

DROIT CONSTITUTIONNEL ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PAR

FRANÇOIS RIGAUX

La partie du droit constitutionnel qui exerce une influence sur le droit international privé est celle qui a pour objet le contrôle de la constitutionnalité de la loi et, le cas échéant, des décisions judiciaires. En tant que branche du droit étatique, le droit international privé doit satisfaire aux exigences de validité fixées par les normes constitutionnelles et, notamment, respecter les droits fondamentaux. Encore faut-il que le droit interne ait admis et organisé une forme de contrôle de la constitutionnalité de la loi. C'est dans les limites d'une telle hypothèse qu'il y a lieu de s'interroger sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit international privé.

I. – L'étranger comme le national

La nationalité des personnes (physiques ou morales) est l'une des sources de l'élément étranger qui rend une situation justiciable du droit international privé. Une première question est de savoir si la constitution d'un Etat garantit certains droits aux étrangers ou, plus exactement, si les recours en inconstitutionnalité ouverts par le droit interne sont accessibles aux étrangers comme aux nationaux. Dès la seconde moitié du XIX^e siècle la Cour suprême des Etats-Unis a répondu par l'affirmative (1). La solution est d'autant plus

(1) Jurisprudence constante depuis *Yick Wo v. Hopkins*, 118 (11 Davis) 356 US (1885). Les décisions ultérieures n'écartent pas toute classification défavorable aux étrangers, notamment en ce qui concerne l'accès à une fonction publique : *Sugarman v. Dougall*, 413 US 634 (1973) ; *Foley v. Connelie*, 435 US 291 (1978) ; *Ambach v. Norwick*, 441 US 68 (1979). Deux décisions plus récentes défavorables quant au fond admettent implicitement que les demandeurs d'asile peuvent faire valoir leurs droits devant les juridictions fédérales : *United States Department of State v. Ray*, 112 S Ct 541 (1991) ; *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 113 S Ct 2549 (1993).

notable que jusqu'à l'adoption du XIII^e amendement (qui abroge l'esclavage) et du XIV^e (qui impose aux Etats le respect de la *due process clause*) la Cour suprême avait refusé l'exercice d'un tel recours aux esclaves et à leurs descendants, même affranchis (2). L'argument utilisé à cette fin avait consisté à exclure les Noirs (et les Indiens) du peuple (*people*) au nom duquel et en faveur duquel la Constitution de 1791 avait été adoptée. Or, les étrangers n'appartiennent pas non plus au « peuple » et ils ne descendent pas du peuple qui est à l'origine du pacte fondamental. Ils ne sont pas membres de la société politique ayant posé les fondements de l'Etat, étant, selon la forte expression athénienne, « venus après » (métèques) (3).

Dans les pays qui ont plus récemment que les Etats-Unis instauré un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la loi, la même solution libérale est en principe retenue. Tel est, par exemple, le cas en Allemagne (4), en Belgique (5) et en France (6).

II. – Les normes constitutionnelles distinguant les nationaux des étrangers

La distinction entre le national et l'étranger n'est pas incon nue des textes constitutionnels. Soit que, comme l'a rappelé le Bundesverfassungsgericht, certains droits garantis par la constitution sont le privilège exclusif des nationaux (7), soit, au contraire, qu'une norme constitutionnelle vise expressément la condition spécifique des étrangers. Dans la constitu-

(2) *Dred Scott v. Sandford*, 60 (19 How) 393 US (1857).

(3) Il s'agit des étrangers domiciliés à Athènes et absorbés par la cité : *Dictionnaire illustré de la mythologie et des antiquités grecques et romaines* par Pierre LAVEDAN (Hachette, 1931), V^e Métèques.

(4) BVerfG, 4 mai 1971, *BVerfGE* 31, 58, 67 ; 30 novembre 1982, *BVerfGE* 62, 323, 329. Selon le second arrêt la protection accordée au mariage par l'article 6 I GG s'étend à l'union contractée par des étrangers selon le droit étranger (330).

(5) Cour d'arbitrage 5 juillet 1990, *Rev. crit. jur. belge*, 1991, 621 ; n^o 4/96, 9 janvier 1996, *Moustapha Chairi, Arrêts*, 1996, p. 21, B.3.

(6) Conseil constitutionnel, 12-13 août 1993, 93-325 DC, RJC-539, reproduit dans Louis Favoreu et Loïc PHILIP, *Les grands arrêts du Conseil constitutionnel* (Paris, Sirey, 7^e éd., 1993), p. 827. La même décision reconnaît aussi la liberté du mariage comme un droit constitutionnel dont les étrangers peuvent se prévaloir.

(7) BVerfG 4 mai 1971, *BVerfGE* 31, 67. Dans le même sens, Conseil constitutionnel, 12-13 août 1993 (note 6), § 3.

tion belge de 1831, l'article 128 avait ce caractère, en habilitant le législateur à priver l'étranger de la jouissance de certains droits. La garantie ainsi donnée à l'étranger était double : d'une part, il pouvait se prévaloir de tous les droits constitutionnels dont il n'était pas exclu par la constitution elle-même et, de l'autre, seul le législateur pouvait lui imposer des restrictions supplémentaires (8).

Une variété particulière de norme constitutionnelle protégeant certains droits spécifiques des étrangers est la clause d'asile, particulièrement libérale dans la Loi fondamentale allemande de 1949 mais considérablement réduite depuis (9), la Constitution française ayant récemment fait l'objet d'une révision analogue (10).

Durant les phases paisibles du XIX^e siècle où les étrangers circulaient librement et jouissaient sans contrôle de la quasi-totalité des droits civils (11), leur condition n'était pas sans analogie avec celle des femmes. Comme celles-ci, ils étaient privés de la jouissance des droits politiques, et l'accès à la fonction publique et à certaines professions leur étaient refusé mais pour le surplus les femmes et les étrangers jouissaient des libertés fondamentales telles qu'elles étaient alors pratiquées dans une poignée d'Etats démocratiques. La différence la plus notable portait sur la fragilité du droit de séjour de l'étranger que l'Etat avait le pouvoir d'éloigner de son territoire (12). Même après l'entrée en vigueur du XIV^e amendement, les femmes ne réussirent pas à obtenir que le principe d'égalité devant la loi (*equal protection clause*) fût appliqué aux discriminations sexuelles ni en ce qui concerne l'exercice des droits

(8) F. RIGAU et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, *Droit positif belge* (Larcier, Bruxelles, 2^e éd., 1993), n^o 593. Le même texte figure aujourd'hui sous l'article 191 de la Constitution du 17 février 1994.

(9) Art. 16a GG introduit par la loi de révision constitutionnelle du 28 juin 1993 (*BGBI.* I, 1002) a aussi abrogé la deuxième phrase de l'article 16 II.

(10) Sur cette révision, voy. notamment FAVOREU/PHILIP (note 6), pp. 851-853.

(11) Voir notamment Richard PLENDER, *International Migration Law* (Martinus Nijhoff, rev. 2d ed., 1988), pp. 62-74.

(12) A la différence des nationaux que plusieurs textes internationaux, notamment l'article 13, alinéa 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 protègent contre le bannissement. Une discrimination fondée sur la nationalité quand elle porte sur un des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme est incompatible avec l'article 14 : CEDH, 16 septembre 1996, *Aff. Gaygusuz c. Autriche, Recueil des arrêts et décisions*, 1996, IV, n^o 14, p. 1129.

politiques (13) ni pour l'accès à la profession d'avocat (14). En Belgique, à la même époque, la Cour de cassation refuse à Marie Popelin le droit de s'inscrire au barreau et bien que le problème soit posé et résolu sur le terrain de l'interprétation de la loi plutôt que celui du principe d'égalité inscrit dans l'article 6 de la Constitution (15), les deux juridictions se laissent déterminer par une conception archaïque du partage des rôles entre l'homme et la femme, que la Cour suprême des États-Unis n'hésite pas à imputer au Créateur (16), tandis que notre Cour de cassation s'abrite derrière la tradition romaine et refuse de donner au texte de la loi une interprétation cependant usuelle selon laquelle l'emploi du masculin dans les textes juridiques couvre les deux sexes (17).

