

## 4<sup>ème</sup> commission

Droits de l'homme et droit international privé

*Human Rights and Private International Law*

Rapporteur : Jürgen Basedow

Travaux précédents : Annuaire 2016, vol. 77, 391  
Annuaire 2017, vol. 78, 215

La commission est composée de M. Michael Bogdan, Mme Alegría Borrás, Lord Collins of Mapesbury, MM. José Carlos Fernández Rozas, Pierre Gannagé, Mme Hélène Gaudemet-Tallon, MM. Paul Lagarde, Ahmed Mahiou, Pierre Mayer, Ali Mezghani, Fausto Pocar, Symeon C. Symeonides, Hans Van Houtte, Hans van Loon.



TABLE DES MATIERES

Summary of the Report .....	5
Projet de rapport .....	7
I. Les droits de l'homme – notion et évolution .....	7
(1) <i>Définition(s)</i> .....	7
(2) <i>Inventaire</i> .....	9
(3) <i>Titulaires des droits de l'homme</i> .....	10
(4) <i>Effectivité des droits de l'homme</i> .....	11
(5) <i>Droits de l'homme et droits fondamentaux</i> .....	12
(6) <i>Nature évolutive</i> .....	12
(7) <i>Notion fonctionnelle des droits de l'homme</i> .....	13
II. Droits de l'homme et droit privé .....	13
(1) <i>Relations verticales et horizontales – obligations négatives et positives</i> .....	13
(2) <i>Coordination des ordres nationaux et valeurs matérielles</i> .....	15
(3) <i>Les droits de l'homme importants en droit international privé</i> ....	17
(4) <i>Justification d'une entrave/restriction</i> .....	17
III. Interprétation .....	18
(1) <i>Textes adoptés pour la protection des droits de l'homme</i> .....	18
(2) <i>Textes portant sur le droit international privé</i> .....	18
IV. Priorité .....	19
V. Les immunités de juridiction .....	20
(1) <i>Le droit d'accès à un tribunal et l'immunité de juridiction</i> .....	20
(2) <i>Exemples</i> .....	22
VI. La compétence internationale directe des juridictions .....	23

HUMAN RIGHTS AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

(1) <i>Accès à la justice</i> .....	23
(2) <i>Rattachements</i> .....	24
(3) <i>Fors exorbitants</i> .....	24
(4) <i>Interdiction des discriminations</i> .....	25
(5) <i>Forum necessitatis</i> .....	26
(6) <i>Clauses de résolution de litiges</i> .....	31
VII. La procédure civile en matière internationale et la coopération judiciaire.....	33
VIII. Les conflits de lois – principes généraux .....	34
(1) <i>Rattachements – remarques préliminaires</i> .....	34
(2) <i>Interdiction des discriminations</i> .....	35
(3) <i>L'autonomie de la volonté</i> .....	39
(4) <i>Les normes impératives</i> .....	41
(5) <i>Le statut personnel et le principe de reconnaissance</i> .....	42
IX. Les conflits de lois – règles spéciales .....	44
(1) <i>La capacité juridique</i> .....	44
(2) <i>Le nom de l'individu</i> .....	45
(3) <i>Le mariage</i> .....	49
(4) <i>Les droits des enfants</i> .....	51
(5) <i>La protection de la propriété</i> .....	58
X. Reconnaissance et exécution des jugements étrangers .....	60
(1) <i>Le droit au procès équitable</i> .....	60
(2) <i>La procédure d'exequatur</i> .....	60
(3) <i>Les conditions de la reconnaissance et de l'exécution</i> .....	61
Projet de résolution.....	63
Draft Resolution .....	70
Observations des membres de la Quatrième commission .....	76
Observations de M. Pierre Gannagé (1) .....	76
Observations de M. Pierre Gannagé (2) .....	79
Observations de M. Andreas Bucher.....	80
Observations de M. Ahmed El-Kosheri .....	81
Observations by Mr Ahmed El-Kosheri.....	83

## **DROITS DE L'HOMME ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

### **Human Rights and Private International Law Summary of the Report submitted in September 2018 by Jürgen Basedow**

The report is an explanation of, and commentary on, the draft Resolution with its 25 articles. The draft Resolution itself discloses the essential ideas outlined in the report.

#### **General Issues**

Parts I to IV of the report highlight some general aspects of human rights and their impact on private law. They point out the difficulty of drawing a clear line between human rights conventions and some other conventions on uniform private law; the report advocates recourse to the Universal Declaration of 1948 as a criterion. They list the sources and shed light on the dynamic character as well as the need for effectiveness of human rights. The existence of different enforcement mechanisms and of the possibility to make an individual complaint, introduced in the European system in 1999, explains the particular significance of the case law of the European Court of Human Rights for the enquiry.

In accordance with their historical origin and their codification in positive law, human rights are intended to protect individuals against States, i.e. in vertical relations. The horizontal relations of private law including private international law differ from vertical relations in that usually both sides of the legal relation can invoke human rights. Human rights conventions apply because the civil courts deciding private law disputes are considered as agents of the contracting States. The different constellation has the effect of turning human rights into values which courts are bound to balance when assessing States' margin of appreciation.

In private international law, human rights conventions often deal with situations governed by other international instruments, in particular, by Hague Conventions. The report highlights decisions of the European Court of Human Rights that aim at a harmonizing interpretation of both, referring to Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties as a bridge connecting unrelated international treaties. Where such harmonizing interpretation is excluded, no general precedence of either type of convention can be established; the ranking between both should rather be left to the *lex fori*.

#### **Jurisdiction and Procedure**

Parts V to X of the report deal with specific areas of private international law and the impact human rights have on the rules in those areas.

With regards to procedural law, the human right of access to court sets limits to the defendant State's sovereign immunity in matters relating to *acta iure gestionis*. Moreover, it requires the recognition of a *forum necessitatis* where legal or factual reasons prevent a plaintiff's access to court.

The prohibition of discrimination on various grounds plays an important role in matters of jurisdiction. The report advocates the use of the anti-discrimination principle, also in respect of some excessive consequences of asymmetric jurisdiction clauses. They are basically reasonable but may be abused depending on the special wording.

As to the conduct of proceedings, the fundamental right to a fair trial has to be respected in its various aspects. It impacts on the language of the proceedings, on the speed of cooperation between the authorities of different States providing mutual assistance etc.

#### **Choice of Law**

A second area of private international law influenced by human rights considerations is the conflict of laws. The report explains the human rights foundation of the freedom to choose the applicable law to the greatest extent possible. In a world of multiple jurisdictions and open frontiers, the legal certainty endorsed by the Universal Declaration can only be ensured by the choice of the applicable law by individuals themselves. While human rights do not require specific connecting factors, they play a significant role with regards to imperative norms, both as part of the public policy (*ordre public*) and as a limit to its enforcement. Again, the prohibition of all forms of discrimination, particularly on grounds of sex and religion, has to be respected.

The right to respect for private and family life has served as a legal tool promoting the recognition of certain legal situations established in foreign countries, in particular, with regard to the names of individuals, parentage, adoption and marriage. While recognition in these respective fields has traditionally been put into effect by the operation of choice-of-law rules, a new tendency fostered by human rights is emerging: where a personal status has been acquired in a country, other States should recognize it to give effect to the right to respect for private and family life. While it is too early to adopt this principle as a strict rule, legal developments are likely to bring about its acceptance.

*In rem* rights are almost universally governed by the law of the country where the respective assets are located. As a consequence, their cross-border transfer leads to a change of the applicable law. Where a new law is less permissive than the law of the previous location where the right was established, that right might be lost. This consequence can hardly be reconciled with the protection of private property. The respect for that

human right requires that the new law mirror the treatment of the encumbered asset or, where that turns out to be impossible, adapt the rights established under the foreign law, to the closest equivalent rights under its own legal system as far as possible.

### **Recognition and Enforcement of Foreign Judgments**

The European Court of Human Rights has held that the right to a fair trial includes the right to effective judicial protection which is not limited to protection in the country of the court. Thus, the recognition and enforcement of a foreign judgment is basically covered by the scope of procedural human rights. This refers to enforcement proceedings and to the conditions for the enforcement of a foreign judgment. Since this human right is geared towards the protection of the individual, enforcement conditions which exclusively aim at the protection of state interests are difficult to justify. This relates to the categorical rejection of the enforcement of foreign judgments in the absence of an international treaty, but also to the reciprocity requirement maintained in many countries.

## **Document de travail du rapporteur *Jürgen Basedow* no. 11 (septembre 2018)\***

### **Projet de rapport**

#### **I. Les droits de l'homme – notion et évolution**

##### *(1) Définition(s)*

- 1 La notion de droits de l'homme et de libertés fondamentales, qui provient de la philosophie du siècle des Lumières, constitue un réservoir d'idées extra-juridiques. Selon les philosophes de l'époque, ces droits et libertés sont impartis à l'homme par le fait de sa naissance et sont liés, de manière indissoluble, à son existence et sa dignité humaine. Or, au cours du siècle passé, ou plus précisément à partir de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, ils ont été intégrés au droit positif, ce qui pose la question de savoir s'ils sont vraiment conférés par la nature ou plutôt par la législation. Aujourd'hui, il paraît douteux que tous les droits dits de l'homme ainsi que toutes les libertés dites fondamentales, tels qu'ils sont garantis par des textes du droit positif interne ou international, puissent encore être expliqués par une attribution naturelle. De plus, les textes ne prévoient pas tous la même protection ; des variations existent entre les législations nationales comme entre les instruments internationaux, et

---

\* Le rapporteur tient à remercier *Mlle Laura Hering* pour l'assistance précieuse dans la recherche et *M. Samuel Fulli Lemaire* de la révision attentive de ce rapport.

proviennent soit de la formulation même des dispositions, soit de l'effet de réserves faites par les États contractants.

- 2 Il s'ensuit qu'il n'y a pas aujourd'hui de consensus sur une définition pré-positiviste qui permette de distinguer les droits de l'homme des droits ou principes de moindre valeur et force contraignante. Il s'ensuit que les définitions proposées par la doctrine de droit international sont essentiellement de nature positiviste. Certains auteurs regardent les droits de l'homme comme des droits des individus et des groupes qui sont reconnus comme tels dans les traités et déclarations ainsi que par la coutume.<sup>1</sup> Dans une perspective qui, à première vue, apparaît non-positiviste, d'autres évoquent les libertés, immunités et bénéfices que les êtres humains peuvent réclamer selon les "valeurs contemporaines acceptées";<sup>2</sup> or le critère essentiel de cette définition – l'acceptation – renvoie à nouveau à la pratique des États, qui comprend les traités et déclarations.
- 3 Certaines définitions se rapportent à des notions vagues ou à des clauses générales qui doivent être précisées ou concrétisées au cas par cas. C'est par exemple ce qui se produit lorsque les droits de l'homme sont caractérisés comme « l'ensemble des droits et des libertés fondamentales inhérents à la dignité de la personne humaine et qui concernent tous les êtres humains ». <sup>3</sup> La dignité de la personne humaine est, à son tour, un concept vague et changeant, soumis à des interprétations variables selon les contextes économiques, sociaux, historiques et culturels. Il est difficile de parvenir à un consensus sans recourir à d'autres textes plus spécifiques, ce qui rapproche ces définitions de celles, plus positivistes, qui ont été évoquées au paragraphe précédent. Le point de référence commun demeure, de toute façon, la Déclaration universelle de 1948, bien que son effet contraignant et, partant, sa valeur universelle, soient douteux. <sup>4</sup> Dans ce rapport, les notions de droits de l'homme et de libertés fondamentales seront utilisées de manière interchangeable.

<sup>1</sup> *Thomas Buergenthal*, Human Rights, in : *Rüdiger Wolfrum*, dir., Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press 2007, cité après la version électronique.

<sup>2</sup> *Louis Henkin*, Human Rights, in : *Rudolf Bernhardt*, dir., Encyclopedia of Public International Law, vol. II, Amsterdam : North Holland, Elsevier 1995, p. 886.

<sup>3</sup> *Jean Salmon*, dir., Dictionnaire de droit international public, Bruylant 2001, p. 396.

<sup>4</sup> Du point de vue du droit comparé, cf. *Rainer Arnold*, Are Human Rights Universal and Binding? In *Karen Brown/David Snyder*, eds., General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Dordrecht : Springer 2012, p. 581 – 588, aussi en *Rainer Arnold*, ed., The Universalism of Human Rights, Dordrecht : Springer 2013, together with 23 national reports.

(2) *Inventaire*

- 4 L'évolution des droits de l'homme reflétée par ces tentatives de définition est éclairée par leur division selon le temps historique de leur émergence.<sup>5</sup> Sont traditionnellement distinguées trois générations : les droits civils et politiques fondés sur le concept de liberté, qui requièrent de l'État libéral sa non-intervention – on parle de « droits-abstentions » ; les droits sociaux et économiques, qui ne peuvent être mis en œuvre qu'au moyen d'interventions de l'État social – on parle de « droits-créances » ; les droits de solidarité, dont la réalisation effective dépend des actions de la communauté internationale.
- 5 Les textes adoptés pour la reconnaissance et la protection des droits de l'homme sont de plus en plus nombreux. En se limitant à quelques-uns qui sont de nature universelle et peuvent avoir une incidence sur le droit privé, il faut mentionner les deux Pactes de 1966, l'un relatif aux droits économiques, sociaux et culturels,<sup>6</sup> l'autre relatif aux droits civils et politiques,<sup>7</sup> ainsi que la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1966<sup>8</sup> et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979.<sup>9</sup> D'autres conventions ont pour but de protéger certaines catégories de personnes : la Convention relative au statut des réfugiés de 1951,<sup>10</sup> la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989,<sup>11</sup> la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille,<sup>12</sup> la Convention relative aux droits des personnes handicapées.<sup>13</sup>

---

<sup>5</sup> Voir *Salmon*, n. 3, p. 397 – 398.

