de l'homme chez Michel Villey, Simone Weil et Gabriel Marcel », *Droit et culture. Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, L'Harmattan, 1991, n° 22, p. 157

PATAUT É.

- « L'exécution des jugements nationaux et la convention de Bruxelles », in *Les effets des jugements nationaux dans les autres États membres de l'Union européenne*, Bruylant, 2001, p. 31

PÉROZ H.

- « Le règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire pour les créances incontestées », *Clunet* 2005 p. 637

PETTITI L.-E.

- « Réflexion sur les mécanismes de la Convention (De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui) », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 27

PICHERAL C. et OLINGA A. D.

- « La théorie de la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995 p. 567

PUÉCHAVY M.

- « L'aide juridictionnelle et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 621

RADÉ C.

- « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *Dalloz* 2005 p. 988

RALSER E.

- « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ* 2003 p. 2547

RAYNARD J.

- « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : vers une dualité européenne du concept de droit de l'homme que l'on croyait pourtant universel », *RTDC* 2000 p. 947

RENOUX T. S.

- « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTDC* 1983 p. 33

RIGAUX F.

- « Les notions d'égalité et discrimination en droit international privé belge », in *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Journée de Luxembourg, 31 mai au 4 juin 1961*, Dalloz, 1965, p. 440
- « Droit constitutionnel et droit international privé », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck, Études de droit européen et droit international, Vol. I*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 111

ROUHETTE G.

- « La procédure civile et la CEDH », in *Le NCPC : vingt ans après*, La Documentation française, 1998

ROULAND N.

- « La doctrine juridique chinoise et les droits de l'homme », *RUDH* 1998 p. 1
- « Commentaire sur l'article de Xiaoping Li : Les droits de l'homme en Chine. Réalité et polémique », *Droit et cultures* 1998-I n° 35 p. 127
- « À propos des Droits de l'homme : un regard anthropologique », *Droits fondamentaux*, n° 3, janvier-décembre 2003, p. 129 [www.droits-fondamentaux.org]

SALVIA (DE) M.

- « L'élaboration d'un "ius commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne : l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour européenne des Droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 555

SAMPIERI-MARCEAU J.-F.

- « Traduction des actes judiciaires et extrajudiciaires dans la communauté européenne. Règlement (CE) du 29 mai 2000 et arrêt de la Cour d'Aix du 25 mars 2003 », *Dalloz* 2005 p. 236

SAREHANE F.

- « Le nouveau code marocain de la famille », *Gaz. Pal.* 3-4 septembre 2004 p. 2792

SARGOS P.

- « Les principaux domaines d'application de la Convention en droit pénal et en droit civil », in *Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire*, Actes du colloque du 18 juin 1987, La Documentation française, 1988, p. 31

SAROLÉA S.

- « L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation », *RTDF* 1996 p. 141

SCHLOSSER P.

- « Jurisdiction in international litigation. The issue of human rights in relation to national law and to the Brussels convention », *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXIV, 1991, p. 5

SCHUTTER (DE) O. ET L'HOEST O.

- « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union Européenne et la CEDH », *CDE* n° 1-2 2000 p. 141

SIEHR K.

- « Droit international privé », in M. Fromont, A. Rieg, *Introduction au droit allemand*, Tome III, Cujas, 1991, p. 584

SINKONDO M.

- « Le fabuleux destin de l'article 13 de la C.E.D.H. et ses suites heureuses pour les garanties individuelles », *RRJ* 2005-1 p. 260

SINOPOLI L.

- « Droit au procès équitable et *exequatur* : Strasbourg sonne les cloches à Rome (à propos de l'arrêt Pellegrini c/ Italie du 20 juillet 2001) », *Gazette du Palais*, 21-23 juillet 2002, p. 2

SONNENBERGER H.-J.

- « Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986 », *RCDIP* 1987 p. 1

SOYER J.-C. et DE SALVIA M.

- « Article 6 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 239

SPIELMANN A.

- « La convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 673

SPIELMANN D.

- « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, 1998, p. 133

STARCK C.

- « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux », *RDP* 1988 p. 1263

STERN B.

- « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI* 1986 p. 7

STURM F.

- « Personne, famille et succession dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand », *RCDIP* 1987 p. 33

SUDRE F.

- « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : Y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber amicorum Eissen M.-A.*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, 1995, p. 381
- « Les "obligations positives" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995 p. 363
- « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39
- « Petit lexique de la pratique française de la convention européenne des droits de l'homme », in *Territoires et liberté, Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 431
- « L'ordre public européen », in M.-J. Redor (dir.) *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Nemesis, Bruylant, 2001, p. 109
- « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001.I.335
- « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 33

SUSTERHENN A.

- « L'idée des droits de l'homme et sa mise en œuvre », in *Mélanges offerts à H. Rolin, Problème du droit des gens*, Pédone, 1964, p. 398

TAVERNIER P., GREWE C. et RUIZ-FABRI H.

- « Convention européenne des droits de l'homme. Interprétation et application par les organes de Strasbourg et par les organes nationaux », *Jurisclasseur Droit international*, vol. 2, fasc. 155-E, 1993

TAVERNIER P.

- « Les États arabes, l'ONU et les droits de l'homme. Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et les Pactes de 1966 », in G. Conac et A. Amor (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Economica, 1994, p. 57
- « L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », *RTDH* 1997 p. 379

THIBIERGE C.

- « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RDTCom* 2003 p. 599

TIGROUDJA H.

- « La Cour européenne des droits de l'homme et les immunités juridictionnelles des États. Observations sous les arrêts *McElhinney*, *Fogarty* et *Al-Adsani* du 21 novembre 2001 », *RDBI* 2001 p. 526

VALLENS J.-L.

- « Droit de la faillite et droits de l'homme. La loi sur le redressement judiciaire et la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDCom* 1997 p. 567

VALTICOS N.

- « Universalité et relativité des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 737

VAN BOVEN T.

- « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in Pettiti L.-E., Decaux E., Imbert P.-H., *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 125

VAN BOXTAEL J.-L.

- « Constitution et conflits de lois », *RBDI* 1994 p. 184

VAN COMPERNOLLE J.

- « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 495

VANDER ELST R.

- « Liberté, respect et protection de la volonté en droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 507

VANDERMEEREN R.

- « Permanence et actualité du droit au juge », *AJDA* 2005 p. 1102

VAN HOUTTE H.

- « À propos des injonctions *anti-suit* et d'autres torpilles pour couler des actions étrangères », in M.-T. Caupain et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 147

VAREILLES-SOMMIÈRES P.

- « L'articulation du droit international privé et de la procédure », in A.-M. Leroyer et E. Jeuland, *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, p. 91

VEDEL G.

- « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950.I.851

VEGLERIS P. T.

- « Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Droits de l'homme* 1968 p. 219

VIRALLY M.

- « Sur un pont aux ânes : les rapports en droit interne et en droit international », in *Mélanges offerts à H. Rolin, Problème du droit des gens*, Pédone, 1964, p. 488

WASCHMANN P.

- « Les méthodes d'interprétation des conventions relatives à la protection des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Actes du colloque de la société française pour le droit international (Strasbourg 29-31 mai 1997), Pédone, 1998, p. 157

WATTÉ N.

- « Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'homme », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 1047

WAUTELET P.

- « Le droit au procès équitable et l'égalité des armes : le cas de la litispendance dans les conventions de Bruxelles et de Lugano », in M.-T. Caupain et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 101

WEIL P.

- « Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes étrangers », *AFDI* 1977 p. 9

WENGLER W.

- « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *RCDIP* 1963 p. 203, p. 503
- « L'évolution du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP* 1990 p. 657

WIEDERKEHR G.

- « La notion d'action en justice », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Presses universitaires de Toulouse, 1981, p. 949

WOOD M.

- « Article 63 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 915

YNTEMA H. E.

- « Les objectifs du droit international privé », *RCDIP* 1959 p. 2

JURISPRUDENCE

- Jurisprudence française

o TGI

Trib. Civ. Seine 26 mars 1956 *Dalloz* 1956 p. 654 note Luchaire F.

Trib. Civ. Seine 26 octobre 1959 Mme Spira c/ Reichenfeld *RCDIP* 1960 p. 354 note Y. Loussouarn, *Clunet* 1960 p. 814 obs. J.-B. Sialleli

Trib. Civ. Seine 23 mai 1960 Defeins c/ Taboun *Dalloz* 1960 p. 715 note Malaurie P., *Clunet* 1961 note Bredin J. D.

TGI Orléans 17 mai 1984 *RCDIP* 1984 p. 307 note Monéger F.

TGI Paris 4 mars 1988 *RCDIP* 1988 p. 588 note Gautier P.-Y.

TGI Paris 5 février 1992 *RCDIP* 1993 p. 251 note Poisson-Drocourt E.

TGI Paris 26 février 1992 *RCDIP* 1993 p. 58 note Alexandre D.

TGI Périgueux 17 mars 1992 *RCDIP* 1993 p. 650 note Ancel B., *JCP* 1993.II.22104 note Clay, *JCP* 1993.I.3688 note Fulchiron H., *Gaz. Pal.* 1992 II p. 678 note G. C., *Clunet* 1993 p. 938 note Gaudemet-Tallon H., *Dalloz* 1992 p. 315 note G. C.

TGI Paris 11 février 2003 *Clunet* 2004 p. 491 obs. Bergé J.-S.

o Cour d'appel

CA Paris 30 janvier 1963 Hallberg c/ Pombo Argaez *RCDIP* 1963 p. 801 note Hébraud P.

CA Paris 19 mars 1965 Banque ottomane *Clunet* 1966 p. 117 note Goldman B., *RCDIP* 1967 p. 85 note Lagarde P.

CA Paris 30 juin 1967 Querouil c/ Breton *RCDIP* 1968 p. 478 note Bourel P.

CA Paris 10 novembre 1971 Mack Trucks *Clunet* 1973 p. 239 note A. Huet

CA Paris 3 octobre 1984 Banque ottomane *RCDIP* 1985 p. 526 note Synvet H.

CA Paris 15 mars 1990 *Dalloz* 1990 som. p. 263 obs. Audit B.

CA Paris 15 juin 1990 *Clunet* 1990 p. 982 note Gaudemet-Tallon H., *Dalloz* 1990 p. 540 note Boulanger F.

CA Paris 30 novembre 1990 *RCDIP* 1992 p. 681 note Lagarde P.

CA Paris 5 décembre 1991 *Dalloz* 1992 p. 290 note Boulanger F.

- CA Paris 14 juin 1994 *RCDIP* 1995 p. 308 note Lequette Y., *Dalloz IR* p. 208
- CA Paris 9 juin 1995 *Dalloz* 1996 som. p. 171 obs. Audit B.
- CA Versailles 1^{er} octobre 1998 *BICC* 1^{er} juin 1999 p. 33 n° 695
- CA Bordeaux 20 octobre 1998 *RTDC* 1999 p. 70 note Hauser J., *RJPF* 1999 n° 5 p.14 note Meyzeaud-Garaud M.-C.
- CA Dijon 15 septembre 1999 *Clunet* 2000 p. 997 note Khan P.
- CA Paris 13 janvier 2000 *Dalloz* 2000 p. 898 note Aubert S.
- CA Lyon 12 décembre 2000 *Clunet* 2002 p. 475 note Monéger F.
- CA Toulouse 6 février 2001
- CA Toulouse 9 mars 2001 *Dalloz* 2002 p. 359 obs. Beignier B.
- CA Paris 22 mars 2001 *Dalloz* 2001 p. 1361
- CA Paris 29 mars 2001 *Clunet* 2002 p. 498 note Cohen D.
- CA Toulouse 25 octobre 2001 *Dalloz* 2002 p. 359 obs. Beignier B.
- CA Aix-en-Provence 25 mars 2003 *LPA* 16 septembre 2004 p. 3 note Lajarte (de) C.
- CA Douai 30 avril 2003
- CA Orléans 6 mai 2003 *RCDIP* 2004 p. 139 note Gaudemet-Tallon H.
- CA Paris 7 octobre 2003 BAD c/ M. A. Degboe *RCDIP* 2004 p. 409 note Audit M.
- Cour de cassation
- Civ. 19 avril 1819 Holker c/ Parker *GAJFDIP* n° 2
- Civ. 28 février 1860 Bulkley c/ Defresne *GAJFDIP* n° 4
- Req. 16 janvier 1861 Lizardi *GAJFDIP* n° 5
- Civ. 9 mai 1900 Prince de Wrède c/ Dame Maldaner *Clunet* 1900 p. 613, *GAJFDIP* n° 10, p. 70
- Req. 11 novembre 1908 Le Goaster *D.P.* 1914.1.118 rapport Denis, *S.* 1909.I.572, *RCDIP* 1909 p. 227, *Clunet* 1909 p. 573
- Req. 29 juillet 1912 *Clunet* 1914 p. 207

- Civ. 6 juillet 1922 De Ferrari *RCDIP* 1922 p. 444 note Pillet A., *GAJFDIP* n° 12
- Civ. 17 mai 1927 Pélissier du Besset *D. P.* 1928.I.25 concl. Matter, note H. Capitant
- Civ. 5 mars 1928 La Ropit *RCDIP* 1929 p. 288 note Niboyet J.-P., *GAJFDIP* n° 13
- Req. 3 mars 1930 Hainard *Sirey* 1930 I p. 377 note J.-P. Niboyet
- Req. 30 décembre 1930 *RCDIP* 1930 p. 111
- Civ. 8 mars 1938 Fontaine c/ Époux Pulteney *RCDIP* 1938 p. 653 note Batiffol H.
- Civ. 22 mars 1944 *Dalloz* 1944 p. 145 rapport Lerebours-Pigeonnière P., note Lerebours-Pigeonnière P., *Sirey* 1945.I.77, note Niboyet J.-P., *RCDIP* 1946 p. 107 note Niboyet J.-P.
- Civ. 11 avril 1945 *Sirey* 1945.I.121 note Batiffol H., *JCP* 1945 II n° 2895 note Savatier R.
- Civ. 1^{er} mai 1945 *Sirey* 1945.I.121 note Batiffol H., *JCP* 1945 II n° 2895 note Savatier R.
- Civ. 25 mai 1948 Lautour *RCDIP* 1949 p. 89 note Batiffol H., *Dalloz* 1948 p. 357 note Lerebours-Pigeonnière P.
- Civ. 21 juin 1948 Patino *JCP* 1948.II. 4422 note Lerebours-Pigeonnière P., *Sirey* 1949 I p. 121 note Niboyet J.-P. ; *RCDIP* 1949.557 note Francescakis P.
- Civ. 5 décembre 1949 Verdier *RCDIP* 1950 p. 65 note Motulsky H., *JCP* 1950.II.5285 note Delaume
- Civ. 17 avril 1953 Rivière *RCDIP* 1953 p. 412 note Batiffol H., *Clunet* 1953 p. 860 note Plaisant
- Civ. 26 janvier 1958 Chemouni *JCP* 1958.II.10488 note Louis-Lucas P., *RCDIP* 1958 p. 110 note Jambu-Merlin, *Clunet* 1958 p. 776 note Ponsard A., *Dalloz* 1958 p. 265 note Lenoan
- Civ. 19 mai 1958 *RCDIP* 1958 p. 700 note Batiffol H.
- Civ. 1^{ère} 19 octobre 1959 Pelassa *Dalloz* 1960.37 note Holleaux G., *RCDIP* 1960.215 note Loussouarn Y.
- Civ. 1^{ère} 11 juillet 1961 Bertoncini *GAJFDIP* n° 32-34, *RCDIP* 1962 p. 124 note H. Batiffol, *Clunet* 1963 p. 132 note B. Goldman
- Civ. 21 novembre 1961 Montefiore *RCDIP* 1962 p. 329 note Lagarde P., *Clunet* 1962 p. 686 note Goldman B., *JCP* 1962.II.12521 note Louis-Lucas P., *Dalloz* 1963 p. 37 note Francescakis P., *GAJFDIP* n° 36
- Civ. 1^{ère} 30 octobre 1962 Scheffel *RCDIP* 1963 p. 387 note Francescakis P., *Dalloz* 1963 p. 109 note Holleaux G.