III. – Les conditions auxquelles est subordonnée la jouissance des droits constitutionnels par les étrangers

L'inclusion des étrangers parmi les titulaires de droits constitutionnels est en harmonie avec le domaine d'application de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée à Rome le 4 novembre 1950. Les États contractants se sont engagés à garantir les droits et libertés reconnus à toute personne relevant de leur juridiction. Cela inclut bien évidemment les étrangers et les apatrides même s'ils n'ont pas la nationalité d'un État contractant (18). Au demeurant, à l'instar des constitutions nationales, la Convention permet aux États de restreindre, dans les matières qu'elle désigne, les droits des étrangers (19). La Cour européenne des droits de l'homme fait prévaloir le droit au respect de la vie familiale (art. 8) sur le pouvoir de l'État d'éloigner

(13) *Minor v. Happersett*, 21 Wall. 162, 22 L Ed 627 (1875).

(14) *Bradwell v. Illinois*, 16 Wall 130, 21 L Ed 442 (1873).

(15) Cass. (1^{re} ch.), 11 novembre 1889, *Marie Popelin, Pas.*, 1890, I, 10.

(16) 16 Wall 141 : *This is the law of the Creator.*

(17) *Pas.* 1890, I, 17.

(18) Ainsi, dans l'affaire *Soering* (CEDH, 7 juillet 1989, *Publications de la Cour*, série A, vol. 161) qui concernait la demande d'extradition vers les États-Unis d'un Allemand exposé à la peine de mort, le gouvernement fédéral a exercé le droit de protection prévu par l'article 48, b. La complice de nationalité canadienne aurait pu déposer une requête auprès de la Commission sans qu'aucun gouvernement pût agir en sa faveur.

(19) Outre l'article 16, voy. l'article 5, paragraphe 1.

de son territoire un étranger ainsi séparé de sa famille quand le lien avec le pays d'accueil est suffisamment intense et à condition que les motifs de la décision d'expulsion ne soient pas trop graves (20) et, dans un cas où elle n'a pas retenu la violation de l'article 8, elle a cependant décidé que les règles différentes appliquées à la réunion des époux selon le sexe du conjoint sollicitant l'accès au Royaume-Uni étaient contraires à l'article 14 (21).

Quel lien avec le territoire d'un État un étranger doit-il justifier pour y exercer ses droits constitutionnels ? L'ampleur de ces droits est évidemment mesurée par l'étendue de la compétence étatique elle-même. Deux situations extrêmes ne laissent aucune place au doute. L'étranger qui réside régulièrement sur le territoire d'un État y jouit de tous les droits dont il n'est pas légalement privé. Les garanties procédurales minimales (*procedural due process*) appartiennent à quiconque : l'étranger en séjour illégal ou celui qui est accusé d'une infraction ne peuvent être torturés, tant qu'ils relèvent de la compétence de l'État ils ont droit au procès équitable. Les cas les plus difficiles ont pour objet l'étranger qui a pénétré illégalement sur le territoire de l'État et le demandeur d'asile, ainsi que l'extension des garanties constitutionnelles aux actes accomplis en dehors du territoire de l'État. Sur ces divers points l'évolution récente de la jurisprudence américaine est assez restrictive (22).

Dans l'arrêt déjà cité du 9 janvier 1996, la Cour d'arbitrage a soumis au respect du principe d'égalité modalisé par le principe de proportionnalité les conditions auxquelles le droit à l'immigration familiale pourrait être exercé au profit d'un

(20) Voir O. DE SCHUTTER, « La souveraineté de l'État et les droits de la personne immigrée », *Revue des droits des étrangers*, 1995, 261 ; J. CALLEWAERT, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'éloignement des étrangers », *ibid.*, 1996, 607-611 ; CEDH, 26 mars 1992, *Beldjoudi c. France*, *Publications de la Cour*, Série A, vol. 234, p. 4 ; *Rev. trim. dr. h.*, 1993, 445, note J.-Y. CARLIER.

(21) 22 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, *Publications de la Cour*, Série A, vol. 94, p. 4.

(22) *United States v. Alvarez-Machain*, 119 L Ed 2d 441 (1992), l'opinion de la majorité étant suivie de l'opinion dissidente très critique des juges Stevens, Blackmun et O'Connor. Il s'agissait de l'enlèvement d'un Mexicain au Mexique que la majorité de la Cour n'a pas jugé contraire au traité d'extradition entre les deux États.

époux qui, pas plus que son conjoint, n'avait la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne. La disposition de l'article 10, 4°, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, dont la conformité à ces principes était contestée a échappé à la censure de la juridiction constitutionnelle sous le bénéfice d'une interprétation restrictive du pouvoir reconnu à l'administration. Bien que la Cour d'arbitrage n'ait en principe pas compétence pour interpréter les lois ordinaires, elle détermine l'interprétation sous laquelle une disposition législative résiste à l'épreuve de constitutionnalité et, ce faisant, elle inspire aux cours et tribunaux et au Conseil d'Etat les limites dans lesquelles doit demeurer l'application de cette norme. Une autre restriction à la compétence de la Cour d'arbitrage est également surmontée dans le même arrêt : le respect du principe d'égalité est contrôlé non seulement au regard des articles 10 et 11 de la Constitution mais aussi selon les exigences de l'article 22 de la Constitution et même de l'article 8 de la Convention européenne. Or il s'agit de normes qui n'appartiennent pas directement à la catégorie de celles dont la Cour d'arbitrage est habilitée à censurer la violation, la seconde appartenant même à un traité international, de plus on voit se profiler ici ce qu'on appelle en droit constitutionnel américain *substantive due process of law*, à savoir l'extension du contrôle de constitutionnalité à la conformité de la loi à une disposition substantielle, en l'espèce le droit au respect de la vie privée. Cela paraît excéder la mission explicitement conférée à la Cour d'arbitrage par l'article 142 de la Constitution : seuls les conflits de répartition de compétence entre les différents législateurs et la transgression des articles 10, 11 et 24 de la Constitution donnent ouverture à l'une des actions formées devant la juridiction constitutionnelle. Observer que la Cour a tendance à élargir l'exercice de ses compétences n'est pas faire une critique mais énoncer une constatation d'autant plus innocente que toutes les juridictions investies d'un contrôle de légalité ou de constitutionnalité l'exercent au premier chef pour la détermination de l'ampleur et de la nature de leurs propres pouvoirs.

IV. – Contrôle de constitutionnalité sur l'application de la loi étrangère et exception d'ordre public

Que l'exception d'ordre public fasse obstacle à l'application d'une loi étrangère déclarée applicable en vertu de la règle de conflit de lois du tribunal saisi est une solution familière aux praticiens du droit international privé et dont Kahn et Bastin ont proposé la première synthèse doctrinale (23). La solution est d'autant mieux attestée qu'elle permet, selon des opinions autorisées (24), de déroger à l'application d'une règle de droit international privé appartenant à un traité international en l'absence même de clause dérogatoire expresse (25). Cela explique pourquoi les conventions récentes se sont efforcées de restreindre le champ d'application de l'exception par le recours à des expressions telles que « manifestement incompatible avec l'ordre public » (26). Il est plus exceptionnel que la clause soit implicitement mais certainement écartée (27).

Parmi les hypothèses classiques de mise en œuvre de l'exception d'ordre public, il en est qui coïncident avec la protection d'un droit fondamental. Tels le refus de reconnaissance d'un jugement étranger n'ayant pas respecté les droits de défense de la personne condamnée par défaut (28), l'empêchement de mariage fondé sur la différence de race (29). En principe, il appartient au juge ordinaire d'identifier dans l'ordonnement constitutionnel un tel effet d'irradiation sur le

(23) Pour les deux auteurs, l'exception d'ordre public est un des trois obstacles à l'universalisation des règles de conflit de lois. Pour les références, F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I^{er}, *Théorie générale*, n° 507.