<sup>6</sup> Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, signé à New York le 19 décembre 1966, 993 UNTS 13.

<sup>7</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé à New York le 19 décembre 1966, 999 UNTS 187.

<sup>8</sup> Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, signée à New York le 7 mars 1966, 660 UNTS 212.

<sup>9</sup> Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1979, 1249 UNTS 24.

<sup>10</sup> Convention relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, 189 UNTS 139.

<sup>11</sup> Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, 1577 UNTS 62.

<sup>12</sup> Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, signée à New York le 18 décembre 1990, 2220 UNTS 128.

<sup>13</sup> Convention relative aux droits des personnes handicapées, faite à New York le 13 décembre 2006, 2515 UNTS 3.

- 6 Outre les textes contraignants qui viennent d'être signalés, certaines organisations internationales ont commencé à élaborer des principes de droit souple qui parfois sont destinés à établir ou affirmer des standards minimums pour la protection des individus. En raison de leur caractère non-contraignant, il est difficile d'identifier de manière précise leur rôle dans les systèmes de droit nationaux et international, voir aussi infra no. 17.
- 7 Tous les instruments cités jusqu'ici ont en commun de faire référence à la Déclaration universelle de 1948. Ceci permet de conclure que la communauté internationale considère les droits garantis par ces instruments comme des droits de l'homme. Mais bien d'autres textes consacrent ou reconnaissent des droits subjectifs sans cette référence, par exemple en matière de droit du travail ou de droit d'auteur, et il n'est pas certain que ces textes protègent des droits de l'homme. On peut ainsi parler d'une zone grise située entre les droits de l'homme et les autres droits subjectifs, qui ont une moindre dignité et visent l'homme agissant dans un certain rôle : celui de vendeur ou d'acheteur (consommateur), de passager, de créancier d'aliments, etc. Les droits privés de ce dernier type ont souvent fait l'objet de conventions internationales visant à l'unification du droit et à la protection des droits des parties en cause. Or, ces droits ne résultent pas du fait de la naissance, mais de l'adoption d'un certain rôle économique ou social. Ils se trouvent donc hors du domaine des droits de l'homme.

(3) *Titulaires des droits de l'homme*

- 8 L'origine historique des droits de l'homme se rapporte à la protection des personnes physiques contre les violations de certains droits essentiels comme ceux à la vie, à la liberté, à l'immunité contre la torture etc. Ce sont des droits dont, du fait de leur nature, ne peuvent être investies que les personnes physiques. Or, les listes des droits de l'homme dans les instruments internationaux incluent aussi des droits dont peuvent se prévaloir tout autant des personnes morales. Ceci concerne par exemple le droit à un procès équitable ou le droit à la propriété. C'est pour cela que la requête individuelle est ouverte, dans l'article 34 de la Convention européenne, à toutes les personnes physiques ainsi qu'aux organisations non-gouvernementales et aux groupes de particuliers qui se prétendent victime de la violation d'un droit garanti par la Convention. Il s'ensuit que cet instrument accepte qu'une telle violation soit possible au moins en théorie, c'est-à-dire que les personnes morales et les autres groupes de personnes puissent être titulaires de certains droits de l'homme.<sup>14</sup> Ceci

---

<sup>14</sup> CEDH, Séance plénière, 22 mai 1990, *Autronic AG c. Suisse* (12726/87) cons. 47 concernant l'invocation de la liberté d'expression par une société anonyme ; voir aussi

revêt une importance particulière dans les relations privées. Au contraire, selon définition de la Convention américaine une personne titulaire d'un droit de l'homme ne peut être que « tout être humain. »<sup>15</sup>

(4) *Effectivité des droits de l'homme*

- 9 En principe, les traités conclus pour la sauvegarde des droits de l'homme créent des droits et obligations entre les États parties. Bien que ces textes aient pour but de protéger les personnes privées et à ce titre les affectent, ils ne confèrent pas en général de droits aux particuliers. Il incombe donc aux États de mettre en œuvre le programme du traité dans leurs droits municipaux. Or de nombreuses dispositions dans les traités sont susceptibles d'application directe<sup>16</sup> et, dans le cadre propice d'un droit national, celles-ci peuvent mettre les particuliers en état de se prévaloir dans les juridictions étatiques des droits de l'homme qui y sont consacrés. En matière de droit privé, et donc de droit international privé, seules de telles dispositions se prêtent à l'application par le juge national.<sup>17</sup>
- 10 Au niveau international, l'application effective des conventions universelles n'est assurée que par des instruments embryonnaires. En revanche, des conventions régionales ont créé des institutions et procédures plus efficaces. Ceci concerne principalement le système de la Convention européenne, qui après avoir été amendée accorde le droit de saisir la Cour européenne des droits de l'homme par une requête individuelle aux personnes, organisations non-étatiques et groupes de personnes qui se considèrent comme victimes d'une violation d'un droit de l'homme.<sup>18</sup> Des progrès ont été faits, à cet égard, dans le système interaméricain<sup>19</sup> et se

---

*Jochen Abr. Frowein* in *Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 3<sup>ème</sup> éd. Kehl : Engel 2009, article 1 no. 3.

<sup>15</sup> Voir l'article 3 al. 2 et Cour inter-américaine des droits de l'homme (CIDH), Opinion consultative, 26 février 2016, sollicitée par la République du Panama (*Titularidad de derechos de las personas jurídicas...*), cons. 51 ss. avec un aperçu comparatif ; voir aussi la note de *Diego Mejía-Lemos* en Am.J.Int'l L. 111 (2017) 1000 – 1006.

<sup>16</sup> Voir *Nisuke Ando*, National Implementation and Interpretation, in *Dinah Shelton*, dir., The Oxford Handbook of International Human Rights Law, Oxford University Press 2013, p. 698 – 718 at 705 – 707.

<sup>17</sup> Voir infra, nos. 14 ss.

<sup>18</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, 213 UNTS 223 ; une version consolidée de la Convention se trouve sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme : [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) →Textes officiels →La Convention européenne des droits de l'homme. Par comparaison, la Charte des droits de l'homme de l'Union européenne, Journal officiel de l'Union européenne (JO UE) 2016 C 202/389 n'a pas renforcé les mécanismes de protection des individus existants en droit de l'Union européenne.

<sup>19</sup> La Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, 1144 UNTS 182 ; le texte se trouve aussi sur le site de la Commission

dessinent aussi dans celui établi par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.<sup>20</sup> Le déclenchement d'une activité jurisprudentielle mène tôt ou tard à une évolution ultérieure de la substance des droits de l'homme appliqués.

(5) *Droits de l'homme et droits fondamentaux*

- 11 Le lien qu'entretiennent les droits de l'homme avec le droit international les distingue des droits fondamentaux protégés par les droits nationaux des États y compris la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. À la différence de ce qui se produit dans le cas des droits de l'homme, les droits nationaux et la Charte ne s'attachent pas à l'uniformité internationale des droits fondamentaux, qui selon les États exercent une influence plus ou moins significative en droit privé.<sup>21</sup> Mais la substance des droits fondamentaux correspond souvent à celle des droits de l'homme. Cette identité substantielle a pour conséquence que, sur le plan de la protection juridique dans le cadre d'un système juridique donné, les droits fondamentaux du droit interne fonctionnent comme un équivalent des droits de l'homme. Il s'ensuit que la défense des droits fondamentaux par la jurisprudence et la doctrine nationale peut parfois être prise en considération à titre indicatif dans le procédé de la concrétisation des droits de l'homme.

(6) *Nature évolutive*

- 12 Les conventions internationales en matière de droits de l'homme utilisent des principes et notions généraux, comme par exemple le droit à une procédure équitable, au respect de la vie privée ou à la propriété, qui doivent être concrétisés en vue de leur application et dont la portée est soumise aux changements survenant dans les sociétés au cours du temps. C'est ainsi que la Cour européenne a rappelé à maintes reprises qu'elle

---

interaméricaine des droits de l'homme : [www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org) →À propos de la CIDH →Documents de base. La pratique des institutions interaméricaines a été documentée et analysée de façon détaillée et complète par le commentaire de *Christian Steiner/Patricia Uribe*, eds., *Convención americana de derecho humanos*, Lima, Fundación Konrad Adenauer y Tribunal Constitucional del Perú 2016. Il paraît cependant que les questions de droit international privé n'ont pas encore été abordées par ces institutions.

<sup>20</sup> La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée par la 18<sup>ème</sup> Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement en juin 1981 à Nairobi, 1520 UNTS 268 ; le texte se trouve aussi sur le site de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples : [www.achpr.org](http://www.achpr.org) →Instruments juridiques.

<sup>21</sup> Le 19<sup>ème</sup> Congrès de droit comparé tenu à Vienne en 2014 a discuté de ce sujet dans une perspective comparative, voir les actes de cette section en *Verica Trstenjak/Petra Weingerl*, dir., *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Springer International Publishing Switzerland 2016.

« interprète la Convention à la lumière des conditions d'aujourd'hui »<sup>22</sup> et qu'il lui incombe de « tenir compte de l'évolution de la situation ... et réagir ... au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre. ... Il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoires. Si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration. »<sup>23</sup> Dans un sens analogue, la Cour interaméricaine a estimé que « human rights treaties are live instruments, whose interpretation must go hand in hand with evolving times and current living conditions ».<sup>24</sup>

(7) *Notion fonctionnelle des droits de l'homme*

- 13 Une notion de droits de l'homme qui n'est pas seulement un véhicule des valeurs changeantes de la société humaine, mais qui est aussi fonctionnelle dans la pratique jurisprudentielle, devrait d'une part se relier à l'approche positiviste de la doctrine internationaliste. D'autre part, elle devrait réserver cette approche aux droits d'importance primordiale. Pour les nombreuses conventions internationales négociées sous les auspices des Nations Unies, la référence à la Déclaration universelle des droits de l'homme, soit dans les dispositions soit dans le préambule, paraît fournir un critère permettant l'identification des droits d'une telle dignité supérieure. Pour les conventions régionales, ce caractère est déjà inclus dans leurs désignations.

## II. Droits de l'homme et droit privé

(1) *Relations verticales et horizontales – obligations négatives et positives*

- 14 Selon leur origine historique durant l'époque de l'absolutisme, les droits de l'homme ont été conçus pour protéger les individus contre les abus de pouvoir du souverain, donc en vue de relations verticales impliquant l'État. Ces relations verticales constituent le domaine principal d'application des droits de l'homme. Les États sont obligés de s'abstenir de toute ingérence dans ces droits ; on parle d'obligations négatives. Or

<sup>22</sup> CEDH, Séance plénière, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique* (6833/74), cons. 58 ; dans le même sens CEDH, Séance plénière, 18 décembre 1987, *F. c. Suisse* (11329/85), cons. 33.

<sup>23</sup> CEDH, Grande Chambre, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (28957/95), cons. 74.

<sup>24</sup> CIDH, 15 septembre 2005, aff. "*Mapiripán Massacre*" v. *Colombia*, cons. 106 ; 24 février 2012, aff. *Atala Riffo v. Chile*, cons. 83 ; voir aussi, *Cecilia Fresnedo de Aguirre*, Public Policy : Common Principles in the American States, Rec. des cours 379 (2015) 73 – 396 (247 ss.) ; *Gabriela Rodriguez* in *Steiner/Uribe*, supra n. 19, Artículo 29 no. 2, p. 710 : «...otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente».

l'État, en sa qualité de souverain, n'est pas partie aux relations horizontales entre personnes privées. Ce n'est qu'au stade du litige que l'État contractant, par le biais de ses juridictions ou d'autres organes, peut faire valoir ou entraver des droits de l'homme entre personnes privées.