Civ. 19 février 1963 Chemouni *RCDIP* 1963 p. 559 note G. H., *Clunet* 1963 p. 986 note A. Ponsard

Com. 4 mars 1963 Hocke *Clunet* 1964 p. 806 note Goldman B.

Civ. 1^{ère} 7 janvier 1964 Munzer *RCDIP* 1964 p. 344 note Batiffol H., *Clunet* 1964 p. 302 note Goldman B., *GAJFDIP* n° 41

Civ. 1^{ère} 25 janvier 1966 Royal Dutch *Dalloz* 1966 p. 390 note Loussouarn Y., *Clunet* 1966 p. 631 note Bredin, *RCDIP* 1966 p. 238 note Francescakis P.

Civ. 1^{ère} 3 juin 1966 Domino *RCDIP* 1968 p. 64 note Derruppé J., *Clunet* 1967 p. 614 note Malaurie P.

Civ. 1^{ère} 4 octobre 1967 Bachir *RCDIP* 1968 p. 98 note Lagarde P., *Clunet* 1969 p. 102 note Goldman B., *GAJFDIP* n° 45

Civ. 1^{ère} 23 avril 1969 *Clunet* 1969 p. 912 note Chardenon P.

Civ. 1^{ère} 9 décembre 1974 *RCDIP* 1975 p. 504 note Mezger, *Clunet* 1975 p. 534 note Ponsard

Civ. 1^{ère} 21 janvier 1975 *Bull. Civ.* n° 22

Chambre Mixte 24 mai 1975 Société des cafés Jacques Vabre *Dalloz* 1975 p. 497 concl. Touffait, *JCP* 1975 II n° 18180 bis concl. Touffait, *AJDA* 1975 p. 567 note Boulouis J., *RCDIP* 1976 p. 347 note Foyer J. et Holleaux D.

Crim. 3 juin 1975 Respino *Bull.* p. 382, n° 141

Crim. 30 juin 1976 *Dalloz* 1977 J p. 1 note Coste-Floret P.

Civ. 1^{ère} 10 octobre 1978 Saccone *RCDIP* 1979 p. 775 note Courbe P.

Com. 19 décembre 1978 *Clunet* 1978 p. 367 note Gaudemet-Tallon H. ; *RCDIP* 1979 p. 617 note Huet A.

Civ. 1^{ère} 30 janvier 1979 Bayar c/ Dame Nemeth *RCDIP* 1979 p. 629 obs. Lequette Y.

Civ. 1^{ère} 6 novembre 1979 Nassibian *RCDIP* 1980 p. 588 note Couchez G., *JDI* 1980 p. 95 rapport Ponsard, *GAJFDIP* n° 59-60

Civ. 1^{ère} 13 janvier 1981 De Bendern *RCDIP* 1981 p. 331 note Gaudemet-Tallon H., *Clunet* 1981 p. 360 note Huet A.

Civ. 1^{ère} 1^{er} avril 1981 De Pedro *Clunet* 1981 p. 812 note Alexandre D.

Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1981 Total Afrique *RCDIP* 1986 p. 332 note Lagarde P., *Clunet* 1982 p. 148 note Bourel P., *Revue sociale* 1982 p. 878 note Bismuth J.-L.

Civ. 1^{ère} 7 janvier 1982 Le Van Chau *RCDIP* 1983 p. 87 note B. Ancel

Civ. 1^{ère} 2 février 1982 Olivier *RCDIP* 1982 p. 706 note Mayer P., *Clunet* 1982 p. 690 note Muir-Watt H.

Soc. 16 juin 1983 *Clunet* 1984 p. 332 note Rodière P., *RCDIP* 1985 p. 85 note Simon-Depitre M.

Civ. 1^{ère} 3 novembre 1983 Rohbi *RCDIP* 1984 p. 325 note Fadlallah I., *Clunet* 1984 p. 322 note Kahn P., *JCP* 1984.II.20131 conclusions Gulphe, *GAJFDIP* n° 63-64

Civ. 1^{ère} 14 mars 1984 Eurodif *RCDIP* 1984 p. 644 note J.-M. Bischoff, *Clunet* 1984 p. 598 note B. Oppetit, *Rev. arb.* 1985 p. 69 note G. Couchez, *GAJFDIP* n° 65-66

Civ. 1^{ère} 7 novembre 1984 Torlet *RCDIP* 1985 p. 533 note Simon-Depitre, *Clunet* 1985 p. 434 note Gaudemet-Tallon H., *Dalloz* 1985 p. 459 note Poisson-Drocourt E.

Civ. 1^{ère} 6 février 1985 Simitch *RCDIP* 1985 p. 369, *Clunet* 1985 p. 460 note Huet A., *Dalloz* 1985 p. 469 note Massip J., *Dalloz* 1985 IR p. 497 note Audit B., *GAJFDIP* n° 70

Civ. 1^{ère} 19 novembre 1985 Société Cognacs and Brandies from France c/ Société Orliac *RCDIP* 1986 p. 712 note Y. Lequette, *Clunet* 1986 p. 719 note A. Huet, *JCP* 1987.II.20810 note P. Courbe, *GAJFDIP* n° 68

Civ. 1^{ère} 17 décembre 1985 Compagnie de signaux et d'entreprises électriques *GAJFDIP* n° 72 ; *RCDIP* 1986 p. 537 note Gaudemet-Tallon H.

Civ. 1^{ère} 15 avril 1986 Picasso de Oyague *RCDIP* 1986 p. 723 obs. Couchez G.

Civ. 1^{ère} 6 janvier 1987 *Bull. civ.* n° 3, *Defrénois* 1987 p. 1073 note Massip J.

Civ. 1^{ère} 1^{er} mars 1988 Senoussi *Dalloz* 1988 p. 486 note Massip J., *RCDIP* 1989 p. 721 note Sinay-Cytermann A.

Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988 Baaziz *RCDIP* 1989 p. 71 note Lequette Y.

Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988 Boujlifa c/ Mme Dyane *RCDIP* 1989 p. 733 note Niboyet-Hoegy M.-L.

Civ. 1^{ère} 3 novembre 1988 *RCDIP* 1989 p. 495 note Foyer J., *Clunet* 1989 p. 703 note Monéger F., *Répertoire Defrénois* 1989 p. 313 note Massip J.

Crim. 17 mai 1989 *RCDIP* 1989 p. 511 note Ancel B.

Civ. 1^{ère} 23 septembre 1989 de Talancé c/ Conlon *RCDIP* 1990 p. 352 obs. P. Mayer

Civ. 1^{ère} 11 octobre 1989 *Bull. civ.* n° 311

Civ. 1^{ère} 31 janvier 1990 Pistre *RCDIP* 1990 p. 519 note Poisson-Drocourt E., *JCP* 1991.II.21635 note Muir-Watt H., *GAJFDIP* n° 67-69

Civ. 1^{ère} 21 mai 1990 *JCP* 1990.II.21588 concl. Flipo F., *RTDC* 1991 p. 289 obs. Hauser J.

Civ. 1^{ère} 6 juin 1990 Akla *RCDIP* 1991 p. 593 note Courbe P., *Dalloz* 1990 som. p. 263 obs. Audit B.

Civ. 1^{ère} 10 juillet 1990 *RCDIP* 1991 p. 757, *Dalloz* 1990 IR p. 200

Civ. 1^{ère} 18 décembre 1990 *RCDIP* 1991 p. 759 note Ancel B.

Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991 *RCDIP* 1992 p. 516 note Kessedjian C.

Civ. 1^{ère} 4 février 1992 *Bull. civ.* I n° 39, *Dalloz* 1993 p. 13 note Légier G.

AP 11 décembre 1992 *JCP* 1993.II.21991 concl. Jéol M., *RTDC* 1993 p. 325 obs. Hauser J.

Civ. 1^{ère} 13 janvier 1993 Coucke *RCDIP* 1994 p. 78 note Ancel B.

Civ. 1^{ère} 10 février 1993 *RCDIP* 1993 p. 620 note Foyer J., *Clunet* 1994 p. 124 note Barrière-Brousse I., *Dalloz* 1994 som. p. 32 obs. Kerckhove E.

Civ. 1^{ère} 27 octobre 1993 *Bull. civ.* n° 298

Com. 16 novembre 1993 Amerford *RCDIP* 1994 p. 332 note Lagarde P., *Clunet* 1994 p. 98 note Donnier J.-B.

Civ. 1^{ère} 4 mai 1994 *RCDIP* 1995 p. 103 note Déprez J.

Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1994 El Madani *RCDIP* 1995 p. 103 note Deprez J., *Dalloz* 1995 p. 263 note Massip J., *Deffrénois* 1995 p. 310 obs. Massip J., *Bull. civ.* n° 192, *GAJFDIP* n° 63-64

Civ. 1^{ère} 15 juin 1994 *RCDIP* 1996 p. 127 note Ancel B., *Dalloz* 1994 som. p. 352 obs. Audit B.

Civ. 1^{ère} 17 janvier 1995 *JCP* 1996.II.22340 note Muir-Watt H., *RCDIP* 1996 p. 133 note Lequette Y.

Civ. 1^{ère} 31 janvier 1995 Kari *RCDIP* 1995 p. 569 note Deprez J., *Clunet* 1995 p. 343 note Khan P., *RTDC* 1996 p. 514 obs. Marguénaud J.-P.

Civ. 1^{ère} 10 mai 1995 Fanthou *Deffrénois* 1996 article n° 36272 n° 6 obs. Massip J., *RCDIP* 1995 p. 547 note Muir-Watt H., *Clunet* 1995 p. 626 note Moneger F.

Civ. 1^{ère} 27 mai 1995 *inédit titré*

Civ. 1^{ère} 14 novembre 1995 Hintermann *RCDIP* 1996 p. 337 note H. Muir-Watt

Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995 Fazouane *Bull. civ.* n° 469, *JCP* IV n° 365, *Dalloz* 1996 IR p. 31

Civ. 1^{ère} 6 février 1996 *RCDIP* 1996 p. 460 note Bureau D.

Civ. 1^{ère} 6 mars 1996 Epx. Guitienne *JCP* 1996.IV.985, *Clunet* 1997 p. 176 obs. Huet A.

- Civ. 1^{ère} 3 décembre 1996 *RCDIP* 1997 p. 328 note Muir-Watt H., *JCP* 1996 IV n° 985
- Civ. 1^{ère} 11 février 1997 *Strojexport Bull. civ.*I.47, *GAJFDIP* n° 59-60
- Civ. 1^{ère} 25 février 1997 *RCDIP* 1998 p. 605 note Droz G. A. L., *Droit de la famille* mai 1997 n° 70 note Murat P., *Dalloz* 1997 p. 453 note Fulchiron H., *JCP* 1997.II.22968 note Barrière L.-A. et Garé T.
- Civ. 1^{ère} 11 mars 1997 *Dalloz* 1997 p. 400 note Niboyet M.-L., *JCP* 1998.I.101 note Fulchiron H., *Clunet* 1998 p. 110 note Kahn P., *RCDIP* 1997 p. 585 note Gaudemet-Tallon H.
- Civ. 1^{ère} juillet 1997 *Africatours JCP* 1998.II.10170 note Billon-Dufouleur B., *Clunet* 1998 p. 98 note Barrière-Brousse I., *Dalloz* 1998 p. 104 note Menjucq M.
- Civ. 1^{ère} juillet 1997 *Driss Abdou RCDIP* 1998 p. 60 note Mayer P., *Defrénois* 1998 p. 711 note Massip J.
- Civ. 1^{ère} 16 juillet 1997 *Clunet* 1998 p. 136 obs. Huet A.
- Civ. 1^{ère} 27 janvier 1998 *Séfiani Juridisque Lamy Cour de Cassation* arrêt n° 178
- Civ. 1^{ère} 27 janvier 1998 *Abadou JCP* 1998.II.10098 note Muir-Watt H.
- Civ. 1^{ère} 24 février 1998 *Csts Vialaron Dalloz* 1999 p. 309 note Thierry J., *RCDIP* 1998 p. 637 note Droz G. A. L., *Dalloz* 1999 som. p. 290 note Audit B., *Clunet* 1998 p. 732 note Kerckhove E., *JCP* 1998.II.10175 note Vignal T., *RTDC* 1998 p. 458 obs. Vareille B., *Defrénois* 1999 p. 1173 obs. Crône R.
- Civ. 1^{ère} 5 mai 1998 *Mailian RCDIP* 1998 p. 662 note Muir-Watt H.
- Civ. 1^{ère} 24 novembre 1998 *Lavazza RCDIP* 1999 p. 88 note Ancel B.
- Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999 *Droit de la famille* n° 4 2000.22.54 note Fulchiron H., *JCP* N 1999 p. 634, *JCP* 2001.I.293.4 obs. Farge M., *Dalloz* 1999 p. 671 note Agostini E.
- Civ. 1^{ère} 9 mars 1999 *inédit*
- Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 *Pordéa Clunet* 1999 p. 773 note Huet A., *RCDIP* 2000 p. 223, *Dalloz affaires* 1999 p. 799 obs. V. A.-R., *Gaz. Pal.* 1^{er} et 2 mars 2000 p. 37 note Niboyet-Hoegy M.-L., *RTDC* 1999 p. 470 note Perrot R., *RGP* 1999 p. 747 note Muir-Watt H.
- Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 *Mailliez Juridisque Lamy Cour de Cassation* arrêt n° 529
- Civ. 1^{ère} 16 mars 1999 *Moureau RCDIP* 1999 p. 713 note Muir-Watt H.
- Civ. 1^{ère} 26 mai 1999 *Société Mutuelles du Mans IARD RCDIP* 1999 p. 707 note Muir-Watt H., *GAJFDIP* n° 74-78
- Civ. 1^{ère} 26 mai 1999 *Belaïd RCDIP* 1999 p. 707 note Muir-Watt H., *JCP* 1999.II.10192 note Mélin F., *Defrénois* 1999 p. 1261 obs. Massip J., *GAJFDIP* n° 74-78