(24) Notamment les opinions individuelles des juges Sir Hersch Lauterpacht et Morero Quintano sous l'arrêt *Boll* du 28 novembre 1958, CIJ, *Recueil*, 1958, pp. 91-92 et p. 103.

(25) Telle était l'opinion des délégués des Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, selon le rapport du professeur de Winter, *Documents relatifs à la huitième session*, pp. 130-131.

(26) Selon la pratique actuelle de la Conférence de La Haye, voir Rigaux (note 23), n° 526.

(27) Tel est le cas pour la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant dont l'article 20 limite le refus du retour de l'enfant au respect des « principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

(28) Références dans F. RIGAUX (note 23), n° 526.

(29) Yvon LOUSSOUARN et Pierre BOUREL, *Droit international privé* (Paris, Dalloz, 5^e éd.), n° 306.

droit privé (30). Il aurait été étonnant que l'exception d'ordre public ne dût pas trouver appui dans les libertés fondamentales quand une des parties à une relation privée peut invoquer contre l'autre le respect dû à une liberté constitutionnelle. On ne saurait cependant parler à ce propos d'effet-réflexe (*Drittwirkung*) du droit constitutionnel alors qu'il s'agit seulement du devoir du juge d'appliquer la loi ordinaire (en l'occurrence la modalité apportée à la règle de conflit de lois par l'exception d'ordre public) en prenant en considération la défense de transgresser la constitution dont il est destinataire en tant qu'organe de l'autorité publique (31).

Ce n'est que si le juge ordinaire n'a pas fait jouer l'exception d'ordre public pour évincer l'application d'une loi étrangère ayant pour conséquence la violation d'une liberté tenue pour fondamentale dans l'Etat du for que, dans les pays où un recours en inconstitutionnalité peut être dirigé contre une décision judiciaire, il existe une ouverture à pareil recours qui, selon le Tribunal constitutionnel fédéral allemand, est de nature subsidiaire : en effet, c'est au juge ordinaire et, le cas échéant, à la juridiction de cassation (*Revision*) qu'il appartient d'appliquer au litige dont ils sont saisis les normes constitutionnelles pertinentes (et les règles de la Convention européenne qui les doublent) (32). Dans les systèmes juridiques qui, tel le système belge, n'ont pas organisé un recours en inconstitutionnalité contre les décisions judiciaires, il est toutefois loisible aux cours et tribunaux et au Conseil d'Etat de soumettre à la juridiction constitutionnelle une question pré-judicielle d'interprétation de la norme supérieure impliquée dans la solution du litige.

Selon le Bundesverfassungsgericht l'application de la loi nationale qui interdit à un Espagnol d'épouser une Allemande

(30) *Ausstrahlung der Grundrechte auf das Privatrecht*, selon BVerfG, 4 mai 1971, « *Spanier* » *Entscheidung*, BVerfGE 31, 58, 77.

(31) La jurisprudence constitutionnelle allemande n'a jamais entériné la doctrine constitutionnelle de la *Drittwirkung*. Voir les références dans F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité* (Bruxelles, Bruylant ; Paris, LGDG, 1990), n^{os} 601-608.

(32) BVerfG 8 janvier 1985, BVerfGE 68, 384, 388-389. Il en résulte aussi que le recours n'est pas recevable si le requérant n'a pas épuisé les autres voies de droit (*das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs*) ou qu'il ne se soit pas prévalu devant le juge ordinaire de l'argument d'inconstitutionnalité.

divorcée est incompatible avec la liberté du mariage garantie par l'article 6 I de la Loi fondamentale (33). Est dès lors annulée la décision judiciaire qui a refusé l'octroi de la dispense prévue par l'article 10, paragraphe 2, de la loi sur le mariage du 20 février 1946, au profit du ressortissant étranger qui ne peut obtenir le certificat d'aptitude au mariage (*Ehefähigkeitszeugnis*) requis par le paragraphe 1^{er} du même article. Dans la partie du dispositif qui renvoie la cause au juge ordinaire, le Tribunal constitutionnel fédéral indique les solutions entre lesquelles ce juge peut choisir (34). L'une de celles-ci aurait permis de faire l'économie du problème de constitutionnalité. Une interprétation plus souple de l'article 13 I EGBGB qui prévoit l'application distributive des lois nationales respectives de chacun des futurs époux à l'aptitude au mariage aurait permis de juger excessive la prétention du droit espagnol d'interdire le mariage d'un Espagnol avec une étrangère dont le mariage avait été régulièrement dissous conformément à sa loi nationale. L'empêchement de mariage fondé sur l'indissolubilité absolue des unions précédentes doit-il être tenu pour bilatéral, c'est-à-dire communiquer au partenaire éventuel un obstacle que son statut personnel ne prévoit pas ? Une autre méthode, également évoquée dans l'arrêt, a pour objet les effets dans l'ordre juridique allemand de la décision judiciaire allemande ayant prononcé le divorce de deux Allemands. Chacun de ceux-ci est tenu pour apte au remariage et leur divorce est opposable à quiconque en Allemagne sauf, précisément, à l'homme avec lequel l'ex-épouse veut convoler. Et le Tribunal d'avancer au cœur même de sa motivation un argument propre à la méthode du droit international privé : face à ce conflit entre l'harmonie internationale et la cohérence interne, c'est la seconde qui doit l'emporter (35). Sous-jacent au conflit de lois du droit international privé apparaît un conflit interne : entre une interprétation rigide de la règle de conflit déclarant la loi espagnole applicable et la règle de droit judiciaire selon laquelle le divorce prononcé dans l'ordre juridique

(33) BVerfG 4 mai 1971, « *Spanier* » *Entscheidung*, BVerfGE 31, 58, 68.

(34) BVerfGE 31, 86.

(35) BVerfGE 31, 83-84. Mais dans le même contexte le Tribunal relève que si le remariage est autorisé en Allemagne il sera reconnu dans presque tous les Etats tiers (83), ce qui est un autre argument en faveur de l'harmonie internationale.

allemand doit y porter tous ses effets. Le juge ordinaire a le devoir de résoudre cette antinomie entre deux lois allemandes, ce qui fait même l'économie de l'exception d'ordre public. Ainsi, la mise en œuvre de celle-ci paraît déjà subsidiaire et c'est faute d'avoir utilisé aucun des mécanismes qui lui étaient offerts que le juge s'est exposé au vice d'inconstitutionnalité.

L'analogie entre l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité sur l'application de la loi étrangère et l'éviction de celle-ci en vertu de l'exception d'ordre public est plus profonde qu'il ne pourrait paraître. Dans aucun des deux cas, il ne s'agit de porter un jugement sur la valeur intrinsèque de la loi étrangère mais seulement de refuser que les autorités de l'Etat du for prêtent la main à son application (36). La motivation de l'arrêt met bien en relief les circonstances particulières du cas d'espèce en insistant sur les liens étroits de la situation de vie avec l'Etat du for : il y va d'un obstacle, censément porté par une loi étrangère, au remariage en Allemagne d'une Allemande qui y avait obtenu le divorce. La liberté du mariage garantie par l'article 6 de la Loi fondamentale n'est pas un privilège abstrait auquel le Tribunal constitutionnel prétend accorder une portée universelle, mais il est mis en liaison avec les droits fondamentaux d'une citoyenne allemande. Cela est très proche de l'*Inlandsbeziehung* (37) ou de la *Binnenbeziehung* qui, selon la doctrine allemande, fait partie intégrante de la doctrine de l'ordre public : l'exception est modalisée en fonction des liens plus ou moins étroits que la situation entretient avec l'Etat du for.