- 15 La création d'une relation verticale entre les parties privées et l'Etat représenté par le juge est reflétée par la structure des litiges internationaux visant à assurer le respect des droits de l'homme. Ces litiges, qui se déroulent devant des organes internationaux comme la Cour et la Commission interaméricaine des droits de l'homme ou la Cour européenne des droits de l'homme, se rapportent toujours à des requêtes introduites par une partie privée contre un État contractant du système en question. La procédure porte donc l'empreinte d'une relation verticale, même si le conflit en cause implique une relation horizontale entre des parties privées. En tant que tels, les avis et arrêts des organes ne lient pas les parties privées dans leurs relations réciproques, mais affirment plutôt des valeurs régissant ces relations privées. L'État défendeur est appelé à respecter ces valeurs au moyen de sa législation et jurisprudence nationales ; on parle d'obligations positives.<sup>25</sup>
- 16 Les relations horizontales se distinguent des relations verticales par le fait que les parties privées sont toutes des titulaires de droits de l'homme. C'est par exemple le demandeur aussi bien que le défendeur qui peut invoquer le droit à un procès équitable, et le droit au respect de la vie privée d'une personne ciblée par les médias peut s'opposer au droit à la liberté d'expression de ceux-ci. Or dans la configuration procédurale devant les organes internationaux des droits de l'homme, seule une des parties – le requérant – se trouve opposée à l'État contractant. Bien qu'intéressée directement, l'autre partie privée n'a pas la même position procédurale que le requérant. Par-là, le "respect" des droits de l'homme requis dans les relations privées n'est pas nécessairement le même que dans les relations verticales. Il n'est pas toujours équivalent à l'imposition du plein effet des dispositions en question, mais il exige que les décisions judiciaires soient prises en tenant compte des valeurs exprimées dans les droits de l'homme.
- 17 Les instruments qui obligent des parties privées à respecter les droits de l'homme dans leurs relations horizontales avec d'autres personnes privées visent à avoir une incidence directe sur les relations privées. Tel est le cas des Lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises

---

<sup>25</sup> Voir *Angelika Nussberger*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und das Privatrecht, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ) 80 (2016) 817 – 850 (823).

multinationales et des Principes directeurs sur la conduite des affaires et les droits de l'homme approuvés par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies en 2011.<sup>26</sup> Il s'agit d'instruments de droit souple qui ne sont donc contraignants ni pour les entreprises ni pour les États. Les Principes se rapportent aux droits de l'homme protégés par les conventions mentionnées ci-dessus et ne créent donc pas de nouveaux droits. Ils appellent cependant les entreprises à respecter ces droits, tout en relevant que cette responsabilité est distincte d'une responsabilité légale : « La responsabilité qui incombe aux entreprises de respecter les droits de l'homme se distingue des questions de responsabilité juridique et d'application légale qui restent définies pour une large part par les dispositions du droit interne dans les juridictions compétentes ».<sup>27</sup> Lorsqu'un État impose, par une législation appropriée, une telle responsabilité juridique,<sup>28</sup> sa mise en œuvre par les juridictions compétentes dépend des règles de conflit de cet État.<sup>29</sup>

(2) *Coordination des ordres nationaux et valeurs matérielles*

- 18 Les règles de droit international privé visent à coordonner les droits des divers États, qui peuvent différer. Elles sont parfois inspirées par des valeurs matérielles, mais elles ne prévoient pas en général de solutions

<sup>26</sup> Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sont accessibles sur le site [www.oecd.org](http://www.oecd.org), voir aussi *Nicola Bonucci/Catherine Kessedjian*, dir., 40 ans des lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales, Paris, Pedone 2018 ; les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, souvent appelés « Ruggie Principles », sont accessibles sur le site [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org). Cf. *John Gerard Ruggie*, Business and Human Rights : The Evolving International Agenda, *Am.J.Int'l L.* 101 (2007) 819 – 840 ; v. aussi le cours de *Fabrizio Marrella*, Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales, *Rec. des cours* 385 (2016) 33 – 435 (73 ss., 147 ss) ; *Hans van Loon*, Principles and Building Blocks for a Framework for Transnational Civil Litigation in Environmental Matters, *Uniform Law Review* 2018, 298 – 318 (301 ss.) parle d'un « emerging normative order for business ».

<sup>27</sup> Principes « Ruggie », v. la note précédente, p. 16.

<sup>28</sup> Voir par exemple la loi française n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *Journal officiel de la République française* du 28 mars 2017 portant modification du Code de commerce ; la responsabilité est réglée par l'article 225-102-5 du Code. Pour des initiatives analogues en Suisse et en Autriche v. *Andreas Bohrer*, Die Haftung schweizerischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland ? en : *Holger Fleischer/Susanne Kalss/Hans-Ueli Vogt*, dir., Corporate Social Responsibility, Tübingen, Mohr 2018, p. 195 – 212 ainsi que *Patrick Wartsch*, Die Haftung österreichischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, *ibid.* p. 213 – 226.

<sup>29</sup> *Heinz-Peter Mansel*, Internationales Privatrecht de lege lata wie de lege ferenda und Menschenrechtsverantwortlichkeit deutscher Unternehmen, *Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht* 2018, 439 – 478, qui traite aussi de l'effet que peut être donné aux Principes directeurs dans l'application de clauses générales de la loi applicable, voir p. 450 s.

substantielles. Elles désignent des juridictions et des législations de certains États en utilisant des critères de rattachement entre l'espèce et les États affectés. Lorsque les critères de rattachement reposent sur certaines qualités des personnes impliquées, ils touchent au domaine des droits de l'homme, plus particulièrement à l'interdiction de certaines formes de discrimination.<sup>30</sup>

- 19 Pour le reste, la technique de la désignation d'une juridiction ou d'une loi compétente s'inspire plutôt de la recherche des liens les plus proches que d'un résultat matériel particulier. Par conséquent, l'effet des droits de l'homme, qui garantissent des standards substantiels minimums, n'est en général pas celui de censurer les règles de rattachement. Il leur incombe plutôt de vérifier et le cas échéant de corriger les *résultats matériels* auxquels aboutit la mise en œuvre des règles de conflit.
- 20 En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré dans une espèce d'enlèvement d'enfant qu'il incombait à la juridiction nationale de vérifier si les « autorités nationales [avaient] pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles pour faciliter l'exercice des droits de garde, de visite et d'autorité parentale [protégés par l'article 8 de la Convention] reconnus à un parent par la législation applicable... ».<sup>31</sup> Par-là, la Cour a donc clarifié que la question de la loi applicable n'est pas régie, en tant que telle, par la Convention des droits de l'homme, mais par les règles de conflit en vigueur dans l'État contractant. Dans le même temps, elle a souligné que le résultat atteint par l'opération combinée de ces règles de conflit et de la législation nationale à laquelle elles renvoient doit être conforme aux droits de l'homme.
- 21 La combinaison de la règle de conflit du for et du droit matériel d'un autre État soulève la question de savoir quel État doit être censuré en cas de conflit entre le résultat de l'opération et les droits de l'homme. Est-ce l'État qui a adopté la loi matérielle ? Ou est-ce l'État du for qui donne effet à ce droit étranger par le biais de sa propre règle de conflit ? À plusieurs reprises, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a tranché cette question dans le deuxième sens.<sup>32</sup> Ce n'est pas le

<sup>30</sup> Voir infra, nos. 42 ss. et 65 ss.

<sup>31</sup> CEDH, Première Section, 8 janvier 2009, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (41615/07), cons. 73 iv.

<sup>32</sup> Commission européenne des droits de l'homme, 10 juillet 1975, *X c. Belgique et Pays Bas* (6482/74) ; 11 avril 1996, *Gill et Malone c. Pays Bas et Royaume Uni* (24001/94) ; *Patrick Kinsch*, Droits de l'homme, droits fondamentaux, droit international privé, Rec. des cours 318 (2005) 9 – 331 (204 – 206) ; *Louwrens Kiestra*, The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law, The Hague,

programme de réglementation abstrait fourni par le droit étranger, mais l'issue du litige privé décidée par le juge, qui constitue l'entrave aux droits de l'homme. La dimension verticale des droits de l'homme évoquée supra<sup>33</sup> est ainsi à nouveau mise en relief.

*(3) Les droits de l'homme importants en droit international privé*

- 22 Les divers droits et libertés de l'homme sont d'une importance inégale pour les relations privées en général, et pour le droit international privé plus particulièrement. Il sera établi plus avant dans ce rapport que le droit à une procédure équitable, le droit au respect de la vie privée, le droit au mariage et à la protection de la famille, ainsi que la prohibition de certaines formes de discrimination, revêtent une importance particulière. Mais parmi les droits énoncés dans la Déclaration universelle ainsi que dans les conventions régionales, il y en existe d'autres qui se prêtent à une application en matière privée et qui peuvent produire des effets en droit international privé, notamment la liberté d'association, la liberté d'expression, le droit à la propriété, ou le droit au plein effet des droits et libertés de l'homme sur le plan international.

*(4) Justification d'une entrave/restriction*

- 23 Le fait que la règle de conflit conduise à un résultat qui constitue une entrave à un droit de l'homme ne suffit pas pour conclure que l'État contractant a violé ses obligations découlant de la Convention, car une telle entrave peut être justifiée. La Cour européenne a explicité les différentes étapes du raisonnement qui permet d'aboutir à la conclusion finale.<sup>34</sup> L'État contractant dispose d'une (1) marge d'appréciation qui lui permet de poursuivre des (2) buts légitimes par des mesures qui restreignent des droits de l'homme. La Cour requiert un rapport raisonnable de (3) proportionnalité entre le but légitime poursuivi et la mesure prise par l'État contractant, qui en outre ne doit pas (4) porter atteinte à la substance du droit en question. Enfin, la protection accordée par la Convention vise des (5) droits non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs.
- 24 Ces critères décrivent les principaux aspects qui sont pris en considération par un tribunal international au cours de l'examen d'une mesure étatique. Ils ne sont pas tous aptes à produire des résultats suffisamment clairs pour aider à rédiger des règles de conflit applicables par les juridictions

---

Asser Press 2014, p. 153 s. La Cour européenne s'est prononcée dans un sens analogue en matière de coopération judiciaire internationale, voir infra no. 62.

<sup>33</sup> Voir supra, no. 14.

<sup>34</sup> Voir le résumé de *Karen Reid*, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2. éd., London : Sweet & Maxwell 2004, 38 – 45.

nationales. Par conséquent, l'incidence des droits de l'homme en droit international privé dépend souvent des particularités de l'espèce. Une règle de conflit peut se concilier avec un droit de l'homme dans la plupart des cas, et violer ce même droit dans un cas particulier. En cela, il y a rapprochement avec l'intervention de l'ordre public en droit international privé, ordre public qui doit être apprécié « *in concreto* ». Des propositions plus abstraites peuvent cependant être énoncées lorsque les critères (4) et (5) sont examinés, c'est-à-dire lorsque la substance d'un droit est affectée et que le juge est amené à ordonner la protection effective de ce droit.

### III. Interprétation

#### (1) Textes adoptés pour la protection des droits de l'homme

- 25 Les textes adoptés par la communauté internationale pour la protection des droits de l'homme révèlent la coexistence d'une grande variété de formulations des droits et de méthodes visant à en assurer l'effectivité, mais également l'existence d'un noyau commun de droits protégés. L'application de ces textes est parfois confiée à des tribunaux internationaux établis au niveau régional, parfois à des commissions internationales dépourvues de pouvoir juridictionnel, parfois à des organes nationaux. Cette diversité risque de désagréger le caractère universel des droits de l'homme par une multiplication des pratiques isolées qui ne tiennent pas compte des pratiques d'autres organes. Il convient donc d'enjoindre à ces organes de prendre en considération la pratique d'autres juridictions et commissions, ceci au moins en ce qui concerne le noyau commun des droits de l'homme. Une telle injonction à l'ouverture comparative de l'analyse juridique se retrouve dans plusieurs conventions internationales modernes de droit uniforme.<sup>35</sup>

#### (2) Textes portant sur le droit international privé

- 26 La jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme a été ainsi résumée par la Grande Chambre : « la Convention [européenne de sauvegarde des droits de l'homme] ne doit pas être interprétée isolément, mais il convient, en vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) de tenir compte de toute règle pertinente de droit international applicable à la partie contractante. »<sup>36</sup> Dans les affaires

<sup>35</sup> Voir par exemple l'article 7 al. 1<sup>er</sup> de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, conclue à Vienne le 11 avril 1980, 1489 UNTS 79 ; voir aussi l'article 5 de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, conclue au Cap le 16 novembre 2001, JO UE 2009 L 121/8.

<sup>36</sup> CEDH, Première Section, 8 janvier 2009, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (41615/07), cons. 73 vi ; confirmé par la Grande Chambre, 6 juillet 2010, cons. 131 ; CEDH, Grande Chambre 26 novembre 2013, *X c. Lettonie* (27853/09), cons. 92.

portant sur le droit international privé, ceci inclut les conventions régissant ce domaine, comme par exemple, relativement aux enfants, la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants de 1980, mais aussi la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989.<sup>37</sup>

- 27 Les règles interprétatives de la Convention de Vienne sur le droit des traités ne concernent que les conventions internationales, et les règles pertinentes de droit international dont celle posée à l'article 31 § 3 c) de cette Convention ne se rapportent pas aux règles de conflit autonomes du droit *interne*. La relation entre les droits de l'homme et les règles de conflits nationales n'est donc pas affectée par la jurisprudence de la Cour européenne qui vient d'être évoquée. Pour combler cette lacune, il faut étendre à la relation entre droit interne et droits de l'homme le but d'interprétation harmonieuse qui est en substance évoqué par la référence faite par la Cour européenne à l'article 31 § 3 de la Convention de Vienne.
- 28 Depuis la fin du dernier millénaire, le droit international privé n'est plus exclusivement réglé par des lois et jurisprudences nationales ainsi que par des conventions internationales. Au sein de l'Union européenne, une certaine compétence législative en la matière a été transférée à l'Union, qui s'en est déjà servie à de multiples reprises.<sup>38</sup> Ce changement est reflété par le fait que de nombreuses conventions plus récentes admettent la ratification, l'accession ou l'adhésion, non seulement par des États mais aussi par des « organisations d'intégration économique régionales », formulation neutre qui permet aussi aux organisations régionales extra-européennes de se rallier, le cas échéant, à des projets d'unification. La régionalisation a pour effet que des tensions entre les droits de l'homme et le droit international privé peuvent surgir aussi à ce niveau régional ; il convient donc d'affirmer le but d'interprétation harmonieuse au regard du droit international privé régional également.