BIBLIOGRAPHIE

- Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999 *Droit de la famille* n° 4 2000 p. 24 n° 55 note Fulchiron H., *Defrénois* 2000 p. 109 n° 4 obs. Massip J., *LPA* n° 36 2000 p. 16
- Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999 *Dalloz* 2000 p. 904 note Gouband P., *Clunet* 2000 p. 751 note Péroz H., *JCP* 2000.II.10243 note Muir-Watt H.
- Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999 El Karroumi *Dalloz* 1999 IR p. 257, *Defrénois* 2000 p. 699 note Revillard M., *Defrénois* 2000 p. 660 obs. Massip J., *Clunet* 2000 p. 737 note Monéger F.
- Crim 16 novembre 1999 *Dalloz* 2001 p. 665 note Boré L. et Salve de Bruneton (de) J.
- Civ. 1^{ère} 22 février 2000 *RCDIP* 2000 p. 778 note Muir-Watt H. et Ancel B., *Clunet* 2001 p. 107 note Raimon M.
- Civ. 1^{ère} 21 mars 2000 Ballestrero *Dalloz* 2000.J.539 note F. Boulanger ; *RCDIP* 2000.399 note B. Ancel
- Civ. 1^{ère} 3 mai 2000 *juridisque Lamy* arrêt n° 793
- AP 2 juin 2000 Melle Fraisse *Gaz. Pal.* 2000 n° 359-363 p. 7 note Flauss J.-F., *Dalloz* 2000.J.865 note Matthieu B. et Verpeaux M., *GAJFDIP* n° 85-86
- AP 24 novembre 2000 *Dalloz* 2001 IR p. 42, *Dalloz* 2001 p. 2427 note Beignier B. et Bléry C., *Dalloz* 2001 p. 1067 obs. Fricero N.
- AP 2 mars 2001 Dentico *Dalloz* 2001 p. 1899 note Pradel J.
- Civ. 1^{ère} 6 mars 2001 *Clunet* 2002.171 note Raimon M.
- Civ. 1^{ère} 3 juillet 2001 Douibi *Clunet* 2002 p. 181 note Khan P., *JCP* 2002.II.10039 note Vignal T., *Dalloz* 2001 p. 3378 note Niboyet M.-L., *RCDIP* 2001 p. 704 note Gannagé L., *RJPF* 2001 n° 11 p. 16 note Meyzeaud-Garaud M.-C.
- Soc. 10 juillet 2001 Palmero *inédit titré*
- Civ. 2^{ème} 12 juillet 2001 *Dalloz* 2001 p. 2640
- Soc. 26 février 2002 *inédit titré*
- Civ. 1^{ère} 24 septembre 2002 *Bull.* 2002 n° 214 p. 165, *Defrénois* 2002 p. 1467 note Massip J.
- Civ. 1^{ère} 19 novembre 2002 Banque Worms *Dalloz* 2003 p. 797 note Khairallah G., *RCDIP* 2003 p. 631 note Muir Watt H., *Clunet* 2003 p. 132 note Roussel Galle P.
- Civ. 1^{ère} 28 janvier 2003 *RCDIP* 2004 p. 398 note Muir-Watt H.
- Chambre Mixte 20 juin 2003 Soliman *JCP* 2004.II.10010 note Mahinga J.-G., *RCDIP* 2003 p. 647 note Muir-Watt H.

Com. 8 juillet 2003 *JCP* 2004.II.10111 note Kenfack H. et Lamy (de) B., *Dalloz* 2004 p. 692 obs. Khairallah G.

Civ. 1^{ère} 28 octobre 2003 Union Latine *RCDIP* 2004 p. 773 note S. Clavel

Civ. 1^{ère} 9 décembre 2003 Société Castellblanch *JCP* 2004.II.10055 note C. Chabert, *Clunet* 2004 p. 872 note A. Huet, *Procédures* 2004 n° 3 p. 11 obs. C. Nourissat

Civ. 1^{ère} 9 décembre 2003 *Bull.* I n° 247 p. 197

Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (5 arrêts) *Dalloz* 2004 p. 606, *Dalloz* 2004 p. 824 concl. Cavarroc F., *RCDIP* 2004 p. 423 note Hammje P., *JCP* 2004.II.10126 note Fulchiron H., *Clunet* 2004 p. 1200 note Gannagé L., *RTDC* 2004 p. 365 obs. Marguénaud J.-P.

Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (arrêt n° 260) *Clunet* 2004 p. 867 note Cuniberti G.

Civ. 1^{ère} 30 mars 2004 *JCP* 2004.II.10097 note V. Egea, *JCP* 2004.IV.2084, *Defrénois* 2004 article n° 38012 p. 1235 obs. J. Massip, *RCDIP* 2005 p. 89 note L. Sinopoli, *Clunet* 2005 p. 790 note I. Barrière Brousse

Civ. 1^{ère} 30 juin 2004 Stolzenberg *JCP* 2004.II.10198 avis Sainte-Rose J., *Dalloz* 2004 p. 2743 note Bouche N., *RCDIP* 2004 p. 815 note Muir-Watt H., *RTDC* 2004 p. 549 obs. Théry P., *Clunet* 2005 p. 112 note Cuniberti G., *Procédures* 2005 n° 1 p. 15 note C. Nourissat

Civ. 2^{ème} 8 juillet 2004 Brassart c/ SCP Dargent et Morange *Procédures* 2004 n° 10 p. 13 obs. Perrot R.

Civ. 1^{ère} 14 décembre 2004 *Bull.*

Civ. 2^{ème} 16 décembre 2004 Société Moyse *Procédures* 2005 n° 2 p. 15 obs. H. Croze, *JCP* 2005.II.10073 note Sander E.

Soc. 20 janvier 2005 BAD c/ Degboe *Dalloz* 2005 p. 593, *Dalloz* 2005 p. 1540 note Viangalli F.

Civ. 1^{ère} 1^{er} février 2005 État d'Israël *JCP* 2005 Actualités n° 89, *JCP* 2005.IV.1523, *Dalloz* 2005 p. 520, *JCP* 2005.I.134.4 obs. J. Béguin, *JCP* 2005.II.10101 G. Kessler

Civ. 3^{ème} 23 mars 2005

Civ. 1^{ère} 28 juin 2005 François X c/ Henry Y et autre *Dalloz* 2005 IR p. 1882

Com. 28 juin 2005 *Dalloz* 2005 p. 1883

○ Conseil d'État

CE 20 octobre 1989 *RFDA* 1989 p. 813 concl. Frydman P., *Clunet* 1990 p. 105, *RCDIP* 1990 p. 125 concl. Frydman P., note Lagarde P.

CE 7 juin 1995 *RCDIP* 1996 p. 83 note Lagarde P.

CE ass. 30 octobre 1998 Sarran, Levacher et autres *Dalloz* 2000 J p. 152 note Aubin

o Conseil constitutionnel

C.C. DC 2003-474 17 juillet 2003 Loi de programmation pour l'outre-mer *Dalloz* 2004 p. 1272 obs. Le Bot O.

- Jurisprudence étrangère :

Pennoyer v. Neff, 95 US 714 (1878) www.findlaw.com/caselaw/supreme.html

International Shoe v. Washington, 326 US 310 (1945)
www.findlaw.com/caselaw/supreme.html

Tribunal de Karlsruhe 4 mai 1971 *RCDIP* 1974 p. 58

Tribunal de Karlsruhe 22 février 1983 *Clunet* 1984 p. 648 obs. Jayme É.

Bundesgerichtshof 8 décembre 1983 *Clunet* 1984 p. 645 obs. Jayme É.

Cour constitutionnelle d'Italie 26 février 1987 *RCDIP* 1987 p. 563 note Ancel B.

Cour constitutionnelle d'Italie 25 novembre 1987 *RCDIP* 1988 p. 710 note Ancel B.

Tribunal de Alessandria (Italie) 1^{er} février 1993 Wysokinska c/ Fracchia *Clunet* 1998 p. 450 obs. Clerici R.

Tribunal fédéral suisse 4 juillet 2000 *Clunet* 2005 p. 849 obs. B. Dutoit et M. Scherer

Cour constitutionnelle d'Italie 6 juillet 2001 *RCDIP* 2002 p. 346 note Ancel B.

CA Bruxelles 4 mars 2003 ACP *Journal des tribunaux* 2003 p. 684 note E. David

Chambre des Lords 22 juillet 2004 Gouvernement des Etats-Unis c/ Barnette *RCDIP* 2005 p. 315 note H. Muir Watt

- Jurisprudence européenne²⁴⁵³

o Commission EDH

▪ Décisions

Commission 20 décembre 1957 requête n° 172/56 S. c/ Suède

²⁴⁵³ L'ensemble des décisions, rapports et arrêts des Commission et Cour européenne des droits de l'homme peut être consulté sur le site Internet de la Cour EDH [www.echr.coe.int]. L'ensemble des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes peut être consulté sur le site Internet de la CJCE [www.curia.eu.int].

- Commission 30 juin 1959 requête 434/58 Szwabowicz c/ Suède
- Commission 11 avril 1961 requête n° 788/60 Autriche c/ Italie
- Commission 5 mars 1962 requête n° 1197/61 X c/ RFA
- Commission 14 décembre 1963 requête n° 1322/62 X c/ RFA
- Commission 10 juillet 1973 requête n° 5288/71 X c/ Luxembourg
- Commission 18 décembre 1973 requête n° 5913/72 X c/ Irlande
- Commission 10 juillet 1975 requête n° 6482/74 A. H. c/ Pays-Bas
- Commission 13 mai 1976 requête n° 6200/73 B. A. c/ Royaume-Uni
- Commission 15 décembre 1977 requête n° 7229/75 B. S. H. et G. S. H. c/ Royaume-Uni
- Commission 10 janvier 1978 requête n° 8007/77 Chypre c/ Turquie *Recueil* p. 85
- Commission 10 mars 1981 requête n° 8896/80 X c/ Pays-Bas *Recueil* p. 176
- Commission 5 octobre 1981 requête n° 9057/80 R. G. c/ Suisse
- Commission 9 décembre 1981 requête n° 9099/80 Y. c/ Autriche *Recueil* p. 209
- Commission 4 juillet 1983 requête n° 10000/82 H. c/ Royaume-Uni *Recueil* p. 247
- Commission 6 décembre 1983 France c/ Turquie
- Commission 13 mai 1986 requête n° 10961/84 M. et autres c/ Belgique
- Commission 7 juillet 1986 requête n° 11579/85 Janis Kahn c/ Royaume-Uni *inédit*
- Commission 10 juillet 1986 requête n° 10871/84 W. c/ Royaume-Uni
- Commission 6 octobre 1986 requête n° 11238/84 H.C. B. c/ Pays-Bas
- Commission 4 mars 1987 requête n° 10881/84 K. R. c/ Suisse
- Commission 6 octobre 1987 requête n° 12423/86 M. c/ Espagne
- Commission 3 mai 1988 requête n° 11389/85 Morissens c/ Belgique
- Commission 13 mai 1988 requête n° 12087/86 Karting c/ Pays-Bas
- Commission 12 décembre 1988 requête n° 12516/86 Ary Spaans c/ Pays-Bas
- Commission 6 mars 1989 requête n° 12603/86 Vincent Gauthier c/ Belgique

BIBLIOGRAPHIE

- Commission 13 mars 1989 requête n° 12348/86 J. G. c/ Belgique
- Commission 9 mai 1989 requête n° 12152/86 F c/ Suisse
- Commission 6 juillet 1989 requête n° 13901/88 Aziz Nesin c/ Turquie
- Commission 9 février 1990 requête n° 13258/87 M. et Co. c/ Allemagne *RUDH* 1991 p. 134
- Commission 13 juillet 1990 requête n° 11960/86 Jon Axelsson et autres c/ Suède
- Commission 3 décembre 1990 requête n° 13478/87 Manubat Holding SARL c/ France
- Commission 14 octobre 1991 requête n° 12883/87 Leila Kirchner c/ Autriche
- Commission 29 juin 1992 requête n° 19075/91 Vermeulen c/ Belgique
- Commission 21 janvier 1994 requête n° 22742/93 Aylor-Davis c/ France
- Commission 5 juillet 1994 requête n° 24132/94 HPL c/ Autriche
- Commission 10 octobre 1994 requête n° 22500/93 Lassauzet et Guillot c/ France
- Commission 12 octobre 1994 requête n° 23862/94 Promotora de Obras, Servicios E Inversiones, S.A. c/ Espagne
- Commission 9 janvier 1995 requête n° 20765/92 Batali c/ Suisse
- Commission 28 juin 1995 requête n° 23109/93 Massey c/ Suisse
- Commission 17 janvier 1996 requête n° 25336/94 Sommer c/ Italie
- Commission 18 janvier 1996 requête n° 27292/95 Bakhtiar c/ Suisse
- Commission 28 février 1996 requête n° 20999/92 Robert Robba c/ Allemagne
- Commission 7 mars 1996 requête n° 28987/95 Zapata Salazar et autres c/ Suède
- Commission 11 avril 1996 requête n° 24001/94 Gill et Malone c/ Pays-Bas et le Royaume-Uni
- Commission 21 mai 1997 requête n° 30401/96 Van Der Auwera c/ Belgique
- Commission 10 septembre 1997 requête n° 27095/95 Sogn Koutsofotinos c/ Norvège et Grèce
- Commission 22 octobre 1997 requête n° 27413/95 Cazès c/ France
- Commission 25 mai 1998 requête n° 36106/97 Mihaies c/ France
- Commission 1^{er} juillet 1998 requête n° 34986/97 Akin c/ Pays-Bas

Commission 9 septembre 1998 requête n° 25146/94 Edistudio SA c/ Suisse

▪ Rapports

Commission 14 décembre 1963 requête n° 1322/62 X c/ RFA

Commission 2 décembre 1990 requête n° 12217/86 Muyldemans c/ Belgique

Commission 11 décembre 1990 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne

Commission 8 avril 1991 requête n° 15296/89 Pitzalis c/ Italie

Commission 14 janvier 1993 requête n° 13580/88 Karlheinz Schmidt c/ Allemagne

Commission 14 mai 1993 requêtes n° 15252/89, 15628/89, 17384/90 N. c/ Suisse

Commission 4 juillet 1994 requête n° 17849/91 SA Pressos Compania naviera et autres c/ Belgique

Commission 5 septembre 1995 requête n° 22107/93 Findlay c/ Royaume-Uni

Commission 28 février 1996 Robert Robba c/ RFA

Commission 11 avril 1996 requête n° 24095/94 Efstratiou c/ Grèce

Commission 12 avril 1996 requête n° 22940/93 Fornaciari et autres c/ Suisse

Commission 21 mai 1997 requête n° 26426/95 SBF Spa c/ Italie

Commission 10 juillet 1997 requête n° 31924/96 Di Lazzaro c/ Italie

Commission 2 décembre 1997 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne

Commission 2 décembre 1997 requête n° 28934/95 Beer et Regan c/ Allemagne

○ Cour européenne des droits de l'homme

▪ Décisions

CEDH 26 janvier 1999 requête n° 37784/97 Saucedo Gomez c/ Espagne

CEDH 20 juin 1999 requête n° 27110/95 Nylund c/ Finlande

CEDH 19 octobre 1999 requête n° 34308/96 Yildirim c/ Autriche

CEDH 25 novembre 1999 requête n° 50887/99 Yonghong c/ Portugal

BIBLIOGRAPHIE

- CEDH 25 janvier 2000 requête n° 42175/95 Dagorn c/ France
- CEDH 9 février 2000 requête n° 31253/96 McElhinney c/ Irlande
- CEDH 6 avril 2000 requête n° 33681/96 C. S. c/ Allemagne
- CEDH 6 avril 2000 requête n° 27644/95 Athanassoglou et autres c/ Suisse
- CEDH 4 mai 2000 requête n° 45305/99 Powell c/ Royaume-Uni
- CEDH 11 mai 2000 requête n° 41387/96 A.L. c/ Italie
- CEDH 11 mai 2000 requête n° 35036/97 Oates c/ Pologne
- CEDH 6 juin 2000 requête n° 42338/98 Dachar c/ France
- CEDH 6 juin 2000 requête n° 28135/95 Magee c/ Royaume-Uni
- CEDH 6 juillet 2000 requête n° 27937/95 Murat Bayrak c/ Allemagne
- CEDH 7 septembre 2000 requête n° 33275/96 Lambelet c/ Suisse
- CEDH 26 octobre 2000 requête n° 40655/98 Rosa Maria Roldan Texeira et autres c/ Italie
- CEDH 7 novembre 2000 requête n° 47128/99 Lucette Zvoristeanu c/ France
- CEDH 5 décembre 2000 requête n° 35685/97 Mills c/ Royaume-Uni et Allemagne
- CEDH 11 janvier 2001 requête n° 39473/98 Xhavera et quinze autres c/ Italie et Albanie .
- CEDH 30 janvier 2001 requête n° 54429/00 Couderc c/ République Tchèque
- CEDH 30 janvier 2001 requête n° 39277/98 Vermeersh c/ France
- CEDH 15 février 2001 requête n° 42393/98 Dhalab c/ Suisse *AJDA* 2001 p. 482 obs. J.-F. Flauss
- CEDH 27 mars 2001 requête n° 35585/97 Kervoelen c/ France
- CEDH 3 mai 2001 requête n° 32263/96 Harrison c/ Royaume-Uni
- CEDH 22 mai 2001 requête n° 28575/95 Clark et autres c/ Royaume-Uni
- CEDH 12 juin 2001 requête n° 36515/97 Fretté c/ France
- CEDH 10 juillet 2001 requête n° 41754/98 Johannische Kirche et Peters c/ Allemagne
- CEDH 6 septembre 2001 requête n° 69789/01 Brusco c/ Italie
- CEDH 13 septembre 2001 requête n° 53360/99 De Savoie c/ Italie

CEDH 16 octobre 2001 requête n° 71555/01 Einhorn c/ France

CEDH 8 novembre 2001 requête n° 34969/97 Giacometti c/ Italie

CEDH 12 décembre 2001 requête n° 52207/99 Bankovic, Stojadinovic, Stoimenovski, Joksimovic et Sukovic c/ Belgique, République tchèque, Danemark, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Espagne, Turquie et Royaume-Uni *RTDH* 2002 p. 1055 note Cohen-Jonathan G., *JCP* 2002 n° 105.1 obs. Sudre F., *Dalloz* 2002 p. 2567 obs. Renucci J.-F.

CEDH 10 janvier 2002 requête n° 49888/99 De Azevedo Sousa Perreira c/ Portugal

CEDH 10 janvier 2002 requête n° 57032/00 Pereira Texeira de Arago c/ Portugal

CEDH 23 janvier 2002 requête n° 48321/99 Slivenko c/ Lettonie

CEDH 31 janvier 2002 requête n° 44482/98 Hutt-Clauss c/ France

CEDH 25 avril 2002 requête n° 59341/00 Multigestion c/ France

CEDH 14 mai 2002 requête n° 38621/97 Zehnalova et Zehnal c/ République Tchèque

CEDH 14 mai 2002 requête n° 67199/01 Csepyova c/ Slovaquie

CEDH 23 mai 2002 requêtes n° 6422/02 et 9916/02 Segi et Gestoras et Pro-amnistia et autres c/ Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède *Dalloz* 2003 p. 523 obs. J.-F. Renucci

CEDH 28 mai 2002 requête n° 58932/00 Pogasiy c/ Ukraine

CEDH 13 juin 2002 requête n° 67917/01 Federici c/ Italie

CEDH 18 juin 2002 requête n° 45574/99 Stella et la Fédération nationales des familles de France c/ France

CEDH 25 juin 2002 requête n° 38805/97 W. K. c/ Italie

CEDH 3 septembre 2002 requête n° 60148/00 Pavittar Singh et autres c/ Royaume-Uni

CEDH 24 septembre 2002 requête n° 61517/00 Wallon c/ France

CEDH 12 décembre 2002 requête n° 59021/00 Kalogeropoulou et autres c/ Grèce et Allemagne

CEDH 17 décembre 2002 requête n° 44963/98 Adouch c/ France

CEDH 6 mars 2003 requête n° 58278/00 Zdanoka c/ Lettonie

CEDH 27 mars 2003 requête n° 36813/97 Scordino et autres c/ Italie

BIBLIOGRAPHIE

CEDH 15 mai 2003 requête n° 70009/01 Beer et Regan c/ Allemagne et les États membres de l'Agence spatiale européenne

CEDH 15 mai 2003 requête n° 4783/03 Paradis et autres c/ Allemagne

CEDH 27 mai 2003 requête n° 51442/99 Coudrier c/ France

CEDH 9 octobre 2003 requête n° 54640/00 Sylvester c/ Autriche

CEDH 9 octobre 2003 requête n° 45585/99 Ayhan c/ Turquie

CEDH 6 novembre 2003 requête n° 63343/00 Roshka c/ Russie

CEDH 15 janvier 2004 requête n° 48198/99 Odd F. Lindberg c/ Suède

CEDH 29 janvier 2004 requête n° 52980/99 Stornaiuolo et autres c/ Italie

CEDH 23 mars 2004 requête n° 55092/00 Iordache c/ Roumanie

CEDH 6 mai 2004 requête n° 70807/01 Monique, Oriane et Lilian Hussin c/ Belgique

CEDH 26 octobre 2004 requête n° 16471/02 Silva Monteiro Martin Ribeiro

CEDH 7 décembre 2004 requête n° 71074/01 Mentzen *alias* Mencena c/ Lettonie

CEDH 7 décembre 2004 requête n° 71557/01 Kuharec *alias* Kuhareca c/ Lettonie

CEDH 6 janvier 2005 requête n° 65390/01 Dayras et autres c/ France, *RTDC* p. 343 obs. Marguénaud J.-P.

CEDH 3 mars 2005 requête n° 60861/00 Manoilescu et Dobrescu c/ Roumanie et Russie

CEDH 28 avril 2005 requête n° 42021/02 Ricci et autres c/ Italie

CEDH 3 mai 2005 requête n° 3/02 D. D. c/ France

CEDH 19 mai 2005 requête n° 58318/00 Georgi c/ Roumanie

CEDH 9 juin 2005 requête n° 43007/02 Dumitrascu c/ Roumanie et Turquie

▪ Arrêts

CEDH 27 mars 1962 requête n° 214/56 De Becker c/ Belgique

CEDH 23 juillet 1968 requêtes n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64
Affaire linguistique belge *GACEDH* n° 8

CEDH 17 janvier 1970 requête n° 2689/65 Delcourt c/ Belgique

CEDH 18 juin 1971 requêtes n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66 De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique *GACEDH* n° 16

CEDH 16 juillet 1971 requête n° 2614/65 Ringeisen c/ Autriche

CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70 Golder c/ Royaume-Uni *GACEDH* n° 23

CEDH 6 février 1976 requête n° 5589/72 Schmidt et Dahlstrom c/ Suède

CEDH 7 décembre 1976 requête n° 5493/72 Handyside c/ Royaume-Uni *GACEDH* n° 7

CEDH 7 décembre 1976 requêtes n° 5095/71, 5920/72 et 5926/72 Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark *GACEDH* n° 48

CEDH 18 janvier 1978 requête n° 5310/71 Irlande c/ Royaume-Uni

CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72 Tyrer c/ Royaume-Uni

CEDH 28 juin 1978 requête n° 6232/73 König c/ RFA *GACEDH* n° 4

CEDH 6 septembre 1978 requête n° 5029/71 Klass c/ Allemagne

CEDH 26 avril 1979 requête n° 6538/74 Sunday Times c/ Royaume-Uni *JCEDH* n° 164

CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74 Marckx c/ Belgique *AFDI* 1980 p. 317 obs. Pelloux, *Clunet* 1982 p. 183 obs. Rolland P., *GACEDH* n° 42

CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 Airey c/ Irlande *GACEDH* n° 2

CEDH 24 octobre 1979 requête n° 6301/73 Winterwerp c/ Pays-Bas *GACEDH* n° 14

CEDH 27 février 1980 requête n° 6903/75 Deweer c/ Belgique

CEDH 13 mai 1980 requête n° 6694/74 Artico c/ Italie

CEDH 23 juin 1981 requête n° 6878/75 Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique *GACEDH* n° 17

CEDH 13 août 1981 requêtes n° 7601/76 et 7806/77 Young, James et Webster c/ Royaume-Uni

CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76 Dudgeon c/ Royaume-Uni *GACEDH* n° 37

CEDH 23 juin 1982 requêtes n° 7151/75 et 7152/75 Sporrang et Lönnroth c/ Suède *GACEDH* n° 57

CEDH 10 février 1983 requêtes n° 7299/75 et 7496/76 Albert et Le Compte

CEDH 25 mars 1983 requêtes n° 6205/73, 5947/72, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 et 7136/75 Silver et autres c/ Royaume-Uni

BIBLIOGRAPHIE

- CEDH 23 novembre 1983 requête n° 8919/80 Van Der Mussele c/ Belgique
- CEDH 12 décembre 1983 requêtes n° 8588/79, 8589/79 Bramelid et Malström c/ Suède
- CEDH 28 juin 1984 requêtes n° 7819/77 et 7878/77 Campbell et Fell c/ Royaume-Uni
- CEDH 2 août 1984 requête n° 8691/79 Malone c/ Royaume-Uni
- CEDH 22 octobre 1984 requête n° 8790/79 Sramek c/ Autriche
- CEDH 26 octobre 1984 requête n° 9186/80 De Cubber c/ Belgique
- CEDH 28 novembre 1984 requête n° 8777/79 Rasmussen c/ Danemark *AFDI* 1985 p.403, 412 et 414 obs. Coussirat-Coustère V., *Clunet* 1986 p.1074 obs. Rolland P. et Tavernier P.
- CEDH 12 février 1985 requête n° 9024/80 Colozza c/ Italie
- CEDH 6 mai 1985 requête n° 8658/79 Bönisch c/ Autriche
- CEDH 28 mai 1985 requêtes n° 9214/80, 9473/81, 9474/81 Abdulaziz, Cabalès et Balkandali c/ Royaume-Uni
- CEDH 28 mai 1985 requête n° 8225/78 Ashingdane
- CEDH 3 juin 1985 requête n° 9621/81 Vallon c/ Italie
- CEDH 23 octobre 1985 requête n° 8848/80 Benthem c/ Royaume-Uni
- CEDH 21 février 1986 requête n° 8793/79 James et a. c/ Royaume-Uni *GACEDH* n° 58
- CEDH 29 mai 1986 requête n° 8562/79 Feldbrugge c/ Pays-Bas
- CEDH 8 juillet 1986 requêtes n° 9006/80, 9262/81, 9263/91, 9265/81, 9266/81, 9313/91, 9405/81 Lithgow et autres c/ Royaume-Uni
- CEDH 17 octobre 1986 requête n° 9532/81 Rees c/ Royaume-Uni
- CEDH 24 novembre 1986 requête n° 9063/80 Gillow c/ Royaume-Uni
- CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82 Johnston et autres c/ Irlande *GACEDH* n° 41
- CEDH 2 mars 1987 requête n° 9267/81 Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Royaume-Uni *Clunet* 1988 p. 849 obs. P. Rolland, *GACEDH* n° 55
- CEDH 2 mars 1987 requêtes n° 9562/81 et 9818/82 Monnel et Morris c/ Royaume-Uni
- CEDH 27 octobre 1987 requête n° 10426/83 Pudas c/ Suède
- CEDH 28 octobre 1987 requête n° 8695/79 Inze c/ Autriche

CEDH 30 novembre 1987 requête n° 8950/80 H. c/ Belgique

CEDH 18 décembre 1987 requête n° 11329/85 F. c/ Suisse

CEDH 27 avril 1988 requêtes n° 9659/82 et 9658/82 Boyle et Rice c/ Royaume-Uni

CEDH 24 mai 1988 requête n° 10737/84 Muller et autres c/ Suisse *GACEDH* n° 50

CEDH 26 mai 1988 requête n° 10563/83 Ekbatani c/ Suède

CEDH 26 octobre 1988 requête n° 10581/83 Norris c/ Irlande

CEDH 29 novembre 1988 requêtes n° 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85 Brogan et autres c/ Royaume-Uni *GACEDH* n° 15

CEDH 30 mars 1989 requête n° 10461/83 Chappel c/ Royaume-Uni

CEDH 30 mars 1989 requête n° 10444/83 Lamy c/ Belgique

CEDH 22 juin 1989 requête n° 11373/85 Eriksson c/ Suède

CEDH 22 juin 1989 requête n° 11179/84 Langborger c/ Suède

CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88 Soering c/ Royaume-Uni *JCP* 1990 n° 3452 note Labayle H., *RTDH* 1990 p. 5 note Ganschof Van Der Meersch W. J., *RGDIP* 1990 p. 103 note Sudre F., *GACEDH* n° 13

CEDH 7 juillet 1989 requête n° 10454/89 Gaskin c/ Royaume-Uni *GACEDH* n° 36

CEDH 21 février 1990 requête n° 11855/85 Hakansson et Sturesson c/ Suède

CEDH 28 mars 1990 requête n° 10890/84 Groppera radio A. G. et autres c/ Suisse

CEDH 28 mars 1990 requête n° 11932/86 Granger c/ Royaume-Uni

CEDH 24 avril 1990 requête n° 11801/85 Kruslin c/ France *Dalloz* 1990 p. 357 note J. Pradel, *RUDH* 1990 p. 185 note G. Cohen-Jonathan, *GACEDH* n° 5

CEDH 28 juin 1990 requête n° 11761/85 Obermeier c/ Autriche

CEDH 27 septembre 1990 requête n° 10843/84 Cossey c/ Royaume-Uni

CEDH 18 février 1991 requête n° 12313/86 Moustaquim c/ Belgique

CEDH 18 février 1991 requête n° 12033/86 Fredin c/ Suède

CEDH 23 mai 1991 requête n° 11662/85 Oberschlick c/ Autriche

CEDH 27 août 1991 requêtes n° 12750/87, 13780/88, 14003/88 Philis c/ Grèce

BIBLIOGRAPHIE

CEDH 28 août 1991 requête n° 12151/86 FCB c/ Italie

CEDH 28 août 1991 requête n° 11296/84 Moreira de Azevedo

CEDH 29 novembre 1991 requête n° 12849/87 Vermeire c/ Belgique *GACEDH* n° 63

CEDH 25 février 1992 requête n° 10802/84 Pfeifer et Plankl c/ Autriche

CEDH 25 mars 1992 requête n° 13343/87 B. c/ France *RUDH* 1992 p. 316, *JCP* 1992.II.21955 note Garé T., *Dalloz* 1993 p. 101 note Marguénaud J.-P., *AFDI* 1991 p. 629 note Coussirat-Coustère V., *JDI* 1993 p. 720 note Decaux E. et Tavernier P., *RTDC* 1992 p. 540 obs. Hauser J.

CEDH 26 mars 1992 requête n° 11760/85 Périscope c/ France

CEDH 26 juin 1992 requête n° 12747/87 Drozd et Janousek c/ France et Espagne *RTDH* 1994 p. 87 note Cohen-Jonathan G. et Flauss J.-F., *RUDH* 1993 p. 6 obs. Sudre F.