La motivation circonstanciée de l'arrêt du 4 mai 1971 inclut un réexamen des éléments de fait de la situation et, par conséquent, une évaluation globale de celle-ci selon une méthode à laquelle est étrangère la prétendue distinction du fait et du droit. Il est aisé d'imaginer une constellation différente des points de rattachement : si, par exemple, il s'était agi du remariage d'un Espagnol divorcé dans un pays tiers ou, à plus forte raison, du remariage de deux Espagnols dont l'un était divorcé, ou encore si l'autre futur conjoint n'avait pas été alle-

(36) *BVerfGE* 31, 74-75.

(37) *BVerfGE* 31, 71. Sur cette doctrine, voir F. RIGAUX (note 23), n° 521. Dans la jurisprudence civile allemande : BGH 4 juin 1992, *BGHZ* 118, 312, 348.

mand, la liberté du mariage n'aurait pas eu le même poids. D'autres décisions du Tribunal constitutionnel fédéral ont clairement énoncé cette doctrine (38) que l'arrêt du 4 mai 1971 a implicitement appliquée et elle est également pratiquée par la Cour Suprême des Etats-Unis (39).

Alors que la jurisprudence civile antérieure avait subordonné le contrôle de la constitutionnalité des effets de la loi étrangère à la mise en œuvre de l'article 30 EGBGB (*Vorbehalt Klausel* ou exception d'ordre public), l'arrêt du 4 mai 1971 renverse l'ordre des termes : il suffit que la loi étrangère produise dans l'ordre interne allemand un effet incompatible avec le respect d'une liberté fondamentale pour que l'exception d'ordre public doive conduire à l'élimination de cet effet. L'article 30 EGBGB est la porte d'accès (*Einfallstor*) du contrôle de constitutionnalité (40). La réforme du droit international privé allemand par la loi du 25 juillet 1986 (41) a entériné sur ce point la doctrine du Tribunal constitutionnel fédéral. L'article 6 EGBGB, qui a pris la place de l'ancien article 30 est rédigé dans les termes suivants :

« La règle de droit d'un Etat étranger sera écartée, lorsque son application conduit à un résultat manifestement incompatible avec les principes fondamentaux du droit allemand. C'est notamment le cas lorsque son application est inconciliable avec des droits fondamentaux ».

V. – La constitutionnalité des règles de conflit de lois

Déjà dans l'arrêt précité du 4 mai 1971, le Bundesverfassungsgericht avait affirmé que « en leur qualité de règles de droit interne les prescriptions du droit international privé doivent dans leur totalité être évaluées selon les critères des droits fondamentaux » (42). Toutefois, l'examen auquel il est ensuite procédé à

(38) *BVerfGE* 25 août 1994, *NJW* 1994 ; 2943, 26 juin 1990, *BVerfGE* 82, 272, 283. Il s'agit, dans les deux cas, de l'interprétation d'un écrit privé.

(39) *Hurley v. Irish-American Gay Group*, 132 L Ed 2d 487, 499-500 (1995) : *we are obliged to make a fresh examination of crucial facts*.

(40) *BVerfGE* 31, 74. Le commentaire du dispositif utilise aussi l'expression « *Einbruchstelle* » der Grundrechte in das Internationale Privatrecht (p. 87).

(41) *BGBI* 1986 I 1142. Texte allemand dans 50 *Rabels Z* (1986), traduction française dans 76 *Rev. crit. dip* (1987), 170.

(42) *BVerfGE* 31, 73.

propos de l'article 13 EGBGB ne permet pas d'y déceler aucun vice d'inconstitutionnalité (43) : comme le même arrêt le constate ensuite le vice est imputable au contenu de la norme étrangère déclarée applicable. Avant et même après cet arrêt, le Bundesgerichtshof, principale juridiction de cassation (*Revision*) en matière civile, estimait, avec l'appui d'une doctrine conservatrice, que les règles de conflit de lois remontant au code civil de 1900 qui faisaient prévaloir la loi du mari sur celle de la femme (44) et la loi du père sur celle de la mère (45) quand les époux n'avaient pas la même nationalité n'étaient pas contraires au principe d'égalité parce qu'il s'agissait de règles purement formelles, la loi du mari pouvant, au gré des circonstances, être plus favorable à la femme que la loi nationale de celle-ci (46).

Le contrôle de la constitutionnalité des règles de conflit de lois a été exercé par le Tribunal constitutionnel fédéral dans deux arrêts ultérieurs. Il est contraire au principe d'égalité des sexes de l'article 3 II GG (*Gleichberechtigung von Mann und Frau*) que le régime matrimonial d'une Allemande dont le mari était irakien au moment de la conclusion du mariage soit déterminé conformément à la loi nationale du mari selon la disposition de la première phrase de l'article 15 I EGBGB (47). Deux ans plus tard, l'article 17 EGBGB qui soumet à la loi du mari le divorce d'époux de nationalité différente est également déclaré incompatible avec l'article 3 II GG (48). Il s'agissait du choix de la loi applicable au divorce demandé par une Allemande contre son conjoint japonais : la prépondérance attribuée à la loi du mari (*Mannesrecht*) « ne saurait être justifiée

(43) *BVerfGE*, 31, 78-79.

(44) BGH 18 janvier 1954, *IPRspr.* 1955-1956, n° 90 ; 29 avril 1964, *BGHZ* 42, 7.

(45) BGH 17 septembre 1968, *BGHZ* 50, 370 ; 18 juin 1970, *BGHZ* 54, 132 ; 20 juin 1979, *BGHZ* 75, 32. Ce dernier arrêt est d'autant plus significatif qu'il est prononcé plus de huit ans après l'affirmation d'un principe contraire par la juridiction constitutionnelle. Comp. BGH 8 décembre 1982, *BGHZ* 86, 57 ; 8 juin 1983, *BGHZ* 87, 359.

(46) Pour un état de la question : Karl KREUZER, « Internationales Privatrecht und Bundesverfassungsgericht », *Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag* (C.F. Müller, 1995), pp. 153-183.

(47) BVerfG 22 février 1983, *BverfGE* 63, 181, 194-196. La majeure partie de la motivation a pour objet une question de recevabilité propre au droit allemand, à savoir la compétence du Bundesverfassungsgericht pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition normative antérieure à l'adoption de la Loi fondamentale (*vorkonstitutionelles Recht*).

(48) BVerfG 8 janvier 1985, *BVerfGE* 68, 384. Voir encore BVerfG 3 décembre 1985, *BVerfGE* E 71, 224, ayant prononcé l'inconstitutionnalité du paragraphe 606 b Nr 1 ZPO.

par des différences objectives, de nature biologique et fonctionnelle (relative à la répartition des tâches) selon la nature des relations de vie contemporaines entre les hommes et les femmes » (49). Toutefois, comme la demanderesse s'était elle-même fondée sur la loi japonaise, l'arrêt de l'Oberlandesgericht de Nuremberg fait seulement l'objet d'une annulation partielle, limitée à la partie du dispositif relative à un des effets du divorce prévu par la loi allemande mais inconnu du droit japonais et dont la demanderesse s'était prévalu. Le Bundesverfassungsgericht rappelle à ce propos « le principe de subsidiarité » qui gouverne le recours de constitutionnalité : non seulement le requérant doit avoir épuisé les voies de recours ordinaires mais celui qui a réclamé l'application d'une norme inconstitutionnelle ne peut ensuite invoquer la violation de ses droits constitutionnels (50). Ce sont les deux arrêts de 1983 et de 1985 qui ont précipité la réforme partielle du droit international privé allemand réalisée par la loi du 25 juillet 1986.