#### IV. Priorité

- 29 Malgré les règles d'interprétation destinées à régler les conflits entre droit international privé et droits de l'homme, de tels conflits ne peuvent pas toujours être évités. Dans les situations de ce genre, il faut envisager la question du rang prioritaire des normes en conflit.

---

<sup>37</sup> CEDH, Première Section, 8 janvier 2009, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (41615/07) para. 73 vii, confirmé par la Grande Chambre, 6 juillet 2010, cons. 132.

<sup>38</sup> Voir, pour plus de références, *Michael Bogdan*, *Concise Introduction to EU Private International Law*, 3<sup>ème</sup> éd. Groningen 2016 ; *Jürgen Basedow*, *Private International Law (PIL)*, in : *Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann*, dir., *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, Oxford 2012, p. 1339 – 1344.

- 30 La Cour européenne réclame la primauté de la Convention européenne sur les droits nationaux, y compris sur les normes constitutionnelles.<sup>39</sup> Mais, pour la Cour, le défendeur est toujours l'État contractant en tant que tel, opérant par tous ses organes. Une telle position paraît difficilement défendable pour les juridictions nationales des États contractants qui ont donné effet à la Convention sur la base de leurs constitutions respectives. Leurs réponses dépendent de leurs droits constitutionnels et varient selon les pays.<sup>40</sup> Tandis que les traités ont priorité sur les lois nationales – exceptée peut-être la constitution – dans certains États,<sup>41</sup> ils ont dans d'autres le même rang que les simples lois.<sup>42</sup>
- 31 L'adoption de la présente résolution ne paraît pas constituer une occasion appropriée pour procéder à l'harmonisation de ces divergences entre les positions nationales. Il convient plutôt d'aborder la question par une règle de conflit qui renvoie à la loi du for. Ceci a pour effet que, dans les États contractants qui accordent aux textes protégeant les droits de l'homme un rang inférieur ou égal à une loi nationale et qui donnent priorité au droit national comme *lex superior*, *lex specialis* ou *lex posterior*, le législateur doit prendre des mesures appropriées pour éviter la violation d'une obligation internationale.

## V. Les immunités de juridiction

### (1) Le droit d'accès à un tribunal et l'immunité de juridiction

- 32 L'*Institut* a adopté des résolutions en matière d'immunités de juridiction et d'exécution à plusieurs reprises. Depuis la Seconde Guerre Mondiale, ces

<sup>39</sup> CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié c. Turquie* (133/1996/752/951), cons. 50 ss.

<sup>40</sup> Voir l'aperçu général de *Frowein* in *Frowein/Peukert*, supra, n. 14, p. 4, Introduction no. 7 ; voir aussi pour les traités en général et leur relation au droit interne *Dinah Shelton*, dir., *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford : Oxford University Press 2011, avec 27 rapports nationaux ; un bref aperçu comparatif se trouve dans l'introduction de *Dinah Shelton*, 1 – 22 (5 – 6).

<sup>41</sup> Voir pour les Pays Bas *Gerard-René de Groot*, *Auswirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das niederländische Zivilrecht*, *RabelsZ* 63 (1999) 681 – 695 (682) ; pour la France *Frédéric Sudre*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7. éd., Paris : PUF 2005, p. 192.

<sup>42</sup> C'est le cas en Allemagne, voir *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* 14 octobre 2004 (2 BvR 1481/04), *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 111, 307, nos. 31, 34 – 37 ; or, la Cour constitutionnelle considère les droits de l'homme garantis par la Convention européenne comme une aide pour l'interprétation des droits fondamentaux protégés par la Loi fondamentale allemande, voir *BVerfG* 4 mai 2011 (2 BvR 2365/09 et al.), *BVerfGE* 128, 326.

résolutions ont abordé l'immunité des États étrangers,<sup>43</sup> celle des chefs d'État et de gouvernement,<sup>44</sup> et celle des juges internationaux.<sup>45</sup> Des règles spécifiques ont donc été rédigées selon le type de défendeur et elles ne sont pas limitées à certains types de litiges ou de confrontations d'une personne avec les autorités d'un État. En revanche, la Résolution de Naples concerne l'immunité de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux,<sup>46</sup> donc une immunité se rapportant à des actions particulières. Dans un sens analogue, la présente Résolution n'envisage que les actions régies par le droit privé contre tous les défendeurs qui réclament le privilège de l'immunité.

- 33 L'article 14 al. 1 du Pacte relatif aux droits civils et politiques ainsi que l'article 6 de la Convention européenne protègent, entre autres, le droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial. Dans la juridiction contentieuse, ceci implique le droit pour chaque demandeur d'intenter une action contre l'État, qu'il s'agisse de l'État du for ou d'autres États. Ce sont les recours du dernier type qui intéressent le droit international privé, parce qu'ils peuvent se heurter à l'objection soulevée par l'État défendeur de son immunité devant les juridictions étrangères. Au cours du 20<sup>ème</sup> siècle, l'immunité des États a fait l'objet d'une évolution qui en a réduit la portée aux *acta iure imperii*, en écartant les *acta iure gestionis*. De même, l'immunité d'exécution n'est reconnue qu'aux objets qui servent des fins gouvernementales. D'autres formes d'immunité sont accordées aux agents diplomatiques et consulaires, aux juges siégeant dans les tribunaux internationaux, ainsi qu'à certaines organisations internationales.
- 34 Ces immunités assez clairement définies sont considérées comme essentielles aux échanges entre les gouvernements, au fonctionnement des organisations internationales ainsi que des tribunaux internationaux et, par là, au fonctionnement de la communauté internationale. Néanmoins, les immunités de juridictions restreignent le droit des personnes privées à la protection juridique que leur reconnaissent notamment l'article 6 de la Convention européenne et l'article 14 du Pacte relatif aux droits civils et politiques. Il en ressort qu'il faut limiter les immunités par une interprétation stricte qui doit prévaloir également en dehors du domaine d'application des diverses conventions, lorsque l'immunité résulte donc de la coutume, ainsi que dans les espèces qui tombent dans les zones grises situées à la périphérie des conventions internationales.

---

<sup>43</sup> Session d'Aix-en-Provence – 1954, Rapporteur : *Ernest Lémonon* ; Session de Bâle 1991, Rapporteur : *Ian Brownlie*.

<sup>44</sup> Session de Vancouver – 2001, Rapporteur : *Joe Verhoeven*.

<sup>45</sup> Session de Rhodes – 2011, Rapporteur : *Gilbert Guillaume*.

<sup>46</sup> Session de Naples – 2009, Rapporteur : *Lady Fox*.

(2) *Exemples*

- 35 Le requérant dans l'affaire *Sabeh El Leil c. France*<sup>47</sup>, un ressortissant français qui avait travaillé comme chef comptable de l'ambassade de Koweït en France, avait été licencié. Son action en dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse fut rejetée par les juridictions françaises, qui considérèrent que la demande ne pouvait être accueillie en raison de l'immunité de juridiction dont l'État du Koweït pouvait se prévaloir.
- 36 La Grande Chambre de la CEDH considéra que « le droit à un tribunal » de l'article 6 § 1 de la Convention inclut le droit de saisir un tribunal en matière civile et que les États contractants peuvent réglementer l'accès à ce tribunal en jouissant d'une certaine marge d'appréciation. Une limitation de ce droit ne se concilierait avec l'article 6 § 1 que si elle tendait à un but légitime et s'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. L'octroi de l'immunité à un État poursuivrait le but légitime de respecter le droit international dans l'intérêt de la courtoisie et de bonnes relations entre États. Or, la Cour mit en avant la distinction entre *acta iure imperii* et *acta iure gestionis*, qui incluent les actes relatifs aux contrats de travail, et souligna que les États ne peuvent pas, en vertu du droit international coutumier tel qu'exprimé à l'article 11 de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens de 2004, se prévaloir de leur immunité dans les litiges civils intéressant le droit social. Les exceptions énumérées à l'article 11, qui correspondent donc aux cas d'immunité, « doivent être strictement interprétées ».<sup>48</sup>
- 37 En matière de travail la jurisprudence nationale de certains États témoigne d'une grande variété de solutions en fonction de la nature des activités de l'employé en question. Alors que l'État défendeur se vit reconnaître le droit d'invoquer l'immunité de juridiction dans un litige portant sur des fonctions consulaires du demandeur, cette défense fut rejetée quand les employés demandeurs exerçaient des activités de secrétaire de direction

<sup>47</sup> CEDH, Grande Chambre, 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France* (34869/05) ; sur cette affaire et d'autres actions intentées par des employés d'États étrangers contre leurs employeurs, voir *James Fawcett/Máire Ní Shúilleabháin/Sangeeta Shah*, Human Rights and Private International Law, Oxford University Press 2016, p. 352 s., paras. 6.254 – 6.257.

<sup>48</sup> CEDH, Grande Chambre, 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France* (34869/05), cons. 66. Dans un sens analogue, CEDH, Première section, 14 mars 2013, *Oleynikov c. Russie* (36703/04), un arrêt relatif à la reconnaissance d'une dette découlant d'un contrat de location ; CEDH, Grande Chambre, 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie* (15869/02) concernant un contrat de travail.

ainsi que de chauffeur d'une ambassade ou d'enseignant dans une école primaire gérée par l'État étranger défendeur.<sup>49</sup>

- 38 La restriction de l'immunité s'est avérée particulièrement importante pour les employés des organisations internationales. Tandis que l'immunité de ces organisations protège celles-ci contre les perturbations de leurs activités par l'État de leur siège, leurs employés n'ont en général accès qu'à cet État pour ester en justice contre leur employeur. L'exclusion de cette possibilité par l'octroi de l'immunité à celui-ci ne peut être acceptée que si, dans le statut de l'organisation en question, sont mises à la disposition des employés d'autres voies pour protéger efficacement leurs droits, plus particulièrement grâce aux institutions spéciales chargées du règlement de différends.<sup>50</sup>

## VI. La compétence internationale directe des juridictions

### (1) Accès à la justice

- 39 Le droit de toute personne reconnue par l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 « à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial » a été renforcé par l'article 14 du Pacte relatif aux droits civils et politiques ainsi que par l'article 6 al. 1 de la Convention européenne. Il implique le droit pour chaque personne d'avoir accès à la justice. Tout en affirmant ce principe, la Cour européenne a considéré que ce « droit à un tribunal (*right to a court*) » pouvait être soumis à des restrictions légitimes, notamment par des règles portant sur la compétence internationale des juridictions.<sup>51</sup> La Cour a cependant relevé « que l'article 6 implique un contrôle des règles de compétence en vigueur dans les États contractants aux fins de s'assurer que celles-ci ne portent pas atteinte à un droit protégé par la Convention ». <sup>52</sup> Dans ce contexte, elle a affirmé qu'un État contractant est *prima facie* obligé d'accorder la compétence de ses tribunaux si les contacts entre les faits d'une espèce et cet État constituent une connexion étroite.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> Voir la chronique de jurisprudence allemande en droit international public par *Matthias Hartwig*, Bericht zur völkerrechtlichen Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2013, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 77 (2017) 1019 – 1086, nos. 38, 41, 44.

<sup>50</sup> CEDH, Grande Chambre, 18 février 1999, *Waite et Kennedy c. Allemagne* (26083/94), cons. 68.

<sup>51</sup> CEDH, 3ème section, 1 mars 2016, *Arlewin c. Suède* (22302/10), cons. 66 – 67.

<sup>52</sup> CEDH, 5ème section, décision sur la recevabilité, 17 juin 2008, *McDonald c. France* (18648/04), En Droit, B.

<sup>53</sup> CEDH, n. 51, cons. 72, constatant et énumérant les contacts qui auraient, dans cette espèce, obligé la Suède à mettre ses tribunaux à la disposition de la victime d'une diffamation.

(2) *Rattachements*

- 40 Toutefois, ceci n'implique pas le choix obligatoire de certains rattachements de la compétence directe. Par le choix de rattachements de la compétence internationale directe, les États poursuivent des objectifs variés, processuels et matériels : la protection du défendeur contre l'exercice du pouvoir étatique ; la protection du demandeur contre la fuite du défendeur à l'étranger ; la mise en œuvre des règles de conflit de lois nationales et, par-là, souvent de la loi interne du pays du for ; la proximité du for aux preuves dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ; l'économie procédurale, etc. Ce sont des buts légitimes que les États sont libres de prioriser selon leurs besoins et choix politiques, étant entendu que la priorité accordée à l'un de ces buts implique souvent de donner un rang inférieur à un ou plusieurs des autres.
- 41 Sans préjudice de l'obligation des États de procurer un for de nécessité en des situations exceptionnelles,<sup>54</sup> les droits de l'homme ne requièrent pas que certains rattachements soient utilisés pour déterminer la compétence internationale. Un État est, par exemple, libre de déclarer ses tribunaux compétents pour les affaires relatives au statut personnel de ces ressortissants, tandis que pour ces mêmes affaires un autre État peut préférer baser la compétence de ses tribunaux sur la résidence habituelle d'une partie située dans son territoire. Le seul fait qu'un rattachement donné favorise plutôt le demandeur que le défendeur (ou *vice versa*) n'entraîne pas une violation du droit d'accès à un tribunal.