CEDH 12 octobre 1992 requête n° 11955/86 Salerno c/ Italie

CEDH 12 octobre 1992 requête n° 12927/87 Boddaert c/ Belgique

CEDH 29 octobre 1992 requêtes n° 14234/88 et 14235/88 Open Door et Dublin Well Women c/ Irlande *RTDH* 1993 p. 345 note Rigaux F., *GACEDH* n° 61

CEDH 16 décembre 1992 requête n° 13710/88 Niemietz c/ Allemagne *GACEDH* n° 40

CEDH 16 décembre 1992 requête n° 12964/87 de Geouffre de la Pradelle c/ France

CEDH 25 mars 1993 requête n° 14307/88 Kokkinakis c/ Grèce *GACEDH* n° 47

CEDH 19 avril 1993 requête n° 13942/88 Kraska c/ Suisse

CEDH 22 avril 1993 requête n° 15070/89 Modinos c/ Chypre

CEDH 25 mai 1993 requête n° 14307/88 Kokkinakis c/ Grèce

CEDH 23 juin 1993 requête n° 12952/87 Ruiz-Mateos c/ Espagne

CEDH 24 juin 1993 requête n° 14518/89 Schuler-Zraggen c/ Suisse

CEDH 25 août 1993 requête n° 13308/87 Chorherr c/ Autriche

CEDH 27 octobre 1993 requête n° 14448/88 Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas

CEDH 23 novembre 1993 requête n° 14032/88 Poitrimol c/ France *GACEDH* n° 31

CEDH 25 novembre 1993 requête n° 14282/88 Zander c/ Suède

CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90 Burghartz c/ Suisse *Dalloz* 1995 p. 5 note Marguénaud J.-P.

CEDH 24 février 1994 requête n° 19983/92 De Haes et Gijssels c/ Belgique

CEDH 24 février 1994 requête n° 12547/86 Bendenoun c/ France

CEDH 24 février 1994 requête n° 15450/89 Casado Coca c/ Espagne

CEDH 19 avril 1994 requête n° 16034/90 Van de Hurk c/ Pays-Bas

CEDH 26 mai 1994 requête n° 16969/90 Keegan c/ Irlande

CEDH 28 juillet 1994 requête n° 13580/88 Karlheinz Schmidt c/ Allemagne

CEDH 22 septembre 1994 requête n° 16737/90 Pelladoah c/ Pays-Bas

CEDH 23 septembre 1994 requête n° 19823/94 Hokkanen c/ Finlande

CEDH 27 octobre 1994 requête n° 18535/91 Kroon c/ Pays-Bas *JCP* 1995.II.3823.32 obs. F. Sudre, *RTDH* 1996 p.183 note P. Georjin

CEDH 25 novembre 1994 requête n° 18131/91 Stjerna c/ Finlande

CEDH 9 décembre 1994 requête n° 18064/91 Hiro Balani c/ Espagne

CEDH 9 décembre 1994 requête n° 16798/90 Lopez Ostra c/ Espagne *GACEDH* n° 3

CEDH 9 décembre 1994 requêtes n° 13092/87 et 13984/88 Les Saints Monastère grecs c/ Grèce

CEDH 24 février 1995 requête n° 16424/90 Mac Michael c/ Royaume-Uni *Dalloz* 1995 p. 449 note Huyette M.

CEDH 23 mars 1995 requête n° 15318/89 Loizidou c/ Turquie *RUDH* 1995 p. 130, *GACEDH* n° 1

CEDH 27 avril 1995 requêtes n° 15773/87 et 15774/89 Piermont c/ France

CEDH 13 juillet 1995 requête n° 18139/91 Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni *Clunet* 1996.228 obs. Decaux E., *Justices* 1996.232 obs. Cohen-Jonathan G. et Flauss J.-F.

CEDH 19 juillet 1995 requête n° 17506/90 Kerojarvi c/ Finlande

CEDH 28 septembre 1995 requête n° 14570/89 Procola c/ Luxembourg

CEDH 28 septembre 1995 requête n° 15346/89 et 15379/89 Masson et Van Zon c/ Pays-Bas

CEDH 28 septembre 1995 requête n° 19133/91 Scollo c/ Italie

BIBLIOGRAPHIE

- CEDH 24 octobre 1995 requête n° 16462/90 Iribarne Pérez c/ France
- CEDH 20 novembre 1995 requête n° 19589/92 British American Tobacco company Ltd c/ Pays-Bas
- CEDH 21 novembre 1995 requête n° 19248/91 Acquaviva c/ France
- CEDH 4 décembre 1995 requête n° 23805/94 Bellet c/ France *RTDC* 1996.509 note Marguénaud J.-P., *JCP* 1996.II.22648 note Harichaux M.
- CEDH 8 février 1996 requête n° 20826/92 A. et a. c/ Danemark
- CEDH 19 février 1996 requête n° 23218/94 Gül c/ Suisse
- CEDH 22 février 1996 requête n° 17358/90 Bulut c/ Autriche
- CEDH 10 juin 1996 requête n° 22399/93 Pullar c/ Royaume-Uni , § 30
- CEDH 7 août 1996 requête n° 21794/93 C. c/ Belgique
- CEDH 16 septembre 1996 requête n° 17371/90 Gaygusuz c/ Autriche *Dalloz* 1998 J p. 438 note Marguénaud J.-P. et Mouly J.
- CEDH 16 septembre 1996 requête n° 15777/89 Matos E Silva, Lda., et autres c/ Portugal
- CEDH 16 septembre 1996 requête n° 20024/92 Süßmann c/ Allemagne
- CEDH 26 septembre 1996 requête n° 33933/96 Guisset c/ France
- CEDH 22 octobre 1996 requêtes n° 22083/93 et 23095/93 Stubbings et autres c/ Royaume-Uni
- CEDH 23 octobre 1996 requête n° 17448/91 Ankerl c/ Suisse
- CEDH 15 novembre 1996 requêtes n° 22461/93 et 22465/93 Ceteroni c/ Italie
- CEDH 15 novembre 1996 requête n° 22414/93 Chahal c/ Royaume-Uni
- CEDH 18 décembre 1996 requête n° 15318/89 Loizidou c/ Turquie *Clunet* 1997 p. 273 obs. Tavernier, *RGDIP* 1998 p. 123 note Cohen-Jonathan G., *RTDH* 1998 p. 77 note Cot J.-P.
- CEDH 18 décembre 1996 requête n° 21787/93 Valsamis c/ Grèce
- CEDH 18 février 1997 requête n° 18990/91 Nideröst-Huber c/ Suisse
- CEDH 19 février 1997 requêtes n° 21627/93, 21826/93 et 21974/93 Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni *Clunet* 1998 p. 171 obs. D. L.-D.
- CEDH 21 février 1997 requête n° 20060/92 Van Raalte c/ Pays-Bas *RTDH* 1998 p. 721 note Essawe Priso S.-J.

CEDH 25 février 1997 requête n° 22107/93 Findlay c/ Royaume-Uni

CEDH 18 mars 1997 requête n° 21497/93 Mantovanelli c/ France *Clunet* 1998 p. 184 obs. E. T.

CEDH 19 mars 1997 requête n° 18357/91 Hornsby c/ Grèce *Dalloz* 1998 p. 75 note Fricero N., *Clunet* 1998 p. 185 obs. Ascencio H., *RTDC* 1997 p. 1009 note Marguénaud J.-P., *JCP* 1997.II.22949 note Dugrip O. et Sudre F., *GACEDH* n° 28

CEDH 27 août 1997 requête n° 20837/92 M. S. c/ Suède

CEDH 29 août 1997 requête n° 22714/93 Worm c/ Autriche

CEDH 24 septembre 1997 requête n° 25942/94 Coyne c/ Royaume-Uni

CEDH 9 octobre 1997 requête n° 25052/94 Andronicou et Constantinou c/ Chypre

CEDH 23 octobre 1997 requêtes n° 21319/93, 21449/93 et 21675/93 National and Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society and the Yorkshire Building Society c/ Royaume-Uni

CEDH 19 décembre 1997 requête n° 26737/95 Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne

CEDH 30 janvier 1998 requête n° 19392/92 Parti Communiste unifié de Turquie et a. c/ Turquie *GACEDH* n° 6 et 53

CEDH 19 février 1998 Higgins c/ France *Revue générale des procédures* 1998 p. 240 obs. Flauss J.-F., *RTDC* 1998 p. 516 obs. Marguénaud J.-P., *RTDH* 1998 p. 835 note Kutuy O.

CEDH 19 février 1998 requête n° 26637/95 Huber c/ France

CEDH 24 février 1998 requêtes n° 23372/94, 26377/94 et 26378/94 Larissis et autres c/ Grèce

CEDH 27 mars 1998 requête n° 20458/92 Petrovic c/ Autriche *RTDH* 1998 p. 721 note Priso S.

CEDH 21 avril 1998 requête n° 24550/94 Estima Jorge c/ Portugal *RTDC* 1998 p. 593 note Marguénaud J.-P.

CEDH 21 avril 1998 requête n° 22600/93 Daud c/ Portugal

CEDH 10 juillet 1998 requête n° 20390/92 et 21322/93 Tinelly and sons Ltd et autres et Mac Elduff et autres c/ Royaume-Uni

CEDH 10 juillet 1998 requête n° 26695/95 Sidiropoulos et autres c/ Grèce

CEDH 30 juillet 1998 requêtes n° 22985/93 et 23390/94 Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni

CEDH 30 juillet 1998 requête n° 25357/94 Aerts c/ Belgique

BIBLIOGRAPHIE

CEDH 24 août 1998 requête n° 26106/95 Benkessiouer c/ France

CEDH 2 septembre 1998 requête n° 22954/93 Ahmed et autres c/ Royaume-Uni

CEDH 28 octobre 1998 requête n° 22924/93 Aït-Mouhoub c/ France *Clunet* 1999 p. 271 obs. Bachelet O.

CEDH 28 octobre 1998 requête n° 28090/95 Perez de Rada Cavanilles c/ Espagne

CEDH 30 octobre 1998 requête n° 38212/97 F. E. c/ France

CEDH 21 janvier 1999 requête n° 26103/95 Geysseghem c/ Belgique

CEDH 21 janvier 1999 requête n° 30544/96 Garcia Ruiz c/ Espagne

CEDH 18 février 1999 requête n° 29515/95 Larkos c/ Chypre

CEDH 18 février 1999 requête n° 26083/94 Waite et Kennedy c/ Allemagne *Clunet* 2000 p. 102 obs. Tavernier P.

CEDH 18 février 1999 requête n° 24436/94 (...) Cable et autres c/ Royaume-Uni

CEDH 18 février 1999 requête n° 28934/95 Beer et Regan c/ Allemagne *Clunet* 2000 p. 102 obs. Tavernier P.

CEDH 18 février 1999 requête n° 24833/94 Matthews c/ Royaume-Uni *RUDH* 1999 p. 253 note Cohen-Jonathan G. et Flauss J.-F., *RTDH* 1999 p. 873 note Potteau A., *Europe* janvier 2000 p. 4 note Gori G. et Kauff-Gazin F., *RTDC* 1999 p. 918 obs. Marguénaud J.-P., *Clunet* 2000 p. 97 obs. P. T., *GACEDH* n° 60

CEDH 25 mars 1999 requête n° 31307/96 Iatridis c/ Grèce

CEDH 29 avril 1999 requêtes n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95 Chassagnou et autres c/ France *Clunet* 2000 p. 105 obs. Ph. G., *GACEDH* n° 59

CEDH 20 mai 1999 requête n° 21980/93 Bladet Tromso et Stensaas c/ Norvège

CEDH 28 juillet 1999 requête n° 22774/93 Immobiliare Safi c/ Italie *JCP* 2000.I.203 obs. Sudre F., *Dalloz* 2000.som.186 obs. Fricero N.

CEDH 28 octobre 1999 requête n° 28342/95 Brumarescu c/ Roumanie *Clunet* 2000 p. 127 obs. S. R.

CEDH 28 octobre 1999 requête n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96 Zielinski, Pradal et Gonzalez et autres c/ France *RTDC* 2000 p. 436 obs. J.-P. Marguénaud, *JCP* 2000.I.203.11 obs. F. Sudre, *GACEDH* n° 24

CEDH 8 décembre 1999 requête n° 28541/95 Pellegrin c/ France *Clunet* 2000 p. 139 obs. Tavernier P., *Dalloz* 2000 som. com. P.180 obs. Renucci J.-F., *JCP* 2000.I.203 n° 5 obs. Sudre F., *GACEDH* n° 19

CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96 Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie

CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97 Mazurek c/ France *Gaz. Pal.* 19-21 novembre 2000 p. 19 note Bollon N. et Portefaix M., *JCP* 2001 I.293.1 obs. Rubellin-Devichi J., *Clunet* 2001 p. 229 obs. P. Tavernier, *GACEDH* n° 44

CEDH 8 février 2000 requête n° 62435/00 Mac Gonnell c/ Royaume-Uni

CEDH 29 février 2000 requête n° 39293/98 Fuentès Bobo c/ Espagne

CEDH 6 avril 2000 requête n° 27644 Athanassoglou et autres c/ Suisse

CEDH 6 avril 2000 requête n° 26772/95 Labita c/ Italie

CEDH 6 avril 2000 requête n° 34369/97 Thlimmenos c/ Grèce *JCP* 2001.I.291.10 obs. Sudre F., *RTDC* 2000 p. 434 obs. Marguénaud J.-P., *AJDA* 2000 p. 537 obs. Flauss J.-F.

CEDH 27 avril 2000 requêtes n° 47457/99 et 47458/99 Armin Tiemann c/ France et Allemagne

CEDH 30 mai 2000 requête n° 24638/94 Carbonara et Ventura c/ Italie

CEDH 30 mai 2000 requête n° 31524/96 Belvédère Alberghiera SRL c/ Italie

CEDH 6 juin 2000 requête n° 34130/96 Morel c/ France

CEDH 31 juillet 2000 requête n° 35765/97 ADT c/ Royaume-Uni

CEDH 1^{er} août 2000 requête n° 36009/97 C. P. et autres c/ France

CEDH 19 septembre 2000 requête n° 40031/98 Gnahoré c/ la France *RTDH* 2001 p. 1063 note Puéchavy M.