VI. – Les conflits de lois à la Cour suprême des Etats-Unis

Sur la matière des conflits de lois, il existe à la Cour suprême des Etats-Unis une jurisprudence abondante, touffue, saccadée, dont la ligne sinueuse a suscité d'amples controverses doctrinales (51). Deux sources ont alimenté cette branche du contentieux de constitutionnalité devant la Cour suprême. D'une part, l'article III, section 2, de la Constitution a étendu la compétence des juridictions fédérales aux litiges entre les citoyens de différents Etats (*diversity of citizenship*) et en sa qualité de juridiction suprême de l'ordre fédéral la Cour a dû se prononcer sur les recours dirigés contre les décisions de juridictions fédérales inférieures. D'autre part, deux séries de dispositions constitutionnelles ont une incidence sur l'exercice par les juridictions des Etats de leur compétence à

(49) *BVerfGE* 68, 390.

(50) *BVerfGE* 68, 388-389.

(51) Voir notamment F. RIGAUX, « Conflits de lois et problèmes de constitutionnalité devant la Cour Suprême des Etats-Unis », *Comparability and Evaluation*, Essays on Comparative Law, Private International Law in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994), pp. 263-276.

l'égard des situations se rattachant à plus d'un Etat. La plus directement pertinente est la *Full Faith and Credit Clause* de l'article IV, section 1 :

« *Full Faith and Credit shall be given in each State to the Public Acts, Records and judicial Proceedings in every other State* ».

Deux autres préceptes constitutionnels, qui ont une portée plus générale, la *Due Process Clause* du V^e et du XIV^e Amendement, et l'*Equal Protection Clause* du XIV^e apportent des restrictions supplémentaires à l'autonomie des Etats pour le règlement des conflits interterritoriaux et des conflits de droit international privé (52).

1. — DIVERSITY CASES

Pareil encadrement constitutionnel prend toute sa portée dans un système où les Etats fédérés exercent, sous les réserves qui viennent d'être indiquées, la plénitude de leurs compétences pour le règlement des conflits de lois. Dès lors, l'autonomie législative dans les matières traditionnelles du droit privé (contrats, responsabilité civile, relations familiales) se double du pouvoir de choisir les solutions de conflit de lois appropriées. Comment concilier pareil autonomie avec le transfert aux juridictions fédérales de la compétence sur les *diversity cases* ? La dissociation entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative est patente : le droit fédéral ne contient pas de disposition sur le divorce, les contrats, la responsabilité civile, ces matières étant réglées soit par des lois d'Etat soit par la common law dont l'interprétation varie elle-même selon les Etats. Mais on aurait pu concevoir l'élaboration par les juridictions fédérales de règles de conflit propres. C'est sur ce point que la jurisprudence de la Cour suprême a connu les revirements les plus marqués.

Une première période se caractérise par deux séries de solutions parallèles. Un arrêt de 1842, *Swift v. Tison* (53), donne

(52) Alors que la *Full Faith and Credit Clause* ne concerne que les rapports interterritoriaux, le V^e et le XIV^e amendements étendent leurs effets aux conflits proprement internationaux. En ce sens, notamment, *Day and Zimmerman v. Chalone*, 423 US 3 (1975) ; *Home Insurance Co. v. Dick*, 231 US 397 (1930). Ce dernier arrêt dont toute la doctrine américaine souligne l'importance applique la *Due Process Clause* au choix de la loi applicable à un contrat ayant les contacts les plus étroits avec le Mexique.

(53) 16 Pet. 1, 10 L Ed. 865 (1842).

une interprétation restrictive au mot « law » dans le Judiciary Act 1789 : saisies d'un *diversity case*, les juridictions fédérales doivent appliquer la « loi » des Etats, au sens des instruments législatifs (*statutes*), sans être tenues de suivre les variations imprimées à la common law par les tribunaux de chacun des Etats. Rédigée par le juge Story, qui est aussi l'auteur d'un traité de droit international privé qui fera autorité, l'opinion de la Cour est plus nuancée que les décisions qui prétendront s'en inspirer. Bien loin de superposer une common law fédérale aux multiples versions du droit jurisprudentiel propre à chaque Etat, Story cherche son inspiration du côté d'un droit commun aux nations commerçantes, une forme de *Law Merchant* ou de *lex mercatoria* (54). Plutôt que de prendre appui sur la jurisprudence, d'ailleurs incertaine, de l'Etat de New York, l'arrêt se réfère au bloc plus solide de la jurisprudence anglaise, emprunt justifié en matière commerciale par la prépondérance anglaise à cette époque.

Swift v. Tison fera la loi à la Cour suprême durant quelque quatre-vingt-dix ans, jusqu'à sa répudiation vigoureuse et même brutale par *Eric Railroad Co. v. Tompkins* (55). Toutefois, *Swift* avait laissé une question ouverte : quand il existe une loi étatique et, plus encore, en cas de conflit entre les lois concurrentes de plusieurs Etats, la juridiction fédérale saisie d'un *diversity case* doit choisir la loi étatique applicable. Sur ce point, une solution implicite se laisse dégager d'une longue série d'arrêts de la Cour suprême ayant énoncé une règle de conflit de lois sans référence aucune au droit d'un des Etats fédérés auquel elle aurait été empruntée (56). Ainsi, durant cette première période, la Cour suprême encourage les juridictions à uniformiser les règles de conflit de lois dans l'ordre juri-

(54) 16 Pet. 19 : *The law respecting negociable instruments may be truly declared in the language of Cicero, adopted by Lord Mansfield in Luke v. Lyde*, 2 Burr. R. 883, 887, to be in a great measure, not the law of a single country only, but of the commercial world. Non erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et apud omnes gentes, et omni tempore, una eademque lex obtinebit.

(55) 304 US 64 (1938).

(56) *Ogden v. Saunders*, 6 L Ed (12 Wheat. 213) 696 (1827) ; *Smith v. Condry*, 42 US (1 How.) 28 (1843) ; *Dennick v. Railroad Co.*, 103 US 11 (1880) ; *Stewart v. Baltimore Ohio R. R. Co.*, 168 US 445 (1897) ; *Slater v. Mexican National R. R. Co.*, 194 US 120 (1904) ; *Davis v. Mills*, 194 US 451 (1904) ; *Western Union Tel Co. v. Brown*, 234 US 542 (1914) ; *Spokane and Inland R. R. v. Whitley*, 237 US 487 (1915) ; *Bradford Electric Light Co. v. Clapper*, 286 US 145, 158-159 (1932).

dique fédéral, soit par l'application de règles de droit international privé matériel empruntées à une *Law Merchant* transnationale soit par l'élaboration implicite de règles de conflit de lois qui, à cette époque, ne peuvent pas non plus être jugées propres à l'Etat national : en dehors des Etats-Unis aussi, l'esprit du temps est universaliste et ce n'est qu'à la fin du XIX^e siècle que le positivisme nationaliste tiendra pour chimérique la tentative de construire des règles de droit international privé communes aux nations civilisées, ambition partagée par des auteurs aussi différents que Savigny, François Laurent, Sir Robert Phillimore, Ludwig von Bar, Albéric Rolin et Story lui-même.

Selon l'opinion de la majorité dans *Tompkins*, exprimée par le juge Brandeis :

« *Except in matters governed by the Federal Constitution or by acts of Congress, the law to be applied in any case is the law of the state. And whether the law of the state shall be declared by its legislature in a statute or by its highest court in a decision is not a matter of federal concern. There is no federal general common law* (57) ».

Ainsi, il avait été inconstitutionnel de limiter la signification du mot « laws » dans la section 34 du Judiciary Act aux actes émanés du législateur parce que, par cette interprétation, la Cour avait empiété sur une compétence que la Constitution n'avait pas soustraite aux Etats. Toutefois une opinion dissidente à laquelle adhère un autre juge (58) et une opinion concurrente (59) estiment qu'il aurait suffi à la Cour de rectifier l'interprétation donnée à une loi fédérale sans déclarer que l'interprétation contraire était inconstitutionnelle. En effet, selon une doctrine constante de la Cour, celle-ci s'abstient de soulever ou de traiter une question de constitutionnalité quand il suffirait de modifier l'interprétation donnée à un acte du Congrès (60).