(3) *Fors exorbitants*

- 42 Au cours des dernières décennies, certains chefs de compétence ont été stigmatisés comme « exorbitants ». C'est par exemple le cas de la compétence des tribunaux français basée sur la seule nationalité française du demandeur ou défendeur, en vertu des articles 14 et 15 du Code civil, ainsi que de la compétence des tribunaux allemands qui ne dépend que de l'existence de valeurs patrimoniales du défendeur situées en Allemagne, en application du § 23 du Code de procédure civile. Aux États-Unis, la Cour Suprême a d'ailleurs protégé le défendeur non-résident dans l'État du for contre l'exercice d'une telle compétence exorbitante des tribunaux de celui-ci par le biais du 14<sup>ème</sup> amendement de la Constitution.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Voir infra, nos. 45 ss et.

<sup>55</sup> La clause dite de « due process » ; voir *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 44 U.S. 286, 291 (1980) : « The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment limits the power of a state court to render a valid personal judgment against a nonresident defendant. » Voir, pour l'évolution de la jurisprudence *Ronald Brand*, *Due Process*,

43 Alors que de tels chefs de compétence peuvent être critiqués sur le plan du droit constitutionnel ou de la politique législative en ce qu'ils accordent un privilège unilatéral à l'une des parties, ils ne privent pas nécessairement l'autre de son droit d'accès à un tribunal. En ce qui concerne le droit du défendeur à une procédure équitable assuré par l'article 6 al. 1 de la Convention européenne et également par l'article 14 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, il faut prendre en considération que d'autres instruments adoptés par la communauté internationale ont consacré la compétence internationale (exorbitante) de l'État du créancier/demandeur. C'est surtout le cas dans les conventions de La Haye portant sur les aliments, qui obligent les États contractants à exécuter les décisions rendues par les juridictions de l'État de la résidence habituelle du créancier.<sup>56</sup> Selon le principe d'interprétation harmonieuse esquissé supra<sup>57</sup>, ces conventions expriment l'opinion d'un grand nombre d'États que les chefs de compétence exorbitants, en tant que tels, ne violent pas le droit du défendeur à une procédure équitable.

*(4) Interdiction des discriminations*

44 Le droit d'accès à un tribunal doit être accordé par les États de façon non-discriminatoire. Or l'utilisation de rattachements qui se rapportent à certaines qualités des parties conduit, par nécessité, à distinguer entre les personnes qui revêtent ces qualités et les autres personnes. Si par exemple la France, dans l'article 14 du Code civil, met ses tribunaux à la disposition de ses ressortissants, il s'ensuit que les citoyens d'autres États qui se trouvent dans la même situation n'ont pas le même droit d'accès aux tribunaux français. La distinction fondée sur la nationalité peut être considérée comme une discrimination basée sur l'origine nationale au sens de l'article 14 de la Convention européenne ou de l'article 2 al. 1<sup>er</sup> du Pacte relatif aux droits civils et politiques. Une justification paraît possible lorsqu'il s'agit d'assurer le respect des lois destinées à être appliquées aux ressortissants français, par exemple en matière de statut

---

Jurisdiction and a Hague Judgments Convention, *University of Pittsburgh Law Review* 60 (1998-99) 661 – 706 (679 ss.).

<sup>56</sup> Voir l'article 7 § 1 de la Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires ainsi que l'article 20 § 1 c) de la Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille ; les deux conventions sont en vigueur pour plus de 20 ou même 30 États contractants, voir pour les textes et l'état des ratifications le site de la Conférence de La Haye : <http://www.hcch.net>.

<sup>57</sup> Voir le no. 26.

personnel. Mais en d'autres matières, une telle justification sera plus difficile ou même exclue.<sup>58</sup>

- 45 La liste des critères de distinction interdits dans l'article 2 du Pacte et l'article 14 de la Convention européenne est longue ; en matière de compétence juridictionnelle néanmoins, seuls quelques-uns revêtent une importance pratique. Parmi ceux-ci figurent le sexe et la religion. Dans plusieurs États du Moyen Orient, des tribunaux religieux sont compétents en matière de statut personnel et le droit d'accès à un tribunal n'est donc pas assuré de manière égale puisqu'il est accordé aux parties en vertu de leur religion. Il paraît douteux que cette distinction puisse être justifiée. La compétence séparée repose en effet sur l'application d'un droit religieux spécifique aux fidèles de chaque religion, or cet argument ne peut guère expliquer le besoin de juridictions séparées. Les divers droits religieux pourraient être appliqués par les juridictions étatiques, ce qui est de plus en plus fréquent dans d'autres États du Moyen Orient.<sup>59</sup>
- 46 Les discriminations fondées sur le sexe des parties sont rares en matière de compétence juridictionnelle. Un exemple est fourni par une ancienne règle du droit allemand qui faisait dépendre la compétence internationale des tribunaux allemands pour prononcer le divorce de deux époux étrangers de la reconnaissance de cette compétence par la seule loi du mari. Cette disposition a été annulée par la Cour constitutionnelle allemande pour violation de l'égalité entre les deux sexes.<sup>60</sup> En effet, cette règle faisait invariablement reposer sur l'épouse la charge de se renseigner sur un droit étranger.

(5) *Forum necessitatis*

- 47 (a) *Le droit d'accès à un tribunal.* – Le droit d'accès à un tribunal s'oppose à toute application d'une règle de droit interne qui aboutit à un déni de justice. Dans les affaires de droit international privé, un tel déni peut résulter du non-fonctionnement des juridictions de l'État compétent,

<sup>58</sup> La jurisprudence française paraît esquiver la question de savoir si l'article 14 du Code civil viole l'article 6 al. 1 de la Convention européenne, voir *Kinsch*, supra n. 32, 88 s. et 106 – 109 pour l'article 15 du Code civil. La Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question de savoir si l'article 14 ne portait pas atteinte au principe d'égalité et au droit à un procès équitable, Cass. civ. 29 février 2012, *Revue critique de droit international privé* 101 (2012) 884 avec un commentaire de *Laurence Usunier*, La compatibilité de l'article 14 du Code civil avec les droits fondamentaux, une question dépourvue de caractère sérieux ? Page 775 – 788.

<sup>59</sup> On renvoie aux informations fournies infra, no. 69 et la n. 81.

<sup>60</sup> Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 3 décembre 1985, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 71, 224, cité d'après la publication en *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts (IPRspr.) im Jahre 1985*, no. 155, p. 419, 422.

par exemple en cas de guerre ou d'émeutes. Il peut aussi découler d'une mauvaise coordination entre les règles de compétence des États intéressés. Dans de telles situations, le droit d'accès à un tribunal requiert de corriger l'opération des règles de compétence.

- 48 Dans l'affaire *Guadagnino c. Italie et France*<sup>61</sup>, une enseignante de nationalité italienne travaillait en qualité d'assistante au service des publications de l'École française de Rome, une institution fondée sur la base d'un accord culturel franco-italien de 1949. Son contrat de travail contenait une clause le soumettant au droit italien. En 1995, elle intenta une action contre la République française devant les juridictions italiennes pour se voir reconnaître une qualification plus élevée et le paiement de la différence entre le salaire effectivement versé et celui auquel elle estimait avoir droit.
- 49 La Cour de cassation italienne considéra que les juridictions italiennes n'étaient pas compétentes pour l'évaluation de l'activité de la requérante, celle-ci relevant des fins institutionnelles du Ministère français de l'Éducation nationale ; en revanche, la Cour estima que la demande de paiement avait un caractère purement patrimonial et ressortissait de la compétence des tribunaux italiens. Quand la requérante saisit ensuite le Conseil d'État français d'une demande concernant sa qualification, celui-ci rejeta le recours en affirmant l'incompétence des juridictions administratives françaises. Devant la Cour européenne, la requérante se plaignit d'un déni de justice en ce qu'aucun juge n'aurait compétence pour trancher au fond sa cause. La Cour, en examinant une violation du droit à un tribunal garanti à l'article 6 § 1 de la Convention, fit ressortir à nouveau le besoin de concilier ce droit et l'immunité de juridiction invoquée par l'Italie. Elle constata que les tâches de la requérante, ressortissante italienne, ne relevaient pas de la souveraineté française et que l'Italie avait de ce fait outrepassé la marge d'appréciation reconnue aux États s'agissant d'une limitation du droit d'accès d'un individu à un tribunal.
- 50 Il convient de noter que le déni de justice, qui selon la requérante résultait du rejet des actions intentées en Italie et en France, ne figure pas expressément dans la motivation de l'arrêt. La Cour se borne à condamner l'Italie et rejette le recours contre la France parce que la requérante n'avait pas épuisé les voies de recours internes, v. l'article 35 de la Convention. La Cour note dans un *obiter dictum* que l'employeur, c'est-à-dire la République française, n'a pas clarifié la compétence juridictionnelle par une clause insérée dans le contrat de travail. On peut donc supposer que l'incertitude qui entoure la compétence, et qui aboutit

---

<sup>61</sup> CEDH, Deuxième Section, 18 janvier 2011, *Guadagnino c. Italie et France* (2555/03).

dans les faits à un déni de justice, a affecté l'appréciation par la Cour de la proportionnalité. Ceci étant dit, l'arrêt peut être interprété comme exigeant, lorsque toutes les juridictions concernées par un litige se déclarent incompétentes, que sur la base de l'article 6 al. 1 de la Convention soit prévue la compétence exceptionnelle d'un juge qui selon les règles de droit international privé serait incompétent.

- 51 (b) *Le déni de justice.* – Cette conclusion est partagée dans plusieurs pays par la jurisprudence et la doctrine nationales, qui parfois invoquent l'article 6 § 1 de la Convention européenne et parfois des dispositions analogues de leurs constitutions ou lois respectives.<sup>62</sup> Or la mise en œuvre de ce droit de l'intéressé est difficile dans la pratique, parce qu'une définition précise du déni de justice fait défaut. Cette notion, à l'inverse de la compétence internationale directe, ne se rapporte pas toujours, à l'administration de la justice d'un pays entier. L'absence des critères énumérés à l'article 6 § 1 (impartialité, indépendance, délai raisonnable de la procédure) n'est normalement constatée que dans un cas particulier ; bien que l'on puisse parler alors d'un déni de justice, il n'est pas question de reconnaître une compétence exceptionnelle d'un autre État.
- 52 Pour qu'une telle compétence exceptionnelle soit reconnue, il est nécessaire de constater qu'une relation juridique privée ne peut faire l'objet d'une procédure civile nulle part dans les États liés de quelque manière que ce soit avec l'espèce, ou qu'il n'est pas possible de donner effet aux droits en cause dans un État. Cela se produira normalement pour des raisons qui affectent toute une catégorie d'espèces. On pense par exemple à une guerre civile ou des menaces contre le demandeur qui empêchent celui-ci d'intenter des actions dans l'État affecté.<sup>63</sup> Dans

<sup>62</sup> Voir pour la France *Petra Hammje*, La Cour européenne des droits de l'homme et la coopération transfrontière, *Journal européen des droits de l'homme* 2013, 403 – 410 (405 n. 11) ; pour l'Espagne, un arrêt de la Cour constitutionnelle basé sur le droit fondamental analogue de la Constitution espagnole est cité par *Patrick Kinsch*, n. 32, *Rec. des cours* 318 (2005) 45 ; pour l'Allemagne voir *Reinhold Geimer*, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7. éd., Köln : Otto Schmidt Verlag 2015, no. 1035 concernant l'article 6 de la Convention ainsi que no. 1923 pour le droit constitutionnel allemand ; pour un traitement détaillé de droit comparé voir *James Fawcett/Máire Ní Shúilleabháin/Sangeeta Shah*, supra, n. 47, p. 295 ss., paras. 6.73 ss. ; les auteurs expliquent qu'un *forum necessitatis* n'est pas expressément reconnu en droit anglais à cause de ses règles flexibles de la compétence directe, mais qu'il y a quand-même lieu de l'approuver, paras. 6.111 ss.

<sup>63</sup> *Bundesarbeitsgericht (BAG)* 29 juin 1978, *Juristenzeitung (JZ)* 1979, 647 note *Reinhold Geimer*. Selon la Cour fédérale du travail, l'exclusion de la compétence internationale des juridictions allemandes effectuée par le choix d'un for libanais pendant la guerre civile au Liban était sans effet parce qu'elle avait pour conséquence un déni de justice (sub III/2) ; sans faire référence à la Convention européenne, la Cour

certaines États, les liens voire la collusion entre le défendeur et un État peut aboutir à l'impossibilité pour le demandeur de faire valoir ses droits devant les juridictions de cet État.<sup>64</sup> De même, la non-reconnaissance d'un jugement étranger, par exemple un divorce, dans un État peut avoir pour conséquence que cet État doit permettre aux parties l'accès à ses juridictions pour requérir un deuxième jugement de divorce.<sup>65</sup> C'est dans les cas de ce genre qu'une compétence exceptionnelle des juridictions d'un État peut s'imposer pour éviter un déni de justice.