CEDH 26 septembre 2000 requête n° 33170/96 Biba c/ Grèce

CEDH 3 octobre 2000 requête n° 28369/95 Camp et Bourimi c/ Pays-Bas

CEDH 3 octobre 2000 requête n° 35589/97 Kanoun c/ France

CEDH 5 octobre 2000 requête n° 33804/96 Mennitto c/ Italie

CEDH 5 octobre 2000 requête n° 32367/96 Apeh üldözötteinek szövetsége et autres c/ Hongrie

CEDH 26 octobre 2000 requête n° 30210/96 Kudla c/ Pologne *RTDC* 2001 p. 442 obs. J.-P. Marguénaud, *JCP* 2001.I.291.6 obs. F. Sudre, *RTDH* 2002 p. 169 note J.-F. Flauss, *Clunet* 2001 p. 191 obs. P. Tavernier, *GACEDH* n° 12 et 34

CEDH 26 octobre 2000 requête n° 43269/98 Leoni c/ Italie

BIBLIOGRAPHIE

- CEDH 26 octobre 2000 requête n° 30985/96 Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie
- CEDH 14 novembre 2000 requêtes n° 31819/96 et 33293/96 Annoni Di Gussola et autres c/ France
- CEDH 14 novembre 2000 requête n° 38437/97 Delgado c/ France
- CEDH 16 novembre 2000 requête n° 39442/98 SA « Sotiris et Nikos Koutras Attee » c/ Grèce
- CEDH 28 novembre 2000 requête n° 36350/97 Siegel c/ France
- CEDH 30 novembre 2000 requête n° 15919/89 Edoardo Palumbo c/ Italie
- CEDH 11 janvier 2001 requête n° 21463/93 Lunari c/ Italie
- CEDH 11 janvier 2001 requête n° 24650/94 P. M. c/ Italie
- CEDH 18 janvier 2001 requête n° 27238/95 Chapman c/ Royaume-Uni *Clunet* 2002 p. 292 obs. D. L.-D., *GACEDH* n° 39
- CEDH 30 janvier 2001 requête n° 54429/00 Xavier Couderc c/ République Tchèque
- CEDH 30 janvier 2001 requête n° 35683/97 Vaudelle c/ France *Clunet* 2002 p. 248 obs. I. S.
- CEDH 6 février 2001 requête n° 44599/98 Bensaïd c/ Royaume-Uni
- CEDH 13 février 2001 requête n° 29731/96 Krombach c/ France *Dalloz* 2001 IR p. 746, *Clunet* 2002 p. 249 obs. O. B.
- CEDH 20 mars 2001 requête n° 34989/97 Goedhart c/ Belgique *Clunet* 2002 p. 249 obs. O. B.
- CEDH 20 mars 2001 requête n° 50614/94 Taieb dite Halimi c/ France
- CEDH 22 mars 2001 requêtes n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98 Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne *Clunet* 2002 p. 278 obs. Ed. D.
- CEDH 26 avril 2001 requête n° 32911/96 Meftah c/ France
- CEDH 4 mai 2001 requête 28883/95 Mac Kerr c/ Royaume-Uni
- CEDH 10 mai 2001 requête n° 25781/94 Chypre c/ Turquie
- CEDH 10 mai 2001 requête n° 29392/95 Z. et autres c/ Royaume-Uni
- CEDH 10 mai 2001 requête n° 28945/95 T. P. et K. M. c/ Royaume-Uni
- CEDH 7 juin 2001 requête n° 39594/98 Kress c/ France *Clunet* 2002 p. 255
- CEDH 19 juin 2001 requête n° 28249/95 Kreuz c/ Pologne *JCP* 2001.I.342 obs. Sudre F., *JCP* 2001.I.291 obs. Sudre F.

CEDH 28 juin 2001 requête n° 24699/94 Vgt Verein Gegen Tierfabriken c/ Suisse

CEDH 12 juillet 2001 requête n° 42527/98 Prince Hans-Adam II de Lichtenstein c/ Allemagne *Clunet* 2002 p. 266 obs. P. T., *AJDA* 2001 p. 1064 obs. Flauss J.-F.

CEDH 12 juillet 2001 requête n° 44759/98 Ferrazzini c/ Italie *Clunet* 2002 p. 261 obs. P. T., *JCP* 2002.I.105.6 obs. Sudre F.

CEDH 17 juillet 2001 requête n° 39288/93 Association Ekin c/ France

CEDH 20 juillet 2001 requête n° 30882/96 Pellegrini c/ Italie *RTDH* 2002 p. 463 note Costa J.-P., *JCP* 2002.I.105.7 obs. Sudre F., *RTDC* 2001 p. 987 obs. Marguénaud J.-P., *AJDA* 2001 p. 1062 obs. Flauss J.-F., *RCDIP* 2004 p. 106 note Christians L.-L., *RDIDC* 2004 p. 231 obs. P. Marchal

CEDH 31 juillet 2001 requêtes n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 Refah Partisi c/ Turquie *Clunet* 2002 p. 308 obs. R. A., *JCP* 2002.I.105.16 obs. Sudre F., *RTDC* 2001 p. 979 obs. Marguénaud J.-P.

CEDH 11 octobre 2001 requête n° 47792/99 Rodriguez Valin c/ Espagne

CEDH 11 octobre 2001 requête n° 30943/96 Sahin c/ Allemagne *JCP* 2002.I.105.19 obs. Sudre F.

CEDH 16 octobre 2001 requête n° 38055/97 Eliazer c/ Pays-Bas *Clunet* 2002 p. 249 obs. O. B.

CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97 Al-Adsani c/ Royaume-Uni *Clunet* 2002 p. 273 obs. O. de F., *JCP* 2002.I.105 n° 8 obs. Sudre F., *RTDH* 2003 p. 139 note Flauss J.-F., *Dalloz* 2003 p. 1246 note Flauss J.-F.

CEDH 21 novembre 2001 requête n° 37112/97 Fogarty c/ Royaume-Uni *Clunet* 2002 p. 273 obs. O. de F., *JCP* 2002.I.105 n° 8 obs. Sudre F.

CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96 Mac Elhinney c/ Irlande *Clunet* 2002 p. 273 obs. O. de F., *JCP* 2002.I.105 n° 8 obs. Sudre F.

CEDH 20 décembre 2001 requête n° 27937/95 Bayrak c/ Allemagne

CEDH 21 décembre 2001 requête n° 31465/96 Sen c/ Pays-Bas *Clunet* 2002 p. 316 obs. J. B.-H., *JCP* 2002.I.105.12 obs. Sudre F.

CEDH 17 janvier 2002 requête n° 32967/96 Ciglio c/ Italie

CEDH 21 février 2002 requête n° 33499/96 Ziegler c/ Suisse

CEDH 26 février 2002 requête n° 45644/99 Kutzner c/ Allemagne

BIBLIOGRAPHIE

CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97 Fretté c/ France *Dalloz* 2002 p. 935, *JCP* 2002.10074 note Gouttenoire-Cornut A. et Sudre F., *Dalloz* 2002 p. 2569 obs. Courtin C., *JCP* 2002.I.153.6 obs. Marmisse A. ; *JCP* 2002.I.157.21 obs. Sudre F., *Droit de la famille* 2002 chron. n° 19 note Debet A.

CEDH 26 février 2002 requête n° 49384/99 Essaadi c/ France

CEDH 1^{er} mars 2002 requête n° 48778/99 Kutic c/ Croatie

CEDH 14 mars 2002 requête n° 47734/99 Adamogiannis c/ Grèce

CEDH 21 mars 2002 requête n° 38748/97 Immeubles Groupe Kossier c/ France

CEDH 9 avril 2002 requête n° 46726/99 Podkolzina c/ Lettonie *Clunet* 2003 p. 572 obs. E. Decaux

CEDH 16 avril 2002 requête n° 37971/97 Société Colas Est et a. c/ France *JCP* 2002.I.153.11 obs. Besrou B., *JCP* 2002.I.157.15 obs. Sudre F., *Dalloz* 2003 p. 527 obs. Birsan C.

CEDH 16 avril 2002 requête n° 36677/97 S. A. Dangeville c/ France

CEDH 18 avril 2002 requête n° 49144/99 Ouzounis c/ Grèce *Dalloz* 2002 p. 2572 obs. Fricero N.

CEDH 7 mai 2002 requête n° 46311/99 Mc Vicar c/ Royaume-Uni

CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88 Pretty c/ Royaume-Uni *JCP* 2002.I.153.6 obs. Marmisse A. ; *JCP* 2002.I.157.1 et 13 obs. Sudre F.

CEDH 21 mai 2002 requête n° 32872/96 Peltier c/ France

CEDH 4 juin 2002 requête n° 34462/97 Wessels-Bergervoet c/ Pays-Bas *JCP* 2002.I.157.22 obs. Sudre F.

CEDH 6 juin 2002 requête n° 51473/99 Katsaros c/ Grèce

CEDH 11 juin 2002 requêtes n° 25144/94, 26149/95, 26154/95, 27100/95, 27101/95 Selim Sadak et autres c/ Turquie

CEDH 20 juin 2002 requête n° 47760/99 Kosnikas c/ Grèce

CEDH 11 juillet 2002 requête n° 28957/95 Goodwin c/ Royaume-Uni *Dalloz* 2003 p. 525 obs. Birsan C., *GACEDH* n° 38

CEDH 11 juillet 2002 requête n° 25680/94 I. c/ Royaume-Uni *Dalloz* 2003 p. 525 obs. Birsan C.

CEDH 5 novembre 2002 requête n° 33711/96 Yousef c/ Pays-Bas

CEDH 12 novembre 2002 requête n° 47273/99 Bélès et autres c/ République Tchèque

CEDH 26 novembre 2002 requête n° 36541/97 Buchen c/ République Tchèque

CEDH 12 décembre 2002 requête n° 37290/97 Wittek c/ Allemagne

CEDH 19 décembre 2002 requête n° 35550/97 Auditore c/ Italie

CEDH 30 janvier 2003 requête n° 40877/98 Cordova c/ Italie,

CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98 Odièvre c/ France *RTDC* 2003 p. 375 note Marguénaud J.-P., *JCP* 2003.II.10049 note Gouttenoire-Cornut A. et Sudre F.

CEDH 13 février 2003 requêtes n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 Refah Partisi c/ Turquie *Clunet* 2004 p. 712 obs. E. Decaux

CEDH 20 février 2003 requête n° 47316/99 Forrer-Niedenthal c/ Allemagne *Dalloz* 2003 p. 2276 obs. C. Birsan

CEDH 12 mars 2003 requête n° 46221/99 Öcalan c/ Turquie *Dalloz* 2003 p. 2267 obs. Renucci J.-F.

CEDH 24 mars 2003 requêtes n° 36812/97 et n° 40104/98 Sylvester c/ Autriche

CEDH 10 avril 2003 requête n° 53401/99 Konti-Arvaniti c/ Grèce

CEDH 29 avril 2003 requête n° 56673/00 Iglesias Gil et A.U.I c/ Espagne

CEDH 27 mai 2003 requête n° 50342/99 Sanglier c/ France

CEDH 3 juin 2003 requête n° 33343/96 Pantea c/ Roumanie *Dalloz* 2003 p. 2268 obs. Renucci J.-F.

CEDH 17 juin 2003 requête n° 34647/97 Ruianu c/ Roumanie *Dalloz* 2003 p. 2270 obs. Haumont F.

CEDH 17 juin 2003 requête n° 61173/00 Lechoisne c/ France

CEDH 17 juin 2003 requête n° 62435/00 Pescador Valero c/ Espagne

CEDH 19 juin 2003 requête n° 28490/95 Hulki Gunes c/ Turquie

CEDH 26 juin 2003 requête n° 48206/99 Maire c/ Portugal

CEDH 10 juillet 2003 requête n° 58112/00 Multiplex c/ Croatie

CEDH 15 juillet 2003 requête n° 33400/96 Ernst et autres c/ Belgique

CEDH 15 juillet 2003 requête n° 50344/99 E. R. c/ France

CEDH 17 juillet 2003 requête n° 32190/96 Luordo c/ Italie

BIBLIOGRAPHIE

- CEDH 24 juillet 2003 requête n° 40016/98 Karner c/ Autriche *RTDC* 2003 p. 765 obs. J.-P. Marguénaud
- CEDH 23 septembre 2003 requête n° 36141/97 Sophia Gudrun Hansen c/ Turquie
- CEDH 25 septembre 2003 requête n° 45840/99 Bayle c/ France
- CEDH 25 septembre 2003 requête n° 50343/99 Pages c/ France
- CEDH 30 septembre 2003 requête n° 40892/98 Koua Poirrez
- CEDH 9 octobre 2003 requête n° 48321/99 Slivenko c/ Lettonie
- CEDH 27 novembre 2003 requête n° 65436/01 Hénaf c/ France
- CEDH 4 décembre 2003 requête n° 39272/98 M. C. c/ Bulgarie
- CEDH 11 décembre 2003 requête n° 37511/97 Di Matteo c/ Italie
- CEDH 11 décembre 2003 requête n° 47778/99 Bassani c/ Italie
- CEDH 10 février 2004 requête n° 42023/98 Gennadiy Naumenko c/ Ukraine
- CEDH 17 février 2004 requête n° 44158/98 Gorzelik c/ Pologne *Clunet* 2005 p. 538 obs. P. Tavernier
- CEDH 19 février 2004 requête n° 52662/99 Jorge Niva Jorge c/ Portugal
- CEDH 1^{er} avril 2004 requête n° 59584/00 Rivas c/ France
- CEDH 6 avril 2004 requête n° 75116/01 Karalyos et Huber c/ Hongrie et Grèce
- CEDH 8 avril 2004 requête n° 26307/95 Tahsin Acar c/ Turquie *Clunet* 2005 p. 497 obs. P. Tavernier
- CEDH 8 avril 2004 requête n° 71503/01 Assanidzé c/ Georgie
- CEDH 22 avril 2004 requête n° 7503/02 Neroni c/ Italie
- CEDH 27 avril 2004 requête n° 62543/00 Gorraiz Lizzaraga et autres c/ Espagne .
- CEDH 27 avril 2004 requête n° 39001/97 Maat c/ France
- CEDH 18 mai 2004 requête n° 67972/01 Somogyi c/ Italie
- CEDH 18 mai 2004 requête n° 58148/00 Société Plon c/ France *Clunet* 2005 p. 531 obs. A. Guedj
- CEDH 19 mai 2004 requête n° 70276/01 Goussinski c/ Russie *JCP* 2004.I.161.2 obs. F. Sudre

CEDH 27 mai 2004 requête n° 65545/01 Rizos et Daskas c/ Grèce

CEDH 22 juin 2004 requête n° 78028/01 Pini et Bertani c/ Roumanie *Dalloz* 2004 p. 3026 note J.-F. Renucci et I. Berro-Lefèvre, *Clunet* 2005 p. 519 obs. C. Renaut

CEDH 22 juin 2004 requête n° 31443/96 Broniowski c/ Pologne *RTDH* 2005 p. 203 note E. Lambert-Abdelgawad, *Clunet* 2005 p. 544 obs. P. Tavernier, *RRJ* 2005-2 p. 914 note F. Lazaud

CEDH 8 juillet 2004 requête n° 53924/00 Vo c/ France *JCP* 2005.II10.4 obs. M. Nadaud, *RTDC* 2004 p. 799 obs. J.-P. Marguénaud, *Dalloz* 2004 p. 2436 note J. Pradel, *JCP* 2004. II.10158 note M. Levinet, *Clunet* 2005 p. 501 obs. I. Moulier

CEDH 13 juillet 2004 requête n° 40786/98 Beneficio Cappella Paolini c/ Saint-Marin

CEDH 20 juillet 2004 requête n° 38805/97 W. K. c/ Italie

CEDH 27 juillet 2004 requêtes n° 55480/00 et 59330/00 Sidabras et Dziautas c/ Lituanie *AJDA* 2005 p. 542 obs. J.-F. Flauss, *Clunet* 2005 p. 524 obs. C. de la Hougue, *RTDH* 2005 p. 363 note S. Garcia-Jourdan

CEDH 10 novembre 2004 requête n° 56581/00 Sejdovic c/ Italie *AJDA* 2005 p. 544 obs. J.-F. Flauss, *Clunet* 2005 p. 483 obs. O. Bachelet, *JCP* 2005.I.103 obs. F. Sudre

CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96 Ünal Tekeli c/ Turquie *AJDA* 2005 p. 546 obs. Flauss J.-F., *Clunet* 2005 p. 527 obs. Eudes M., *RTDC* 2005 p. 343 obs. Marguénaud J.-P., *RJPF* 2005 n° 2 p. 14 note Meyzeaud-Garaud M.-C.