Trois ans plus tard, la Cour va pour la première fois se prononcer de manière explicite sur le choix de la loi applicable à

un *diversity case*. Dans la ligne de *Tompkins* elle va répudier la tradition universaliste à laquelle il n'est même pas fait référence. Du devoir des juridictions fédérales d'appliquer au fond du *diversity case* le droit d'un des Etats fédérés découle le devoir de choisir ce droit conformément aux règles de conflit de lois de l'Etat sur le territoire duquel siège la district court fédérale :

« *The conflict of laws rules to be applied by the federal courts in Delaware must conform to those prevailing in Delaware's state courts. Otherwise the accident of diversity of citizenship would constantly disturb equal administration of justice in co-ordinate state and federal courts sitting side by side. See Erie R. Co. v. Tompkins, supra, at 74-77. Any other ruling would do violence to the principle of uniformity within a state upon which the Tompkins decision is based. Whatever lack of uniformity this may produce between federal courts in different states is attributable to our federal system, which leaves to a state, within the limits permitted by the Constitution, the right to pursue local policies diverging from those of its neighbors. It is not for the federal courts to thwart such local policies by enforcing an independent 'general law' of conflict of laws* (61) ».

Pareille solution suscite deux réflexions, qui relèvent l'une du droit constitutionnel l'autre du droit international privé. *Klaxon* comme *Tompkins* s'inspirent d'un modèle fédéraliste qui entend restreindre toute apparence d'empiètement des autorités fédérales sur les compétences traditionnelles des Etats. Un tel modèle était en l'occurrence moins impératif que la Cour suprême ne paraît le croire : sans doute l'article III, section 2, de la Constitution distingue-t-il de la compétence juridictionnelle, qui est fédérale, la compétence législative qui reste aux Etats. Toutefois, les règles de conflit de lois occupent une sorte d'entre-deux, et il n'aurait pas été inconcevable de les rattacher à la loi fédérale, *lex fori*. Cela conduit à la réflexion propre à cette matière : le passage de *Klaxon* reproduit ci-dessus fait bien apparaître que la Cour est consciente de faire un choix entre deux modèles d'harmonie ou de cohérence. Ou bien les juridictions fédérales s'efforcent de calquer leur solution sur l'attitude que les juridictions de l'Etat où siègent les premières auraient eue, avec l'élément divinatoire

(57) 304 US 78.

(58) Opinion dissidente du juge Butler (304 US 80), à laquelle se joint le Juge McReynolds (304 US 90).

(59) Opinion concurrente du Juge Reed (304 US 90).

(60) Selon l'opinion concurrente du Juge Reed : *It seems preferable to overturn an established construction of an act of Congress than, in the circumstances of this case, to interpret the Constitution* (304 US 92).

(61) *Klaxon Co. v. Stentor Electric MFG and Co.*, 313 US 487, 496 (1941).

inhérent à une telle supputation (62) ou bien toutes les juridictions fédérales appliquent le même système de conflit de lois. La Cour a préféré le modèle d'uniformité vertical au modèle horizontal (63). Pareille problématique est typique de la méthode conflictualiste et on en a vu un autre exemple dans la jurisprudence constitutionnelle allemande. Loin d'être univoque la notion de cohérence se prête à des applications multiples selon le point de vue retenu. Non seulement la recherche de l'harmonie internationale peut être opposée à la cohérence interne, comme l'a rappelé le Tribunal constitutionnel fédéral allemand (64), mais la première est elle-même ambiguë : en refusant à un Espagnol de se marier avec une Allemande divorcée, les juridictions allemandes ne donneraient satisfaction qu'à une variante de l'harmonie internationale, celle qui évite la célébration d'un mariage qualifié de boiteux (*hinkende Ehe*) parce qu'il ne serait pas reconnu dans l'Etat dont l'un des conjoints a la nationalité. Pareille solution ne sacrifie pas seulement la cohérence interne mais aussi une autre application de l'harmonie internationale : les empêchements de mariage liés à un principe d'indissolubilité absolue ont cessé d'être reconnus dans l'immense majorité des Etats, dès lors en appliquant à un mariage mixte la prohibition contenue dans la loi espagnole, les tribunaux allemands se sépareraient de l'attitude différente suivie à l'égard de la même loi par un grand nombre d'autres Etats.

La même observation vaut à l'égard de la jurisprudence de la Cour de Cassation sur le divorce des conjoints dont l'un est belge et l'autre italien (65). L'application – apparemment – cumulative des deux lois nationales à l'admissibilité du divorce n'a pas pour seul effet de privilégier celle de ces lois qui est la plus restrictive, mais sous le couvert de maintenir

(62) Selon la formulation sarcastique du juge fédéral Friendly dans *Nolan v. Transocean Air Lines*, 276 F 2d 280, 281 (2d Cir. 1960) : *Our principal task in this diversity of citizenship case, is to determine what the New York courts would think the California courts would think on an issue about which neither has thought.* Cet arrêt a été annulé par *Nolan v. Transocean Air Lines*, 365 US 293 (1961), *per curiam*.

(63) Sur l'opposition entre *intrastate uniformity* et *interstate uniformity*, voir notamment : J.H. ELY, « The irrepressible Myth of Erie », 87 *Harvard LR* (1974), 693-740, 714-715, note 125.

(64) *Supra*, note 35.

(65) Cass. (ch. réunies), 16 février 1955, *Ministère public c. Servais-Rossi*, *Pas.*, 1955, I, 647 ; *Arresten van het Hof van verbreking*, 1955, 497.

l'harmonie entre le droit international privé belge et la loi italienne, elle isole le premier des autres systèmes sécularisés qui, par divers procédés, telle la substitution de la loi du domicile commun aux lois nationales différentes, avaient évincé le principe archaïque d'indissolubilité du mariage commun à cette époque au droit espagnol et au droit italien. En admettant le divorce au profit du conjoint belge, la Cour de cassation n'aurait pas fait prévaloir le nationalisme sur l'internationalisme, elle aurait plutôt choisi une autre forme d'internationalisme fondée sur une analyse comparative du droit substantiel et des règles de conflit de lois dans la matière du divorce.

2. – FULL FAITH AND CREDIT CLAUSE

Bien qu'il soit moins souvent cité et moins célèbre que *Klaxon*, un autre arrêt rendu le même jour, *Griffin v. McCoach* (66) est plus significatif car tout en énonçant le principe selon lequel les juridictions fédérales saisies d'un *diversity case* doivent appliquer les règles de conflit de lois de l'Etat sur le territoire duquel elles siègent (67), il se prononce aussi sur la portée de la *Full Faith and Credit Clause*. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat d'assurance-vie conclu dans l'Etat de New York par une personne domiciliée au Texas. Après le décès de l'assuré, il est soutenu que la police serait nulle et contraire à l'ordre public du second Etat. L'action est intentée devant une district court fédérale siégeant au Texas et la Cour d'appel du 5^e circuit confirme la décision du premier juge estimant que la police est valable selon la loi de New York, loi du contrat, et que l'application de la règle prohibitive en vigueur au Texas consisterait en l'exercice d'un « *contrôle extraterritorial qu'il serait injustifié d'étendre à des contrats conclus en dehors de cet Etat* » (68). La décision attaquée n'avait pas explicité la source de sa solution de conflit de lois mais il est permis de penser qu'à l'époque où elle avait été rendue elle énonçait une règle de conflit de lois de nature générale ou universelle,

(66) 313 US 498 (1941).

(67) 313 US 503.