- 53 (c) *Le lien entre l'espèce et le for de nécessité.* – La reconnaissance d'une compétence exceptionnelle présente une difficulté supplémentaire lorsque plus de deux États sont intéressés à l'affaire ou qu'il n'en existe pas un seul en dehors de l'État auquel l'espèce est rattachée. Dans ces hypothèses, le besoin d'accès à un tribunal peut être satisfait dans plusieurs États. Quel pays intéressé doit alors mettre à disposition du demandeur ses tribunaux ? Convient-il d'énumérer les points de contact qui lient les faits de l'espèce aux États concernés de manière suffisante pour assigner la compétence exceptionnelle ? C'est l'approche choisie par la *International Law Association*,<sup>66</sup> mais la liste des rattachements retenus

---

invoque le sentiment de justice allemand (*deutsches Rechtsverständnis*). On peut aussi faire référence aux demandes des réfugiés juifs allemands contre leurs employeurs allemands dans les années 1930, voir par exemple *Oppenheimer v. Louis Rosenthal & Co.*, [1937] 1 All England Law Reports 23 (CA).

<sup>64</sup> V. les faits soumis à la CEDH, Deuxième Section, 21 juin 2016, *Naït-Liman c. Suisse* (51357/07), confirmé par la Grande Chambre le 15 mars 2018 : le requérant, un Tunisien réfugié en Suisse, alléguait avoir été torturé en Tunisie sur ordre de l'ancien ministre de l'intérieur de ce pays. Après sa fuite, il essaya d'obtenir justice devant les juridictions suisses en invoquant le for de nécessité. En Grande Bretagne le Privy Council a rappelé toute une série d'arrêts qui ont permis au demandeur de saisir les juridictions britanniques lorsqu'il ne pouvait pas compter sur l'accès à la justice dans un État étranger qui était plus proche de l'affaire, voir *Altimo Holdings v. Kyrgyz Mobil Tel. Ltd.*, [2012] 1 Weekly Law Reports 1804, 1827 ss. (PC) per Lord Collins of Mapesbury.

<sup>65</sup> Voir la décision de la Cour suprême du Japon du 24 juin 1996, *The Japanese Annual of International Law* 40 (1997) 132 s. : Un tribunal de la République démocratique allemande avait prononcé le divorce d'une femme de nationalité allemande et de son époux, un ressortissant japonais. La requête avait été notifiée par remise au parquet, ce qui avait pour conséquence la non-reconnaissance du divorce au Japon. À la demande formée par le mari rentré au Japon, la Cour suprême releva que les juridictions japonaises n'avaient pas de compétence internationale selon les règles en vigueur, mais reconnut le besoin d'accepter la compétence exceptionnelle des tribunaux japonais pour des « principes de justice et de raison ».

<sup>66</sup> Voir les Lignes directrices de Sofia sur les meilleures pratiques en matière d'actions civiles pour violation des droits de l'homme, adoptées par le Comité sur le contentieux privé international dans l'intérêt du public, Annexe à la Résolution 2/2012 ; le document se trouve sur le site de la *International Law Association* : <http://www.ila-hq.org>

comprend des liens qui sont évidents et par là même superflus ; en outre elle n'est pas limitative.

- 54 Une enquête comparative réalisée par la Cour européenne met en évidence les solutions variées qui sont en vigueur au niveau national.<sup>67</sup> Le droit belge requiert un « lien étroit » entre la cause et la Belgique.<sup>68</sup> Plusieurs juridictions se contentent de l'existence d'un « lien suffisant » que le juge saisi apprécie discrétionnairement, ce qui laisse le choix au demandeur. Cette solution se retrouve par exemple au Québec, en Pologne et dans l'article 3 al. 2 de la Loi suisse sur le droit international privé. Cette disposition prévoit en effet que le tribunal suisse est compétent comme for de nécessité si « la cause présente un lien suffisant » avec ce tribunal. Et c'est dans le même sens que le Règlement 4/2009 en matière d'obligations alimentaires exige qu'en l'absence d'une juridiction d'un État membre compétente, un for de nécessité à l'intérieur de l'Union européenne présente « un lien suffisant » avec le litige.<sup>69</sup>
- 55 (d) *La compétence civile universelle.* – Ce Rapport et le Projet de résolution ne concernent pas la question de savoir s'il existe une compétence civile universelle des tribunaux des États en matière de réparation des crimes internationaux. Cette question a fait l'objet d'une Résolution récente de l'Institut qui, sans affirmer des obligations strictes à la charge des États, a appelé les tribunaux à exercer leur compétence pour procurer un accès effectif à la justice des victimes de crimes

---

→Committees →International civil litigation & the interests of the public →Conference Resolution (French) Sofia 2012 ; voir le no. 2.3.

<sup>67</sup> CEDH, Deuxième Section, 21 juin 2016, *Naït-Liman c. Suisse* (51357/07), cons. 48 ss., 65 ss. Pour les faits, voir supra, n. 64 ; le refus des juridictions suisses de reconnaître leur compétence à titre de for de nécessité a été sanctionné par une courte majorité des juges de la Cour européenne, v. cons. 107 ; l'arrêt a été confirmé par la Grande Chambre le 15 mars 2018 ; l'arrêt a été confirmé par la Grande Chambre le 15 mars 2018.

<sup>68</sup> Voir l'article 11 de la Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, Moniteur belge du 27 juillet 2004 ; pour deux décisions qui ont, respectivement, nié et affirmé l'existence d'un « lien étroit », voir Civ. Bruxelles 2 décembre 2011 et 9 décembre 2011, Revue trimestrielle de droit familial 2012, 359 et 364 note *Caroline Henricot*, p. 369 – 372 ; ne constitue pas un déni de justice la nécessité d'entamer un procès dans un pays lointain (en espèce : au Pérou), voir Hof van Beroep Antwerpen 1 mars 2017, Rechtskundig Weekblad 2017-18, 306 avec une liste de situations qui peuvent être reconnues comme déni de justice, p. 308.

<sup>69</sup> Voir l'article 7 al. 2 du Règlement (CE) no. 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JO UE 2009 L 7/1 ; et, dans le même sens, l'article 11 al. 2 du Règlement (UE) no. 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, JO UE 2016 L 183/1.

internationaux.<sup>70</sup> Le point de départ de cette Résolution tient en effet à des considérations qui se rapportent aux droits de l'homme, plus particulièrement au droit de la victime à la réparation et au droit à un accès effectif à la justice.

(6) *Clauses de résolution de litiges*

- 56 Afin d'anticiper la survenance éventuelle de différends ultérieurs entre les parties, les contrats transfrontaliers contiennent souvent des clauses attribuant compétence pour en connaître soit à l'arbitrage, soit à des tribunaux étatiques désignés. Ces clauses découlent de l'autonomie privée, ce qui peut soulever des questions de compatibilité avec le droit national des contrats ou de la procédure civile. Mais elles n'intéressent les droits de l'homme qu'à titre exceptionnel. Le droit d'accès à un tribunal impartial et indépendant n'est pas affecté si les parties conviennent de la compétence exclusive de la juridiction d'un État qui n'est pas partie contractante de la Convention des droits de l'homme.<sup>71</sup> Il ne peut pas non plus être invoqué si elles ont stipulé, d'un commun accord, de soumettre leurs différends à l'arbitrage.<sup>72</sup>
- 57 L'attribution d'une compétence exclusive par une clause d'élection de for peut cependant conduire à une situation analogue à celle décrite supra<sup>73</sup> : des émeutes, l'occupation de la région par un adversaire ou une catastrophe naturelle excluent qu'une procédure puisse se dérouler devant le tribunal désigné par le contrat. De même, la mise en œuvre de la procédure arbitrale convenue dans le contrat peut s'avérer impossible dans les circonstances de l'espèce. Dans ces conditions, le droit d'accès à un tribunal commande que les juridictions d'autres États qui ont des contacts avec l'espèce se déclarent compétents en dépit de la clause. C'est ainsi que la Cour fédérale du travail de l'Allemagne a refusé de respecter une clause attribuant compétence exclusive au tribunal de Beyrouth pendant la guerre civile libanaise.<sup>74</sup> Dans quelques droits

---

<sup>70</sup> Session de Tallinn – 2015, Rapporteur : *Andreas Bucher* ; il convient de noter que la Cour européenne n'a pas affirmé d'obligation pour les États contractants de reconnaître une pareille compétence civile universelle de leurs juridictions, v. CEDH, Deuxième Section, 21 juin 2016, *Naït-Liman c. Suisse* (51357/07), cons. 107, 116 ; l'arrêt a été confirmé par la Grande Chambre le 15 mars 2018 ; v. aussi supra n. 64 et 67.

<sup>71</sup> Commission européenne des droits de l'homme, 6 mars 1989, *Gauthier c. Belgique* (12603/86), sub 2 : clause de juridiction renvoyant le requérant, un pilote employé par la compagnie Air Zaïre, devant le tribunal de Léopoldville (maintenant : Kinshasa).

<sup>72</sup> Commission européenne des droits de l'homme, 2 décembre 1991, *Jakob Boss Söhne KG c. Allemagne* (18479/91).

<sup>73</sup> Voir le no. 51.

<sup>74</sup> Bundesarbeitsgericht (BAG) 29 juin 1978, *Juristenzeitung (JZ)* 1979, 647 note *Reinhold Geimer*.

nationaux, ce résultat procède des doctrines du droit des contrats, comme par exemple celles de l'imprévision ou du *hardship*. En droit international, ce même résultat découle du droit d'accès à un tribunal qui impose le refus du respect de la clause d'élection de for.

- 58 Les clauses réglant la résolution des litiges ne sont pas toujours symétriques. Dans certains milieux professionnels, des clauses dites optionnelles de résolution des litiges sont habituelles dans la pratique.<sup>75</sup> Elles prévoient par exemple qu'une seule des parties puisse choisir qu'un litige se déroule, non pas devant les tribunaux compétents selon le droit commun ou une clause d'élection de for, mais devant un autre tribunal désigné par le contrat ou par le titulaire de l'option. De telles clauses s'expliquent dans les accords à longue durée comme par exemple un prêt si une partie est à même de transférer son patrimoine d'un État à l'autre et par-là gêner l'exécution future d'une créance dans un État spécifique. Or, il se peut aussi que l'option ne s'éteigne pas avec l'introduction de la demande par l'autre partie devant un tribunal compétent, mais que le titulaire puisse se prévaloir de l'option ultérieurement et désigner un autre lieu pour le litige. Selon leur rédaction dans le contrat, de telles clauses peuvent mettre à la charge de l'autre partie des coûts considérables et même lui faire courir le risque de perdre complètement l'accès à la justice, par exemple pour cause de prescription intervenue entretemps dans l'État désigné par le titulaire de l'option.
- 59 Parmi les droits protégés par l'article 6 § 1 de la Convention européenne se trouve le droit au procès équitable, qui comprend dans les « affaires de caractère civil ... l'exigence de 'l'égalité des armes' au sens d'un 'juste équilibre' entre les parties ». La Cour européenne a en effet considéré que ce droit implique pour « chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause ... dans les conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. »<sup>76</sup> Bien que ces formules ne se ramènent pas à l'exigence que les parties disposent de droits parfaitement égaux, il semble que certaines options unilatérales imposent à la partie qui n'en bénéficie pas un désavantage excessif qui ne peut être concilié avec l'article 6 § 1, tout au moins si est en cause une clause formulée d'avance qui ne limite pas l'exercice de l'option à la phase précontentieuse. Contrairement aux clauses d'élection de for

<sup>75</sup> Pour des informations supplémentaires et un traitement plus complet, voir *Mary Keyes/Brooke Adele Marshall*, Jurisdiction Agreements – exclusive, optional and asymmetrical, *Journal of Private International Law* 2015, 345 – 378 ; un exemple pour une telle clause asymétrique se trouve dans l'arrêt de la Commercial Court de Londres en *Commerzbank AG v. Liquimar Tankers Mgmt. Inc.*, [2017] 1 Weekly Law Reports 3497.

<sup>76</sup> CEDH, Chambre, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas* (14448/88), cons. 33.

égalitaires et aux clauses d'arbitrage, les clauses unilatérales permettent à l'une des parties d'exercer, pendant toute la durée de la procédure, une influence déséquilibrée sur l'issue du litige.