CEDH 16 novembre 2004 requête n° 31821/96 Issa et autres c/ Turquie *AJDA* 2005 p. 545 obs. J.-F. Flauss ; *Clunet* 2005 p. 477 obs. P. Tavernier

CEDH 20 décembre 2004 requête n° 50385/99 Makaratzis c/ Grèce *AJDA* 2005 p. 545 obs. J.-F. Flauss, *Clunet* 2005 p. 509 obs. M. Eudes

CEDH 22 décembre 2004 requête n° 68864/01 Merger et Cros c/ France *Clunet* 2005 p. 541 obs. Renaut C., *RTDC* 2005 p. 335 obs. Marguénaud J.-P.

CEDH 11 janvier 2005 requête n° 33695/96 Musmeci c/ Italie

CEDH 11 janvier 2005 requête n° 50774/99 Sciacca c/ Italie

CEDH 11 janvier 2005 requête n° 58580/00 Blücher c/ République Tchèque

CEDH 11 janvier 2005 requête n° 66289/01 Py c/ France *JCP* 2005.I.159 obs. Sudre F.

CEDH 3 février 2005 requête n° 54640/00 Sylvester c/ Autriche

CEDH 3 février 2005 requête n° 2577/02 Fociac c/ Roumanie

CEDH 4 février 2005 requêtes n° 46827/99 et 46951/99 Mamatkulov et Askarov c/ Turquie

CEDH 15 février 2005 requête n° 68416/01 Steel et Morris c/ Royaume-Uni *JCP* 2005.I.159 obs. Sudre F.

CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99 K. A. et A. D. c/ Belgique *JCP* 2005.I.159 obs. Sudre F., *RTDC* 2005 p. 341 obs. Marguénaud J.-P.

CEDH 31 mars 2005 requête n° 61517/00 Wallon c/ France

CEDH 31 mars 2005 requête n° 62740/00 Matheus c/ France *JCP* 2005.I.159 obs. F. Sudre

CEDH 12 mai 2005 requête n° 46221/99 Öcalan c/ Turquie *JCP* 2005.I.159 obs. F. Sudre

CEDH 31 mai 2005 requête n° 64330/03 Antunes Rocha c/ Portugal

CEDH 26 juillet 2005 requête n° 73316/01 Siliadin c/ France

CEDH 30 juin 2005 requête n° 45036/98 Bosphorus c/ Irlande *JCP A* 2005 n° 1311 note Szymczak D.

o Cour de justice des communautés européennes

CJCE 30 novembre 1976 aff. 21/76 SA G. J. et la fondation Rheinwater c/ SA Mines de potasse d'Alsace *RCDIP* 1977 p. 563 note Bourel P., *JDI* 1977 p. 728 obs. Huet A., *Dalloz* 1977 p. 613 note Droz G. A. L.

CJCE 14 décembre 1977 aff. 73/77 Theodorus Engelbertus Sanders c/ Ronald Van Der Putte

CJCE 11 juin 1985 aff. 49/84 Debaecker *Clunet* 1986 p. 461 obs. Bischoff

CJCE 4 février 1988 aff. 145/86 Hoffman *RCDIP* 1988 p. 598 note Gaudemet-Tallon H.

CJCE 27 septembre 1988 aff. 189/87 Kalfelis *Recueil* p. 5565

CJCE aff. 365/88 15 mai 1990 Kongress Agentur Hagen GmbH c/ Zeehage B V *Recueil* 1990 p. 1845 ; *RCDIP* 1990 p. 564 ; *Clunet* 1991 p. 499 obs. A. Huet

CJCE 3 juillet 1990 aff. 305/88 Isabelle Lancray S.A. *RCDIP* 1991 p. 161 note Droz G. A. L.

CJCE 2 juin 1994 affaire C-414/92 *Clunet* 1995 p. 466 obs. A. H.

CJCE 7 mars 1995 affaire C-68/93 Shevill *Clunet* 1995 p. 543 obs. Huet A., *Dalloz* 1996 p. 61 note Parléani G., *RCDIP* 1996 p. 487 note Lagarde P.

CJCE 10 octobre 1996 affaire C-78/95 *RCDIP* 1997 p. 555 note Droz G. A. L.

CJCE 27 octobre 1998 aff. C-51/98 La Réunion européenne SA c/ Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV *Rec.* p. 654, *RCDIP* 1999 p. 322 note H. Gaudemet-Tallon, *Clunet* 1999 p. 625 obs. F. Leclerc

CJCE 23 novembre 1999 affaire C-369/96 *RCDIP* 2000 p. 716 note Fallon M.

CJCE 28 mars 2000 affaire C-7/98 Dieter Krombach c/ André Bamberski *Gaz. Pal.* 2000 n° 275 p. 21 obs. Niboyet M.-L., *RCDIP* 2000 p. 481 note Muir-Watt H., *Clunet* 2001 p. 690, *JCP* 2001.I.342 obs. Sudre F., *JCP* 2001.II.10608 note Nourissat C., *RTDC* 2000 p. 944 obs. Raynard J.

CJCE 11 mai 2000 affaire C-38/98 SA Régie Renault c/ Maxicar Spa et Orazio Formento *RCDIP* 2000 p. 497 note Gaudemet-Tallon H., *Clunet* 2001 p. 696 obs. Huet A., *JCP* 2001.II.10608 note Nourissat C.

CJCE 1^{er} octobre 2002 aff. C-167/00 Verein Für Konsumenteninformation et Henkel

CJCE 9 décembre 2003 aff. C 116/02 Gasser *RCDIP* 2004 p. 444 note H. Muir-Watt, *Dalloz* 2004 p. 1046 note C. Bruneau, *Procédures* 2004 n° 3 p. 13 obs. C. Nourissat.

CJCE 27 avril 2004 aff. C-159/02 Turner *RCDIP* 2004 p. 654 note H. Muir-Watt, *Dalloz* 2004 p. 1919 note R. Carrier, *Procédures* 2004 n° 7 obs. C. Nourissat

CJCE 1^{er} mars 2005 aff. C-281/02 Owusu c/ Jackson

- Jurisprudence internationale

CIJ 7 septembre 1927 France c/ Turquie (affaire du Lotus) *Répertoire des documents de la Cour de La Haye. Tome I, Droit international et droit interne*, IUHEI n° 39 Série I 1922-1945, Droz, Genève, 1961

CIJ 6 avril 1955 Liechtenstein c/ Guatemala (affaire Notteböhm) *Recueil* 1955 p. 4

TEXTES

Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 www.un.org

Convention du 5 octobre 1957 d'aide mutuelle judiciaire, d'*exequatur* des jugements et d'extradition entre la France et le Maroc www.doc.diplomatie.gouv.fr

Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires www.hcch.net

Convention du 27 août 1964 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relative à l'*exequatur* et à l'extradition www.doc.diplomatie.gouv.fr

Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 www.unhchr.ch

Proclamation de Téhéran du 13 mai 1968 www.unhchr.ch

Convention européenne du 7 juin 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger <http://convention.coe.int>

Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969

Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 *O.A.S. Treaty Series n° 36, 1144 U.N.T.S. 123*

Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger www.hcch.net

Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière www.hcch.net

Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires www.hcch.net

Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux www.hcch.net

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 www.unhchr.ch

Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE n° L 266 du 9 octobre 1980 p. 1*

Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès internationale à la justice www.hcch.net

Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants www.hcch.net

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 26 juin 1981 www.unhchr.ch

Convention du 13 août 1981 entre la République française et le royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire www.doc.diplomatie.gouv.fr

Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 www.unhchr.ch

Charte arabe des droits de l'homme du 15 septembre 1994 *RUDH* 1995 p. 212

Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants www.hcch.net

Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOCE* n° L 160 du 30 juin 2000 p. 1

Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* n° L 12 du 16 janvier 2001 p. 1

Règlement (CE) n° 1206/2001 du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale *JOCE* L 174 du 27 juin 2001 p. 1

Directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières en matière civile et commerciale, *Procédures* 2003 n° 8/9 p. 3 obs. C. Nourissat

Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, *JOCE* n° L 338 du 23 décembre 2003 p. 1

Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *JOCE* n° L 143/15 du 30 avril 2004

Protocole n° 14 du 13 mai 2004 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention www.coe.int

INDEX

(les numéros renvoient aux paragraphes ; les numéros en gras renvoient à une série de paragraphes)

A

- Action en justice : 31, 65, 66
- Aide judiciaire : **52**, 345
- Airey* : 138, 285
- Akin* : 260, 262, 275
- Al Adsani* : 126, 127
- Arbitrage : 82, 86, 87
- Arrêts de la Cour EDH :
- autorité de chose jugée : 3
 - autorité interprétative : 3
 - caractère obligatoire : 3
- Articles de la CEDH :
- Article 1 : 73, 232, 330, 426, 428, 429, 432, 433, 436, 437, 438, 440, 472, 478, 491
 - Article 2 : 125, 338, 340
 - Article 3 : 279, 330, 338, 340, 380, 457
 - Article 4 : 338, 380
 - Article 5 : 125, 338, 380, 461
 - Article 6 : **15**, 219, 220, 256, 271, 274, 281, 285, 292, 293, 298, 301, 315, 317, 321, 332, 336, 338, 340, 342, 344, 347, 349, 361, 371, 380, 416, 448, 452, 453, **456**, 493, 494, 500
 - Article 7 : 380
 - Article 8 : 3, 101, 125, 186, 187, 215, 217, 247, 255, 261, 262, 277, 278, 279, 280, 287, 288, 292, 338, 340, 342, 353, 259, 362, 385, 405, 429, 430, 479, 482, 505, 509, 510, 512
- Article 9 : 251, 338, 340, 416
 - Article 10 : 338, 340, 351, 362, 390, 393, 465
 - Article 11 : 362
 - Article 12 : 186, 193, 202, 214, 215, 245, 251, 260, 262, 342, 360, 381, 405, 478, 486, 509
 - Article 13 : 413, **464**
 - Article 14 : 54, 101, 188, 189, 194, 246, 509
 - Article 15 : 114, 337, 340
 - Article 17 : 90, 125, 329
 - Article 18 : 90, 101, 125
 - Article 19 : 219, 278
 - Article 33 : 443
 - Article 34 : 242
 - Article 56 : 379, **384**, 428
 - Article 57 : 513
 - Article 1 Protocole 1 : 187, 232, 255, 261, 262, 280, 292, 340, 342, 362, 372, 405, 510
 - Article 2 Protocole 1 : 338
 - Article 3 Protocole 1 : 338, 340, 380
 - Article 2 Protocole 4 : 125, 342, 510
 - Article 3 Protocole 6 : 337
 - Article 5 Protocole n° 7 : 6, 246, 342, 372, 373, 416, 472, 486, 512
 - Article 1 Protocole 12 : 188, 225, 342, 499
 - Protocole n° 14 : 243
- Ashingdane* : 66, 84, 86, 90, 98, 111

B

B. A. : 133, 134, 157, 168, 170, 178

Bartin : 14, 310

Batiffol : 4, 191

Bayrak : 84, 85, 87, 133, 217

C

Caution *judicatum solvi* : 45, **48**, 371

CEDH

- action oblique quasi-délictuelle : 474
- applicabilité restreinte : **313**
- application directe : **506**
- effectivité : 1, 57
- effet direct : 3
- effet extraterritorial : 424, 444, 474
- effet indirect : 424, 474
- effets bilatéraux : 377, 392, 394, 412, 415
- extranéisation des effets : 313, 315, 328, 335, 337, 361, 474, 504, 507
- hiérarchie des droits : 114, 337
- limitations implicites : 90
- limitations inhérentes : **125**
- limitation systémique : 416
- méthodes d'interprétation : 1, 136, 158, 257, 277, 279, **403**
- notions autonomes : 21, 93
- obligations positives : 277, 281, 285, 287, 292, 298
- particularités nationales : **380**, 393
- primauté : 3
- proportionnalité : **116**
- protection par ricochet : 279, 281
- renonciation : 61, 83, 86, 180, 373, 480
- subsidiarité : 382, 444, 452
- superstructure procédurale des droits substantiels : **285**

Charia : 311, 368, 400

Clause d'élection du for : 61, 86, 180

Compétence internationale : **130**

- *actor sequitur forum rei* : 149, 169
- article 14 du Code civil : 101, 138, 139, 163, 174, 180
- article 15 du Code civil : 101, 138, 139, 174, 175, 180
- compétence quasi *in rem* : 80, 174
- compétence civile universelle
- compétence exclusive : 155, 175, 177
- ... et pouvoir juridictionnel : **23**, 73
- exigence d'un lien suffisant : **133**
- flexibilisation : **177**
- for exorbitant : 132, 139, 141, 161, 162, 174, 177, 181
- *forum actoris* : 149
- *forum arresti* : 80
- *forum patrimonii* : 80
- *forum rei* : 80
- incompétence dans les litiges entre étrangers : 18, 45
- option de compétence : 151
- transient rule : 180
- unilatéralisme : 17, 101, 180
- urgence : 71

Conflit :

- ... de civilisations : 310, 365, 407
- ... de conventions internationales : 513
- ... de droits de l'homme : 416
- ... de qualifications : 310

Connexité : 15

Contrôle européen :

- atténuation
 - o à l'égard des normes des États Parties : **388**
 - o à l'égard des normes des États tiers : **412**
- caractère concret : **365**
- objectivation : **242**, **365**

Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : 206, 207, 277, 278, 287, 288, 292

Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : 225, 226

Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès internationale à la justice : 54

Convention internationale :

- effet relatif : 425, 442
- réserves : 407

Culturalisme : 409

D

Déni de justice : 59, 70, 73, 121, 126, 280

- rattachement avec le for : 70

Déni de justice flagrant : 314, 336, 344, **345**, 361, 375, 412

Discrimination : **225**, **245**, **265**

- analogie des situations : 54, 189, **190**, 228, 266
- ... et ordre public de proximité : 499
- ... fondée sur la nationalité : 54, 101, 246, 499
- ... fondée sur le sexe : 101, 246, 372
- portée autonome : 188
- situation interne et situation internationale : **190**, 266

Divorce : 266, 267, 273

Droit à l'exécution des décisions de justice :

- ... et accès au juge : **75**
- ... et force exécutoire des jugements étrangers : **282**
- ... et reconnaissance des jugements étrangers : 273

Droit d'accès au juge :

- définition : 19, **44**
- conditions d'application : **21**

- o droit reconnu dans l'ordre interne : **27**

- o droits et obligations de caractère civil : **34**

- ... et droit à une décision sur le fond : **64**, 117, 139
- ... et exécution des décisions de justice : **75**, 117
- ... et exigence d'un lien suffisant : **138**
- ... et garanties procédurales : **59**, 120
- limitations implicites : **90**

Droit de prélèvement : 232

Droit international privé :

- coordination : 4
- ... et droit international public : 14, **159**
- matérialisation : **230**
- spécialisation : **224**

Droit international public :

- ... et droit international privé : 14, **159**
- principes généraux de ... : 157, 160, 161
- principes généraux du ... : 157, 160, 162

Droits de l'homme :

- relativité : **397**

Droz et Janousek : 320, 332, 333, 335, 338, 345, 347, 361, 370, 375, 413, 461, 462, 466, 474

DUDH : 2, 359, 397, 400, 401

Due process clause : 132, 144

E

Évolutionnisme : 409

Exigence d'un lien suffisant : **133**

- équité procédurale : 151, 170
- ... et droit au procès équitable : **142**

- ... et droit d'accès au juge : **138**, 180
- ... et droit international public : **157**
- ... et égalité des armes : **140**
- prévisibilité : 182