(68) 313 US, 502-503, citant *Griffin v. McCoach*, 116 F 2d, 261, 264 (5th Cir. 1940) : *To apply the laws of Texas to the New York contracts would constitute an unwarranted extraterritorial control of contracts and regulation of business outside of Texas in disregard of the laws of New York.*

déclarant applicable la loi de l'Etat vers lequel un des contractants s'était déplacé pour conclure le contrat. Dans sa critique de l'arrêt attaqué la Cour suprême confirme cette interprétation en reprochant à la Circuit Court of Appeals de ne pas s'être référée au droit du Texas mais seulement à des décisions de la Cour suprême elle-même (69). L'affaire est renvoyée afin que la juridiction de fond vérifie « *si les tribunaux du Texas pourraient faire une application constitutionnelle de leur droit à un contrat soumis à une autre loi et valable là où il a été conclu mais contraire à l'ordre public de cet Etat* » (70). La réserve « application constitutionnelle » se réfère évidemment à la *Full Faith and Credit Clause* sans que la Cour suprême n'exclue que les tribunaux d'un Etat puissent refuser d'appliquer une loi incompatible avec leur ordre public (71), la nouveauté de *Klaxon* et de *Griffin* étant que les juridictions fédérales doivent désormais s'aligner sur l'attitude des juridictions locales.

A peu près à la même époque que *Tompkins* et *Klaxon*, la portée très limitée de la *Full Faith and Credit Clause* qui, dans la matière des conflits de lois, ne fait pas obstacle au pouvoir du tribunal saisi de faire prévaloir la *lex fori*, a été très nettement affirmée par la Cour suprême, dans trois arrêts relatifs à la réparation d'un accident du travail. Il s'agissait d'une matière nouvelle ayant fait l'objet de législations contrastées dans les différents Etats, la solution de droit substantiel étant souvent renforcée d'une règle spéciale de conflit de lois. Le conflit classique opposait la loi du contrat à la loi du lieu de l'accident.

Dans la première affaire, il s'agissait d'un *diversity case* et la Cour suprême, selon une jurisprudence déjà évoquée, donne la préférence à la loi du contrat (Vermont) sur la loi du lieu de l'accident (New Hampshire) (72). La district court fédérale avait siégé dans ce dernier Etat et l'arrêt de la cour d'appel qui avait appliqué la loi du New Hampshire est annulé parce

(69) 313 US 503.

(70) 313 US 504 : *Whether the courts of Texas could constitutionally apply Texas law to a foreign contract, valid where made, because such contract is contrary to the state's public policy.*

(71) 313 US 507 : *obnoxious to its public policy.*

(72) *Bradford Electric Light Co. v. Clapper*, 286 US 145, 158-159 (1932). L'opinion de la Cour est due au Juge Brandeis et n'est accompagnée que d'une opinion concurrente, écrite par le Juge Stone.

que l'éviction de la loi du Vermont n'est pas justifiée par l'ordre public du for (73) et que l'intérêt du New Hampshire à faire prévaloir sa loi est fortuit (*casual*), la victime ne résidant pas dans cet Etat et y ayant eu une activité purement occasionnelle (74).

Les deux autres arrêts ont rejeté un recours dirigé contre une décision de la Cour suprême de Californie. La législation très favorable au travailleur adoptée par cet Etat est appliquée de manière si extensive que dans une affaire elle avait régi les effets d'un accident survenu en Alaska, le contrat de travail ayant été conclu en Californie avec un travailleur mexicain (*a non resident alien*) et soumettant les relations de travail à la loi de l'Etat d'exécution du contrat, l'Alaska (75). Dans l'autre affaire, la loi californienne est appliquée en tant que loi du lieu de l'accident, le contrat ayant été conclu au Massachusetts entre une entreprise et un travailleur résidant dans cet Etat (76).

Les deux arrêts sont rédigés par le Chief Justice Stone et ils n'échappent au soupçon d'incohérence qu'à condition d'impliquer que la Cour suprême se désintéresse du choix de la loi applicable : même si la loi californienne s'applique alternativement aux accidents survenus dans cet Etat (*Pacific Employers*) ou à ceux qui ont lieu dans un autre Etat à l'occasion de l'exécution d'un contrat conclu en Californie (*Alaska Packers*), ce qui exclut en pratique l'application à un accident de travail d'une loi autre que la *lex fori*, la *Full Faith and Credit Clause* n'impose pas à un Etat d'appliquer la loi d'un autre Etat dès le moment où l'intérêt de l'Etat du for à l'application de sa propre loi est soutenu par un contact suffisant avec cet Etat :

« *In the case of statutes, the extrastate effect of which Congress has not prescribed, where the policy of one statute comes into conflict with that of another, the necessity of some accommodation of the conflicting interests of the two states is still more apparent. A rigid and literal enforcement of the full faith and credit clause, without regard to the statute of the forum, would lead*

(73) 286 US 161 : *Would be obnoxious to the public policy of New Hampshire.*

(74) 286 US 162.

(75) *Alaska Packers Association v. Industrial Accident Commission*, 294 US 532 (1935).

(76) *Pacific Employers Ins. Co. v. Industrial Accident Commission*, 306 US 493 (1939).

to the absurd result that, wherever the conflict arises, the statute of each state must be enforced in the courts of the other, but cannot be in its own (77) ».

Seule une application déraisonnable (78) de la *lex fori* serait constitutionnellement injustifiée en vertu de la *Full Faith and Credit Clause* et de la *Due Process Clause*.

VII. – Evaluation critique des rapports entre le droit constitutionnel et le droit international privé

Trois réflexions conclusives ont respectivement pour objet : la flexibilité des méthodes offertes aux praticiens, la faible efficacité du contrôle de constitutionnalité face aux problèmes de conflit de lois, les inconvénients de solutions législatives et des interprétations judiciaires trop rigides.

1. – FLEXIBILITÉ DES MÉTHODES

C'est le Tribunal constitutionnel fédéral allemand qui a le mieux fait apparaître que les méthodes sont dans une large mesure interchangeables. La plupart des pays continentaux qui appliquaient la loi nationale au statut personnel ont dû surmonter les difficultés causées par la différence des nationalités au sein de la famille. La Cour de cassation de France a fait une interprétation intelligente de l'article 3, alinéa 3, du Code Civil, en substituant à la loi nationale la loi du domicile ou de la résidence habituelle quand les époux n'avaient pas la même nationalité (79). Pareille solution suivait l'esprit plutôt que la lettre du texte, la disposition de conflit de lois de 1804 étant en harmonie avec les règles de la nationalité qui conféraient automatiquement à la femme la nationalité de son mari. Dans l'article 3, alinéa 3, il fallait donc lire la volonté du légis-

(77) *Alaska Packers...*, 294 US 547 (1935).

(78) 294 US 542 : *the manner of its exercise as being so arbitrary or unreasonable as to amount to a denial of due process.*

Voir encore *Carrroll v. Lanza*, 349 US 408 (1955), ayant admis l'application de la common law du lieu de l'accident et l'éviction du régime législatif de la loi du contrat. Mais l'arrêt est suivi de l'opinion dissidente du Juge Frankfurter, à laquelle se sont joints les juges Burton et Harlan.

(79) H. BATIFFOL et Paul LAGARDE, *Droit international privé* (Paris, LGDG, 7^e éd., 1983), t. II, n° 432 ; LOUSSOUARN et BOUREL (note 29), n° 311.

lateur de soumettre le statut personnel à un régime homogène pour le couple conjugal.

L'aptitude à la conclusion d'un mariage boiteux et les effets d'un divorce boiteux ne pouvaient trouver de solution que si l'on pesait les mérites respectifs de l'harmonie internationale et de la cohérence interne. Dans le second arrêt *Rossi*, déjà cité, la Cour de Cassation affirme non sans naïveté « *qu'il ne se conçoit pas que le lien matrimonial soit rompu à l'égard de l'un des époux et subsiste à l'égard de l'autre* ». C'est évidemment perdre de vue, que, si le divorce est prononcé, les deux époux ont obtenu la dissolution du lien conjugal en Belgique, sans qu'aucun des deux ne puisse se remarier en Italie. Ce qui fait boiter le divorce ce n'est pas que l'un des époux est divorcé et l'autre non (supposition juridiquement absurde) mais que le mariage est dissous dans un ordre juridique et non dans l'autre. Après l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 1960 sur l'admissibilité du divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger, les tribunaux belges peuvent écarter l'application de la loi nationale de l'étranger pour l'admissibilité du divorce et ils doivent en conséquence lui restituer une pleine capacité à contracter une seconde union dans l'ordre juridique belge (80).