## **VII. La procédure civile en matière internationale et la coopération judiciaire**

- 60 Le déroulement d'une procédure civile peut affecter les droits de l'homme procéduraux de multiples façons, qui n'entrent pas néanmoins dans le domaine du présent Rapport car il s'agit dans leur grande majorité de questions qui ne sont pas spécifiques au droit international privé. Il en va différemment pour les aspects de la procédure qui ont trait à l'internationalité de l'espèce et du litige, par exemple les notifications, la langue de la procédure ainsi que les traductions requises, l'obtention des preuves, la possibilité pour les parties de s'informer sur le droit étranger applicable, la motivation de la décision, et enfin l'exécution. Dans tous ces domaines, des questions peuvent être soulevées qui touchent au droit à la procédure équitable au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne. Il appartient donc aux juges compétents d'interpréter et d'appliquer les règles du droit processuel national en harmonie avec les exigences qui découlent de ce texte.
- 61 Revêtent un intérêt particulier pour ce Rapport les règles concernant la coopération judiciaire internationale, notamment celles qui portent sur la notification des documents, l'obtention des preuves à l'étranger et l'information sur le droit étranger. Ces formes de coopération sont réglées par de nombreuses conventions multilatérales et bilatérales ainsi que par des règlements européens. Les difficultés pour une coopération judiciaire efficace résultent de la nécessité de coordonner deux systèmes de procédure civile qui ont évolué de façons indépendantes et ne sont pas alignés l'un sur l'autre. De plus, il est possible que les autorités de chacun des deux États cherchent à protéger l'intérêt de celle des parties du procès qui est ressortissante de cet État. De telles configurations risquent donc de prolonger les procédures de manière excessive et par là d'entraver le droit à une procédure équitable menée à sa fin dans un délai raisonnable, tel qu'il est garanti par l'article 6 § 1 de la Convention européenne.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> L'article 14 al. 1 du Pacte relatif aux droits civils et politiques ne fait pas référence explicite au délai raisonnable, mais il paraît que le droit à une procédure équitable protégé par cette disposition inclut l'accomplissement dans un délai raisonnable, voir *Sarah Joseph/Melissa Castan*, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 3<sup>rd</sup> ed. Oxford University Press 2013, p. 469 – 473, para. 14.90 ss. ; à cet égard, les auteurs citent plusieurs communications – non contraignantes, voir p. 22 – adoptées par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, entre autre les considérations formulées à l'occasion de l'affaire *Muñoz Hermoza c. Pérou* (203/86) : « With regard to

- 62 Dans l'affaire *Karalyos et Huber c. Hongrie et Grèce*, un magicien-illusionniste hongrois et sa femme avaient été engagés par une société d'armement grecque pour un navire de croisière. Ayant perdu son équipement dans un incendie à bord, le couple hongrois intenta en 1995 une action en dommages-intérêts contre l'armateur devant les juridictions hongroises qui se servirent, pour obtenir des renseignements sur le droit grec, du mécanisme d'une convention bilatérale d'assistance judiciaire conclue entre la Grèce et la Hongrie. En réponse à plusieurs requêtes du tribunal hongrois adressées au Ministère de justice grec, celui-ci demanda à chaque fois des éclaircissements additionnels sur les faits. Même après neuf ans, la procédure était toujours pendante en première instance devant le tribunal hongrois sans que celui-ci ait pris d'autres mesures pour la faire avancer.
- 63 La Cour européenne des droits de l'homme releva qu'elle n'était pas compétente pour interpréter la Convention gréco-hongroise et que, de ce fait, la requête ne pouvait viser que la Hongrie.<sup>78</sup> Concernant la durée de la procédure, la Cour estima qu'elle était essentiellement imputable aux comportements du tribunal et du gouvernement hongrois. Elle critiqua les autorités hongroises notamment pour n'avoir pas eu recours aux services d'un expert pour obtenir des renseignements sur le droit grec et pour n'avoir pas substitué l'application du droit hongrois à celle du droit grec bien que le droit international privé hongrois prévoie cette possibilité.<sup>79</sup> La Cour met en relief l'importance des circonstances particulières de chaque espèce pour caractériser la durée déraisonnable d'une procédure. Il est néanmoins apparent que le risque d'un fonctionnement trop lent de la coopération judiciaire internationale est limité par le droit à un procès équitable qui se termine dans un délai raisonnable.

### VIII. Les conflits de lois – principes généraux

#### (1) *Rattachements – remarques préliminaires*

- 64 En l'absence de dispositions spécifiquement adaptées à la dimension transfrontalière d'une situation, le droit international privé procède à la résolution des litiges qui surgissent par la désignation, selon le principe de proximité, d'un droit national (ou sous-national), donc par une sorte de nationalisation du conflit international. À cette fin, le droit international privé utilise des critères de rattachement de l'espèce à un pays et son

---

the requirement of a fair hearing as stipulated in article 14, paragraph 1, of the Covenant, the Committee notes that the concept of a fair hearing necessarily entails that justice be rendered without undue delay. »

<sup>78</sup> CEDH, Seconde section, 6 avril 2004, *Karalyos et Huber c. Hongrie et Grèce* (75116/01), cons. 40. L'arrêt n'existe qu'en langue anglaise.

<sup>79</sup> CEDH, note précédente, cons. 35.

ordre juridique ; ce sont parfois les liens tenant aux personnes intéressées, parfois des liens géographiques tenant aux choses, aux marchés, aux événements, etc.

- 65 Les résultats atteints par l'application combinée des règles de conflit de lois et d'un droit matériel national destiné aux situations nationales ne sont pas toujours à la hauteur de ce que peuvent attendre les parties qui ont fait appel à un tribunal. C'est dans certains cas de ce genre que se pose la question de savoir si *le résultat* est compatible avec les droits de l'homme. De telles conséquences peuvent se produire dans des contextes très variés que le présent rapport ne pourrait pas décrire de manière exhaustive ; il suffit de donner des exemples qui renvoient à la nécessité de réformer certaines règles de conflit.
- 66 Sauf dans les hypothèses de rattachements discriminatoires, ce n'est pas la règle de conflit en tant que telle qui fait problème, c'est son application en combinaison avec le droit national qu'elle désigne. La plupart des rattachements figurant dans les règles de conflit soulèvent en effet peu de doutes au regard des droits de l'homme. Ceci est vrai par exemple pour le lieu de situation d'un bien, le lieu de survenance d'un délit ou la localisation d'un marché. Néanmoins d'autres critères de rattachements comme la nationalité ou la résidence habituelle se rapportent à certaines qualités des parties ou d'autres personnes qui sont titulaires de droits de l'homme. C'est dans ce cadre que peut se poser la question de la compatibilité avec les droits de l'homme de la règle de conflit prise isolément, c'est-à-dire sans tenir compte du droit matériel auquel elle renvoie.

(2) *Interdiction des discriminations*

- 67 Dans ce contexte, l'interdiction de toute forme de discrimination doit être respectée. Sont interdites, selon l'article 2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques et l'article 14 de la Convention européenne, les distinctions fondées sur le sexe, la religion, l'origine nationale ainsi que d'autres critères qui ne revêtent pas d'importance pratique en droit international privé.
- 68 (a) *Origine nationale et religion.* – En ce qui concerne la distinction basée sur l'origine nationale, on peut soutenir que cette interdiction inclut le rattachement à la nationalité pratiqué en de nombreuses législations de droit international privé en matière de statut personnel. Le rattachement à la religion se retrouve lui aussi, également en matière de statut personnel, dans les règles de conflits interpersonnels telles qu'elles existent dans les

États du Moyen Orient surtout<sup>80</sup> ; il est respecté, en tant que rattachement secondaire, par beaucoup d'autres législations.<sup>81</sup>

- 69 Avant de censurer de telles règles de conflit, il faut cependant examiner des justifications possibles. Le but de proximité poursuivi par les règles de rattachement du droit international privé peut se rapporter, selon les priorités politiques établies dans les divers pays, à la distance locale mais aussi à la distance idéale ou spirituelle entre une situation et un ordre juridique. Tandis que le droit de la famille ressort du droit étatique dans beaucoup d'États, il est considéré comme plus proche de la religion et des règles religieuses dans d'autres. Les États du second groupe ont, par conséquent, souvent renoncé à légiférer dans ce domaine et l'invocation des droits de l'homme n'est pas à même de combler cette lacune. Le renvoi par une règle de conflit au droit religieux paraît donc justifié au sens des critères affichés supra<sup>82</sup> et ne peut pas être critiqué comme discriminatoire en tant que tel. Ceci n'exclut pas que l'application du droit religieux conduise à un résultat qui, lui, constitue une violation des droits de l'homme.
- 70 Il en va autrement lorsqu'une règle de conflit privilégie de manière systématique les fidèles d'une même religion dans un rapport juridique entre personnes de confessions diverses. C'est le cas en plusieurs pays musulmans où le droit islamique s'applique de façon impérative aux mariages mixtes en vertu d'une règle de conflit interpersonnel du droit interne qui est expression de la tradition culturelle de ces pays. Alors que

<sup>80</sup> Voir l'aperçu comparatif – et en partie obsolète – par *Kurt Lipstein/Istvan Szászy*, *Interpersonal Conflict of Laws*, in : *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, Tübingen, Leiden et Boston 2011, ch. 10, achevé en 1984 ; pour des aperçus plus récents par rapport au droit égyptien, voir *Nadjma Yassari*, *Egypt*, in *Jürgen Basedow/Franco Ferrari/Pedro de Miguel Asensio/Giesela Rühl*, eds., *Encyclopedia of Private International Law (EncyPIL)*, vol. 3, Cheltenham, 2017, p. 2053 – 2061 (2059), pour l'Iran *id.*, Iran, *ibid.*, 2173 – 2182 (2180) ; pour Israël voir *Talia Einhorn*, *Private International Law in Israel*, 2<sup>ème</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2012, p. 190 ss., pour le Liban *Pierre Ganagé*, *Liban – Droit international privé*, *Jurisclasseur de droit comparé*, feuille mobiles, fasc. 5 = Liban fasc. 60, Paris, LexisNexis 2010 ; *Marie-Claude Najm*, *Lebanon*, in *EncyPIL*, vol. 3, p. 2264 – 2276 (2266 et 2270 s.).

<sup>81</sup> C'est notamment le principe sanctionné par les Conventions de La Haye, par exemple dans l'article 49 de 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, voir le site de la Conférence de La Haye : [www.hcch.net](http://www.hcch.net), →instruments ; voir aussi, pour l'Union européenne, l'article 15 du Règlement (UE) no. 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JO UE 2010 L 343/10.

<sup>82</sup> Voir supra, no. 22 s.

les relations juridiques internes ne font pas l'objet de ce rapport, les mariages mixtes ont souvent une dimension internationale et intéressent donc le droit international privé. Dans ce domaine la règle de conflit mentionnée se heurte à « la primauté d'égalité et de non-discrimination, particulièrement en raison du sexe et de la religion, reconnus par le droit international coutumier » que l'Institut a rappelée dans sa Résolution portant sur « différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille ».<sup>83</sup>

- 71 Les mêmes conclusions doivent être tirées pour le rattachement du statut personnel à la nationalité. Il est vrai que ce rattachement se trouve en recul dans les lois plus récentes du droit international privé. Il est vrai également que la progressive perméabilité des frontières nationales fait augmenter la mobilité transfrontalière, de telle sorte que la mise en œuvre du rattachement à la nationalité multiplie les problèmes pratiques et peut rendre la protection juridique plus compliquée. Il existe donc de bonnes raisons politiques pour remplacer la nationalité par d'autres critères de rattachement comme la résidence habituelle. Il n'en demeure pas moins que la nationalité d'une personne constitue un lien de proximité légale et souvent idéologique, voire émotionnelle, qu'un État peut prioriser en droit international privé sans se voir reprocher de violer l'interdiction de la discrimination fondée sur l'origine nationale.
- 72 Ayant à connaître d'une demande en partage de droits à la retraite dans le cadre d'une procédure de divorce impliquant deux époux iraniens domiciliés en Allemagne le tribunal allemand prononça le divorce mais débouta l'épouse de sa demande en partage. Il fonda sa décision sur le droit iranien applicable en vertu d'un traité d'établissement conclu entre l'Allemagne et l'Iran en 1929 qui donne compétence à la loi nationale en matière de statut personnel. Suite à la requête de l'épouse, la Cour européenne déclara le rattachement à la nationalité compatible avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne : « ... especially in conflict of laws cases, the differentiation for all family issues according to nationality and not to habitual residence is a well-known principle which aims at protecting a person's close connection with his or her home country. Therefore, ... the decisiveness of a person's nationality cannot be considered to be without 'objective and reasonable justification'. In this respect, it must also be noted that the applicant had been free to choose the

---

<sup>83</sup> Voir le préambule de la Résolution de Cracovie de 2005, Rapporteur : *Paul Lagarde*.

application of German law, together with her husband, by notarial certification. »<sup>84</sup>

- 73 Or le rattachement à la nationalité peut revêtir un caractère discriminatoire si une règle de conflit réserve certains droits aux ressortissants de l'État du for sans accorder des droits semblables aux étrangers dans des situations analogues. C'est ainsi qu'une loi française de 1819 permettait, dans le cas d'un partage d'une succession entre des cohéritiers étrangers et français, aux seconds de prélever sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus en vertu des lois locales. Pareil droit n'avait pas été accordé aux cohéritiers étrangers. Cette loi, qui a servi de modèle à la législation de nombreux pays de l'Amérique latine,<sup>85</sup> a été supprimée comme discriminatoire par le Conseil constitutionnel.<sup>86</sup> D'autres règles de conflit qui privilégient les ressortissants de l'État du for et paraissent discriminatoires se trouvent par exemple dans l'article 14 du Code civil égyptien<sup>87</sup> et en d'autres dispositions semblables des pays musulmans qui renvoient à la loi du for lorsqu'un seul époux à la nationalité de ce pays.
- 74 (b) *Sexe*. – La marge d'appréciation des États est plus restreinte en ce qui concerne la discrimination fondée sur le sexe.<sup>88</sup> Des règles de conflit qui, dans les familles à nationalité mixte, renvoient toujours à la loi du mari ou à la loi du père ont invariablement pour conséquence que la femme ou mère est grevée de la charge et des coûts d'obtenir des informations sur un droit étranger, tandis que la position procédurale du mari ou père est privilégiée à cet égard par l'application de sa propre loi. Il n'y a pas de justification pour cette discrimination. La proximité de la situation n'est pas caractérisée de manière plus forte par les qualités du mari que par

<sup>84</sup> CEDH, Cinquième section, 9 mars 2010, *Ammdjadi c. Germany* (51625/08) sub D. L'arrêt n'a pas de considérants numérotés et n'existe qu'en langue anglaise.