F

- Filiation : 225, 228, 246, 247, 359
- adoptive : 193, 195, 199, 201, 202, 203, 214, 215, 160, 162, 509
 - légitimation : 215
 - légitime : 207, 215

Fin de non recevoir : 31, 66, 67, 73, 180

Fogarty : 38, 42, 126, 127

Forum conveniens : 178, 179, 181

Forum non conveniens : 180, 181

Forum shopping : 151

G

Gill et Malone : 437, 475, 477, 479, 484

Golder : 59, 60, 71, 84, 90, 98, 125, 138, 143, 272

Grief défendable : 464, 465

H

Harmonie internationale des solutions : 13, 358

Hornsby : 76, 255, 273, 295

Hussin : 272, 280, 281

I

Ignacollo-Zenide : 278, 288

Iglesias Gil : 287

Immunité de juridiction : **23**, **31**, 73, 82, 95, 100, 112, 118, 122, 123, 125, 126, 127

Immunité d'exécution : 73, 79

Injonction anti-suit : 86

Injonction mareva : 504

Intérêt de l'enfant : 247, 291, 372, 407, 509

J

Juge naturel : 167

Jugement étranger

- droit à l'exécution : 273
- efficacité substantielle : 254, 255, 256, 258, 262, 263, 264, 265, 269, 270, 280, 296
- ... et droit au procès équitable : 272, **319**
- force exécutoire : 254, 256, **282**
- présomption de régularité : 274, 463
- procédure : **450**
- révision : 296, 323, 370, 466

L

lex rei sitae : 4

Limitation des droits :

- but légitime : **97**
- légalité : **93**
 - o existence de la loi : 94
 - o qualité de la loi : 95
- limitations implicites : **90**, 125
- limitations inhérentes : **125**
- limitation systémique : 416
- nécessité : **103**

Lindberg : 344, 347, 348, 350, 351, 361, 375, 376, 390, 393, 465, 470, 474

Litispendance : 15, 59, 139

Loi d'application immédiate : 4, 9, 203, 210, 225, **477**

- ... et application directe de la CEDH : 507

Loi d'autonomie :

- ... et CEDH : 217

Loi étrangère :

- dénaturation : 326
- interprétation : **325**
- preuve : 326

Loi Fondamentale allemande : 7, 240, 423, 507

M

Mac Elhinney : 123, 126, 127

Maire : 288

Marge nationale d'appréciation : 9, **105**, 312, 380

Mariage : 251

- putativité : 207, 215

N

Nécessités locales : **384**

O

Ordre juridique européen : 486

Ordre public européen : 314, 337, 338, 341, 342, 343, 515

- conflit de conventions : 513
- effet atténué : 314, 317
- effet plein : 314, 317
- fonction 341
- renonciation : 373

Ordre public international : 2, 4, 9, 215, 359, 367, 370, 372, 374, 385, 407, 411, 416, 430, **484**

- affinement : 491, 504, 505
- ... et application directe de la CEDH : 513
- ... de proximité : **498**
- ... de rattachement : 479
- effet atténué : 310, 323, 490, 491, 495
- effet plein : 310, 323, 490, 491
- procédural : **493, 500**
- ... réellement international : 485, 486

P

Pellegrini : 317, 319, 321, 347, 368, 413, 416, 462, 463, 474, 494

Pistre : 430, 439, 509

Polygamie : 310, 365, 367, 385, 386

Pordéa : 50, 371

Procès équitable : 143, **147**

- appréciation *in concreto* : 59, 148
- appréciation *in globo* : 49, 59, 148, 298, 452
- égalité des armes : **140**
- *exequatur* : 294
- exigence d'un lien suffisant : 133, **142**
- expertise : 413

R

Règle de conflit de lois : 214, 222, 225

- à coloration matérielle : 238, 247
- bilatérale : 210, 246
- ... et CEDH : **235**
- neutralité : **237**
- strictement unilatérale : 246

Règle matérielle : 201, 210, 214, 222

Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : 50, 59, 62, 173, 178, 180, 181, 182, 269, 298, 303, 485, **500**

Voies raisonnables : **119**, 126, 127
- caractère disponible : 121
- caractère raisonnable : 120
- domaine : 123

Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs : 59, 269

W
Waite et Kennedy : 23, 38, 41, 118, 120, 123, 127

W. K. : 294, 295

Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : 269, 510

Z
Zvoristeanu : 207, 215, 218, 353, 368, 375, 377, 390, 414, 435

Répudiation : 6, 310, 365, 367, 371, 373, 410, 416, 472

S

Simitch : 151

Soering : 317, 330, 331, 333, 335, 338, 345, 348, 361, 436, 435, 437, 457, 458

Substance des droits de la CEDH : **358**

Sylvester : 273, 294

T

Titre exécutoire européen : 303, 467

U

Urgence :
- compétence : 71

V

Vialaron : 372, 430, 439, 512

TABLES DES MATIÈRES

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	9
SOMMAIRE	13
INTRODUCTION.....	17
PREMIÈRE PARTIE LA CEDH, FACTEUR DE COORDINATION DES ORDRES JURIDIQUES.....	41
TITRE I LA COORDINATION JURIDICTIONNELLE.....	47
Chapitre I L'exigence d'un juge effectivement compétent.....	51
Section I L'internationalisation du contenu du droit d'accès au juge.....	52
§ I Le plein épanouissement de l'accès international à la justice.....	53
A L'applicabilité extensive du droit d'accès au juge	53
1 Le contournement des limites inhérentes à l'internationalité du litige	55
a Une analyse européenne des techniques du droit international privé.....	55
b Une analyse internationaliste des termes de la Convention	58
α La plasticité de la notion de droit reconnu dans l'ordre interne.....	59
β L'extension de la notion de droits et obligations de caractère civil aux rapports privés internationaux	64
2 Le contournement des limites classiques par l'internationalité du litige	69
B Le contrôle des obstacles à l'accès international à la justice.....	73
1 Le contrôle de la caution <i>judicatum solvi</i>	76
2 Le contrôle des conditions d'octroi de l'aide judiciaire	81
§ II Le développement limité de la compétence internationale	86
A Un accroissement potentiel de la compétence internationale.....	88
1 L'exclusion des garanties procédurales dans l'appréciation du droit d'accès au juge	88
2 L'intégration des garanties matérielles dans l'appréciation du droit d'accès au juge	95
a Le droit à une décision sur le fond	95
α La consécration du droit d'agir dans la jurisprudence européenne.....	96
β Les interactions entre le droit d'agir et la compétence.....	99
b Le droit à l'exécution de la décision sur le fond	106
B Le rejet de l'exigence d'une compétence civile universelle.....	115
Section II L'internationalisation des restrictions au droit d'accès au juge	126
§ I L'ajustement des limitations classiques à l'internationalité du litige	130
A L'adéquation de la légalité	130
B L'élargissement de la légitimité	136
C L'assouplissement de la nécessité	145
1 La marge nationale d'appréciation.....	147

a Les indices d'une marge étendue	148
b Les indices d'une marge étroite	150
α Le but de l'ingérence.....	150
β La nature du droit en cause	154
2 Le contrôle de proportionnalité	155
§ II L'adoption de limitations inhérentes au droit d'accès au juge	164
Chapitre II L'exigence d'un juge équitablement compétent.....	175
Section I Les fondements de l'exigence d'un lien suffisant.....	180
§ I Le droit général au procès équitable	181
A Un prolongement du droit au procès équitable	181
1 Un prolongement autonome du droit au procès équitable.....	183
a L'autonomie à l'égard du droit d'accès au juge	183
b L'autonomie à l'égard du principe de l'égalité des armes	186
2 Un prolongement original du droit au procès équitable.....	189
B La recherche d'un équilibre entre les parties.....	192
1 L'influence du droit au procès équitable.....	193
2 Un contrôle classique dans son essence	200
§ II Les principes généraux du/de droit international	206
A Une référence admissible	207
B Une référence contestable.....	210
Section II Le contenu de l'exigence d'un lien suffisant.....	216
§ I Une appréciation concrète de la compétence judiciaire internationale.....	216
A Les caractères de l'exigence d'un lien suffisant.....	217
B Le maintien d'une prévisibilité des solutions.....	222
§ II Un assouplissement de la compétence judiciaire internationale	229
CONCLUSION DU TITRE I.....	245
TITRE II LA COORDINATION NORMATIVE.....	247
Chapitre I Les situations créées dans le for.....	251
Section I L'étendue de la liberté de recourir à une méthode de coordination.....	253
§ I L'analogie des situations interne et internationale.....	255
A Le caractère critiquable de l'affirmation implicite de l'analogie	255
1 Au regard du droit européen des droits de l'homme	258
2 Au regard du droit international privé.....	259
B Le caractère bénéfique des conséquences de l'analogie.....	263
§ II La négation de l'internationalité de la situation	267
Section II L'étendue de la liberté de choisir une méthode de coordination.....	272
§ I Un contrôle réduit sur la nature de la méthode de coordination	274
A Une indifférence quant à l'origine de la réglementation sur le fond.....	274
B Une indifférence quant au fonctionnement de la méthode de coordination...	281
§ II Un contrôle modéré sur le contenu de la méthode de coordination	283

A La spécialisation des règles du droit international privé	284
1 Une spécialisation contenue	284
2 Une spécialisation provoquée.....	288
B La matérialisation des règles du droit international privé	292
1 L'évaluation de la réglementation substantielle.....	295
2 L'évaluation des règles de conflit de lois.....	296
a Les conditions de l'évaluation.....	296
α L'effacement de la neutralité de la règle de conflit.....	296
β L'objectivation du contrôle européen	303
b La teneur de l'évaluation.....	306
 Chapitre II Les situations créées à l'étranger	 319
Section I La promotion de la reconnaissance <i>de plano</i> des décisions étrangères	323
§ I La consécration d'une faculté de reconnaissance <i>de plano</i>	324
A La nécessaire intervention de l'ordre juridique requis	325
B La singularité de la situation créée à l'étranger	333
§ II L'esquisse d'une obligation de reconnaissance <i>de plano</i>	336
A L'hypothèse d'un droit direct à la reconnaissance <i>de plano</i>	337
B L'émergence d'un droit indirect à la reconnaissance <i>de plano</i>	343
Section II L'accélération de l'exécution des décisions étrangères.....	351
§ I La perspective d'une libéralisation accrue de l'octroi de la force exécutoire... 352	
A L'influence de la superstructure procédurale des droits substantiels	352
1 Les obligations de l'État d'origine de la décision	353
2 Les obligations de l'État requis	355
B L'influence du droit à l'exécution des décisions de justice.....	359
§ II Vers une force exécutoire <i>de plano</i>	364
 CONCLUSION DU TITRE II	 369
 CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	 371
 SECONDE PARTIE LA CEDH, FACTEUR DE PROTECTION DES ORDRES JURIDIQUES.....	 373
 TITRE I LA DÉFINITION EUROPÉENNE DE LA PROTECTION	 379
Chapitre I Approche critique de l'applicabilité restreinte de la CEDH	385
Section I Opportunité des fondements de l'applicabilité restreinte	387
§ I La spécificité du fait générateur de la responsabilité étatique	387
A La décision étrangère.....	389
1 La procédure étrangère.....	389
2 Les effets substantiels.....	391
B La loi étrangère	392
§ II La préservation du développement de la coopération interétatique	398
A La coopération interétatique inspirée par l'intérêt général.....	399

B La coopération interétatique inspirée par les intérêts individuels	400
Section II Inopportunité des manifestations de l'applicabilité restreinte	403
§ I L'incertitude de la sélection primaire	405
§ II L'incertitude de la sélection secondaire	413
A La réduction du droit au procès équitable	414
B La réduction des autres clauses normatives.....	421
Chapitre II Recherche d'une variation dans l'application de la CEDH	423
Section I Le rejet d'une variation fondée sur la substance des droits	425
§ I Les lacunes de la notion de substance.....	426
§ II L'indispensable maintien d'un contrôle concret	433
A La prise en compte du droit étranger.....	434
B La prise en compte des circonstances concrètes du litige	440
Section II L'approfondissement d'une variation fondée sur l'origine de la norme étrangère	450
§ I Les normes des États Parties	452
A La préservation du pluralisme	453
1 Le respect des particularités nationales	453
2 Le respect des nécessités locales	459
B L'atténuation du contrôle européen	465
1 Le principe de l'atténuation.....	466
2 Les modalités de l'atténuation.....	467
§ II Les normes des États tiers	470
A La relativité des droits de l'homme	470
1 La contingence de la conception des droits de l'homme	472
a Le régionalisme	473
α L'affirmation régionale des droits de l'homme	473
β L'interprétation régionale des droits de l'homme	476
b L'altération de l'universalisme.....	481
2 La contingence de la conception de l'homme dans la société.....	484
B L'atténuation du contrôle européen.....	488
CONCLUSION DU TITRE I.....	499
TITRE II LA RÉALISATION INTERNE DE LA PROTECTION	501
Chapitre I Permanence de la responsabilité étatique face aux normes étrangères	503
Section I Une responsabilité face à l'ensemble des lois étrangères	505
§ I Les faiblesses originelles du fondement de la protection du for.....	506
A Les lacunes de la primauté et de l'effet direct.....	507
B Une sollicitation erronée du droit interne	510
§ II Une protection fondée sur le lien de juridiction	512
A La justification du principe de la responsabilité de l'État requis	513
B La justification de l'exclusivité de la responsabilité de l'État requis	517

TABLE DES MATIÈRES

Section II Une responsabilité face à l'ensemble des décisions étrangères.....	520
§ I L'obligation de contrôler le respect de la CEDH à l'étranger	521
A Les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité.....	522
B La justification de la mise en œuvre de la responsabilité.....	524
1 Rejet d'une justification fondée sur l'article 6 de la CEDH	525
a Rejet d'une participation de l'État requis à la violation de l'article 6 CEDH	525
b Rejet d'une obligation de contrôle dérivée de l'article 6 CEDH	528
2 Un contrôle imposé par l'article 13 CEDH.....	533
§ II L'obligation de respecter la CEDH dans le for requis.....	539
 Chapitre II Ajustement nécessaire des mécanismes du droit international privé interne aux exigences européennes	 545
 Section I L'application de la CEDH par les mécanismes classiques du droit international privé	 546
§ I L'inadaptation de la méthode des lois d'application immédiate	547
A Les obstacles pratiques.....	548
B Les obstacles théoriques	552
§ II Le recours à l'ordre public international	554
A Le rapprochement de la CEDH et de l'ordre public international	555
B Les modalités de l'intégration de la CEDH au sein de l'ordre public international.....	558
1 Le recours au mécanisme classique de l'ordre public international.....	559
a L'ordre public substantiel.....	559
b L'ordre public procédural.....	563
2 Les tentatives d'adaptation de l'ordre public international.....	566
a L'ordre public substantiel.....	567
b L'ordre public procédural.....	570
 Section II L'application directe de la CEDH par un mécanisme autonome	577
§ I Signification de l'application directe de la CEDH	578
§ II Manifestations de l'application directe de la CEDH.....	579
A Distinction de la CEDH et de l'ordre public international.....	579
B Référence autonome et exclusive à la CEDH.....	582
 CONCLUSION DU TITRE II	589
 CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	591
 CONCLUSION	593
 BIBLIOGRAPHIE	597
 INDEX	665
 TABLES DES MATIÈRES	671