En Allemagne une interprétation plus accommodante de l'article 13 EGBGB aurait dû permettre que le futur conjoint espagnol obtînt la dispense du certificat d'aptitude matrimoniale sans qu'il fût nécessaire d'appeler à la rescousse le Tribunal constitutionnel fédéral.

2. – INSUFFISANCE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Non seulement les méthodes usuelles du droit international privé, lesquelles incluent l'exception d'ordre public, permettent le plus souvent de faire l'économie du contrôle de constitutionnalité sur l'application d'une loi étrangère portant atteinte à un droit fondamental mais l'exercice d'un tel recours peut parfois aboutir à instituer une lacune que seuls le législateur ou, à défaut, les juridictions civiles peuvent combler. Cela explique l'accélération des travaux parlementaires de révision de l'EGBGB après les arrêts ayant déclaré incons-

(80) F. RIGAUX et M. FALLON, *op.cit.* (note 8), t. II, n° 980.

titutionnels deux articles de cet instrument législatif. Il n'appartient pas à la juridiction constitutionnelle d'occuper l'espace laissé vacant par l'éviction d'une norme législative, mais les cours et tribunaux tenus de vider les litiges civils qui leur sont soumis peuvent combler la lacune ainsi créée (81).

L'article IV, section 1, de la Constitution américaine contient une phrase qui suit l'énoncé de la *Full Faith and Credit Clause* :

« *And the Congress may by general laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof.* »

Avec une rare unanimité, la doctrine américaine a regretté que le législateur fédéral n'eût pas fait usage de cette habilitation pour uniformiser les règles de conflit de lois (82). *L'interestate commerce clause* de l'article I, section 8, alinéa 3, aurait pu procurer au Congrès une autre source de compétence à cette fin. Mais la jurisprudence de la Cour Suprême n'échappe pas non plus à la critique doctrinale. Selon certains auteurs, à défaut du législateur, elle aurait pu élaborer un système de conflit de lois enfermant en des limites plus étroites la prépondérance reconnue à la *lex fori* (83), comme elle l'avait fait jus-

(81) C'est ce qu'ont notamment fait deux arrêts du Bundesgerichtshof dont le premier est même antérieur à l'arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral ayant déclaré inconstitutionnelle la règle de conflit de l'article 15 EGBGB. Selon un arrêt du 8 décembre 1982 (BGHZ 86, 57 ; *FamRZ* 1983, 255), l'arrêt attaqué a erronément constaté que l'article 17 I EGBGB n'était pas contraire à l'article 3, I GG. Toutefois, en remplaçant la solution de conflit de lois par un rattachement conforme à la Constitution (*verfassungskonforme Anknüpfung*) le Bundesgerichtshof arrive à la même solution que l'arrêt attaqué. Le second arrêt (BGH 8 juin 1983, BGHZ 87, 359) écarte l'application de la loi du domicile commun qu'avait retenue l'Oberlandesgericht de Stuttgart pour y substituer la loi nationale du demandeur étranger en ce qui concerne l'admission du divorce et la loi allemande applicable aux effets du divorce. Le deux arrêts récusent l'application de la loi du domicile commun parce que l'esprit de l'EGBGB est favorable à la loi de la nationalité.

(82) William WINSLOW CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States* (The Univ. of Chicago Press, 1953), t. II, pp. 541-557 ; Robert A. LEFLAR, Luther M. MCDUGALL III and Robert L. FELIX, *American Conflicts Law* (Charlottessville, The Mitchie Co, 4th ed., 1986), § 73, p. 215.

(83) Sur l'attitude passive de la Cour Suprême : Leflar (note 82), § 74, p. 219 ; Willis REESE, Maurice ROSENBERG and Peter HAY, *Cases and Materials on Conflict of Laws* (Westburg, N.Y., The Foundation Press, 9th ed. 1990), p. 369 ; Eugen F. SCOLES and Peter HAY, *Conflicts of Laws* (Hornbook series, St Paul, West Publishing, 2d ed., 1992), pp. 88-93, pp. 101 et s. ; Walter WHEELER COOK, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws* (Cambridge, Harvard Univ. Press, 1942), pp. 90-107 ; Andreas F. LOEWENFELD, *Conflict of Laws : Federal, State, and International* (Mathew Bender, 1986), pp. 359-460 ; Deborah M. HENSON, « Will Same-Sex Marriages be recognized in Sister States ? : Full Faith and Credit and Due Process Limitations on States' Choice of Law Regarding the Status and Incidents of Homosexual Marriages Following Hawaii's *Bahr v. Lewin* », 32 *Univ. of Louisville J. of Family Law* (1993-1994), 551-600, 585-591.

qu'à *Bradford v. Clapper*. La conséquence en a été une forme de désuétude de la *Full Faith and Credit Clause*, les auteurs ne citant qu'un cas, dans une assez abondante jurisprudence, où la violation de la clause a justifié l'annulation de la décision attaquée (84). Les critiques doctrinales se sont aussi dirigées contre l'extension au choix de la règle de conflit de lois (*Klaxon*) de l'exigence constitutionnelle d'application du droit des Etats affirmée trois ans plus tôt par *Tompkins* (85).

3. - LES INCONVÉNIENTS D'UNE FORMULATION TROP RIGIDE DES RÈGLES DE CONFLIT

Dans sa formulation des règles de conflit mises en vigueur le 1^{er} janvier 1900 le législateur allemand a été à la fois en avance et en retard sur l'évolution sociale. En avance puisqu'il avait pris en compte le conflit des lois nationales à l'intérieur de la famille, en retard puisqu'il faisait prévaloir le mari sur la femme, le père sur la mère, et cela à une époque où les mouvements d'émancipation féminine étaient déjà très actifs. L'épouse de Max Weber qui appartenait à un tel mouvement en Allemagne avait, dès l'entrée en vigueur du BGB, critiqué la rivalité qui s'y manifestait entre « *l'idéal matrimonial patriarcal et l'idéal individualiste* » (86). La règle moins déterminée de l'article 3, alinéa 3, du Code civil se prêtait mieux aux évolutions nécessaires, certainement imprévisibles en 1804. Toutefois les avantages d'une règle flexible sont déjoués

(84) Reese (note 83), p. 343, à propos de *Order of United Commercial Travellers v. Wolfe*, 331 US 586 (1947), et il écrit plus loin que depuis 1947, la Cour n'a plus annulé une solution de conflit de lois pour violation de la constitution.

(85) La critique doctrinale vise notamment *Klaxon* mais aussi *Griffin v. McCoach* : Brainerd CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws* (Durham, N.C., Duke Univ. Press, 1963), pp. 236-238 ; Charles E. CLARK, « State Law in the Federal Courts : the Brooding Omnipresence of *Erie v. Tompkins* », 55 *The Yale LJ* (1946), 267-296, 286-287, et la note 89 ; Cook (note 83), pp. 112-135 ; ELY (note 63), pp. 714-715, et la note 125 ; SCOLES/HAY, pp. 110-113 ; *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal Systems* (Westbury, NY, The Foundation, 3d ed., 1988) by Paul M. BATOR, Daniel J. MELTZER, Paul J. MISHBIN, David L. SHAPIRO, pp. 794-800. Selon les auteurs de cet ouvrage : the choice of which state's law applies in a federal court is clearly a matter of federal concern (p. 794). Voir encore : Harold W. HOROWITZ, « Toward a Federal Common Law of choice of Law », 14 *UCLA L R* (1967), 1191-1210.

(86) Marianne WEBER, *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung*, (Tübingen 1907), p. 413.