<sup>85</sup> *Jürgen Basedow*, National privileges in the law of international succession – A comparative account of French and Latin American developments, in *Temas actuales de derecho internacional – Homenaje al Profesor emérito Mario Ramírez Necochea*, Thomson Reuters Chile 2017, p. 35 – 53, section 3 et 4 de l'article.

<sup>86</sup> Conseil constitutionnel 5 août 2011 no. 2011-159 QPC, *Journal du droit international* (Clunet) 2012, 135, note *Sara Godechot-Patris*. Voir aussi *Mariel Revillard*, L'abrogation du droit de prélèvement des héritiers français, *Répertoire du notariat Defrenois* 2011, 1351.

<sup>87</sup> Pour une traduction anglaise de la loi voir *Jürgen Basedow/Giesela Rühl/Franco Ferrari/Pedro de Miguel Asensio*, dir., *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 4, Edward Elgar 2017, p. 3159 ; voir aussi *Nadjma Yassari*, supra, n. 80, p. 2059.

<sup>88</sup> CEDH, Première section, 9 novembre 2010, *Losonci Rose et Rose c. Suisse* (664/06), cons. 41 : « ...seules les considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe ».

celles de l'épouse. Le besoin d'identifier une seule loi applicable dans un mariage mixte peut être satisfait par d'autres règles de conflit et ne requiert pas de privilège masculin.

- 75 La Cour constitutionnelle allemande a affirmé ce principe à plusieurs reprises. Dans l'arrêt fondateur de 1971, dit « des espagnols », elle a considéré que les règles de désignation du droit international privé, loin d'avoir un caractère purement technique, sont soumises au contrôle constitutionnel et doivent se conformer aux droits fondamentaux.<sup>89</sup> En 1983, la Cour a finalement annulé l'ancienne règle de conflit soumettant le régime matrimonial à la loi nationale du mari. Cette nullité serait catégorique, indépendamment du contenu de la loi applicable, puisque la discrimination de la femme découlerait de la règle de conflit de loi même si en substance la loi du mari était plus avantageuse pour elle que sa propre loi nationale.<sup>90</sup> Un arrêt ultérieur a tiré la même conclusion à propos de l'ancienne règle de conflit qui, en matière de divorce, renvoyait également à la loi nationale du mari.<sup>91</sup> Ces décisions se trouvent en harmonie avec les dispositions des articles 15 et 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.<sup>92</sup> Sur la discrimination indirecte, voir infra.<sup>93</sup>

(3) *L'autonomie de la volonté*

- 76 Au cours des dernières décennies, le choix de la loi applicable par les personnes privées a été de plus en plus souvent retenu par les législations nationales et internationales comme une méthode de détermination de la loi applicable. En matière de contrats, l'autonomie de la volonté a reçu une approbation presque universelle,<sup>94</sup> et on constate son adoption

<sup>89</sup> Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 4 mai 1971, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 31, 58, aussi reproduit en Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts (IPRspr.) im Jahre 1971, no. 39, p. 101, 109 – 113 ; dans cette espèce, l'objet de l'examen était plutôt l'application du droit étranger (espagnol) que la règle de conflit allemande.

<sup>90</sup> BVerfG 22 février 1983, BVerfGE 63, 181, cité d'après la publication en IPRspr. 1983, no. 56, p. 134, 140.

<sup>91</sup> BVerfG 8 janvier 1985, BVerfGE 68, 384, cité d'après la publication en IPRspr. 1985, no. 70, p. 191, 194.

<sup>92</sup> Voir supra, n. 9.

<sup>93</sup> Voir infra, no. 87 ss.

<sup>94</sup> On signalera, pour l'Union européenne, l'article 3 de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980, JO 1980 L 266/1, qui a été transformée en Règlement « Rome I », Règlement (CE) no. 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO 2008 L 177/6 qui est en vigueur pour les États Membre de l'UE à l'exception du Danemark ; pour l'Amérique, cf. l'article 7 de l'Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, signée à Mexico le 17

progressive en d'autres domaines également, par exemple en matière de divorce, d'aliments, de successions, de responsabilité délictuelle et même en matière de droits réels.<sup>95</sup> En dépit des multiples restrictions qui demeurent, il paraît justifié de considérer le choix de loi comme une méthode qui est généralement approuvée en droit international privé, à côté des liens personnels et géographiques utilisés comme critères de rattachement.

- 77 *L'Institut* a reconnu l'autonomie de la volonté relative aux contrats internationaux dans une Résolution de Bâle. Cette Résolution ne se limite pas à caractériser l'autonomie de la volonté comme « un des principes de base du droit international privé, » mais ajoute qu'elle « est également consacrée comme liberté individuelle par plusieurs conventions et par diverses résolutions des Nations Unies. »<sup>96</sup> La « liberté individuelle » à laquelle fait référence la Résolution de *L'Institut* a déjà été évoquée par son co-fondateur *Mancini*.<sup>97</sup> Dans les délibérations de Bâle, on a relevé que le « fondement [de l'autonomie de la volonté] ... est inspiré et intégré par les conventions internationales sur les droits de l'homme [et que sa] légitimation ... réside en la liberté des individus et des entreprises privées de mener leurs affaires personnelles et commerciales ... »<sup>98</sup> Il faut souligner que ces considérations, surtout celle qui se rapporte aux affaires personnelles, ne concernent pas que le domaine des contrats.
- 78 Or l'autonomie de la volonté est plutôt un principe qu'une règle de conflit. En droit positif, ce principe se décline en une grande variété de formes et de modalités. Les législations tiennent à restreindre l'autonomie de la volonté dans plusieurs types de situations : pour protéger les tiers contre un exercice de la volonté auquel ils ne participent pas ; pour rétablir un équilibre entre des parties de puissance inégale ; pour sauvegarder le bien public qui s'exprime en des règles impératives telles que les lois d'application immédiate et l'ordre public. En ce sens, le

---

mars 1994, voir le site de l'Organisation des États américains : [www.oas.org](http://www.oas.org). Quelques États en Amérique latine et au Moyen Orient rejettent encore l'autonomie de la volonté, voir *Jürgen Basedow*, *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, The Hague, Brill Nijhoff 2015, pp. 117 ss.

<sup>95</sup> Voir *Basedow*, note précédente, pp. 153 – 274.

<sup>96</sup> Voir les deuxième et troisième alinéas du préambule de la Résolution de Bâle portant sur L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux (Rapporteur *Erik Jayme*), *Annuaire de l'Institut de Droit international*, vol. 64, tome II, Paris, Pedone 1992, p. 382.

<sup>97</sup> *Yuko Nishitani*, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, Winter, 2000, pp. 45 – 47.

<sup>98</sup> *Annuaire*, supra n. 96, p. 132.

recours à l'autonomie de la volonté constitue plutôt un appel aux législateurs des États qu'une règle susceptible d'application directe.

(4) *Les normes impératives*

79 (a) *Les droits de l'homme, partie de l'ordre public national.* – L'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit est exclue si elle porte atteinte aux principes fondamentaux de l'ordre juridique du for ou si des lois de polices ou lois d'application immédiate s'y opposent. Ces exceptions sont regroupées ici sous la désignation de normes impératives. Elles se trouvent dans tous les systèmes de droit international privé. Quant à l'ordre public, sa mise en œuvre ne dépend pas du contenu abstrait de la loi étrangère mais du résultat de son application à l'espèce et de l'existence ou non d'une relation de proximité entre les faits de l'espèce et l'État du for. Font notamment partie de l'ordre public du for les droits fondamentaux.<sup>99</sup>

80 Le fait que cette réserve ait pour but de protéger les principes et valeurs du système juridique national n'exclut pas que des valeurs reconnues par la communauté internationale fassent partie de l'ordre public du for. Ceci concerne notamment les droits de l'homme.<sup>100</sup> Si l'espèce présente des liens de proximité suffisants avec l'État du for, l'ordre public international s'oppose surtout à l'application d'une loi qui méconnaît le principe de non-discrimination, par exemple en accordant aux fils du *de cuius* une part héréditaire plus élevée qu'à ses filles.<sup>101</sup> L'appréciation que le juge est appelé à porter sur les circonstances spécifiques de l'espèce en cas d'invocation de l'ordre public est conforme avec les principes applicables en matière de droits de l'homme. Dans ce domaine aussi, la mise en

<sup>99</sup> En ce sens déjà, V. la Cour constitutionnelle allemande dans l'arrêt « des espagnols », supra n. 89 ; la jurisprudence a été consacrée par l'article 6 de la Loi d'introduction au Code civil réformée en 1986, voir Erik Jayme, *Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, C.F.Müller 1989, p. 14 – 15.

<sup>100</sup> Voir Jayme, note précédente, p. 52 ; Paul Lagarde, *Public Policy*, in : *International Encyclopedia of Comparative Law* vol. III/1, ch. 11-56 ; Hélène Gaudemet-Tallon, *Nationalité, statut personnel et droits de l'homme*, in Heinz-Peter Mansel et al., dir., *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, München, Sellier 2004, 205 – 221 (218 s.) ; eadem, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses*, Rec. des cours 312 (2005) nos. 469 – 485 en faveur d'une hiérarchie des droits de l'homme ; voir aussi la critique de Kiestra, supra n. 32, p. 73.

<sup>101</sup> Ceci est le cas dans les droits de tradition islamique, voir par exemple les articles 907 al. 4 du Code civil iranien, 155 du Code de la famille algérien, 103 no. 3 du Code du statut personnel tunisien, 19 de la Loi égyptienne no 77/1943 sur la succession ; voir aussi *Nadjma Yassari*, *Intestate Succession in Islamic Countries*, in *Kenneth Reid/Marius de Waal/Reinhard Zimmermann*, dir., *Intestate Succession*, Oxford University Press 2015, p. 421 – 441 (429 f.).

balance des droits affectés et des buts politiques poursuivis doit être effectuée au cas par cas.<sup>102</sup>

- 81 (b) *Les droits de l'homme, limites des normes impératives.* – Or les droits de l'homme et l'ordre public international, loin d'être identiques, se chevauchent plutôt comme deux cercles aux pivots différents. On a relevé à juste titre que compte tenu de leur reconnaissance universelle, l'invocation des droits de l'homme, à l'inverse de celle de l'ordre public, ne peut pas dépendre d'une relation de proximité entre l'espèce et l'État du for.<sup>103</sup> Néanmoins, les droits de l'homme ne s'opposent pas seulement, comme le fait l'ordre public international du for, aux résultats découlant de l'application d'un droit étranger, mais également à la mise en œuvre des dispositions semblables du for. Par exemple, le juge est non seulement amené à rejeter, en matière de successions, les règles étrangères qui s'avèrent discriminatoires à l'encontre des enfants naturels, il doit également ignorer, s'il y en a, de telles dispositions de sa propre loi.<sup>104</sup>
- 82 Il se peut même que les droits de l'homme s'opposent à l'invocation de l'ordre public du for. C'est ainsi que les autorités et juridictions françaises ont refusé d'enregistrer un enfant comme descendant d'un couple français qui avait passé un contrat de gestation pour autrui avec une mère porteuse américaine. En invoquant les articles 16-7 et 16-9 du Code civil, la Cour de cassation a affirmé que la gestation pour autrui était contraire à l'ordre public français,<sup>105</sup> une décision que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré comme contraire au droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne.<sup>106</sup> On voit donc que les droits de l'homme, reconnus comme éléments de l'ordre public du for, peuvent aussi entrer en conflit avec ce même ordre public – une relation ambivalente.
- (5) *Le statut personnel et le principe de reconnaissance*
- 83 Le statut personnel inclut plusieurs qualités d'une personne humaine comme par exemple le nom, le sexe ou le statut célibataire, marié ou divorcé. Ces qualités font partie de son identité qui est protégée par le

<sup>102</sup> Voir supra, no. 24.

<sup>103</sup> *Lagarde*, supra n. 100, ch. 11-56.

<sup>104</sup> CEDH, Cour plénière, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique* (6833/74), cons. 59 : violation des articles 8 et 14, appliqués en combinaison dans une espèce interne.

<sup>105</sup> Voir trois arrêts du 11 juin 2011, notamment Cass. 11. Juin 2011 (no. 369-09-66.486), *Gazette du Palais* 2011. Rec. p. 1181.

<sup>106</sup> CEDH, Cinquième section, 26 juin 2014, *Labassée c. France* (65941/11), cons. 75 – 80 ; CEDH, Cinquième section, 26 juin 2014, *Menesson c. France* (65192/11), cons. 96 – 101.

droit à la vie privée assuré par les instruments internationaux.<sup>107</sup> Or, le statut personnel est l'œuvre d'un droit national applicable en conformité avec le droit international privé d'un État. La mobilité transfrontière des individus conduit, dans l'État de destination, à l'application d'autres règles de conflit qui peuvent renvoyer à une loi nationale diverse. Son application peut aboutir à un autre statut personnel. En de telles circonstances se pose la question de savoir si le droit à la vie privée assure la stabilité et continuité du statut personnel acquis à l'étranger.

- 84 À première vue une réponse affirmative et catégorique paraît s'imposer, tout au moins si le statut personnel a été déterminé à l'étranger dans une procédure équitable et si ce statut est compatible avec l'ordre public international du for. Toutefois, un examen plus attentif suggère une réponse plus prudente. Il existe un nombre d'instruments internationaux qui requièrent des conditions additionnelles pour la reconnaissance d'un statut acquis à l'étranger et qui expriment des vues plus nuancées de la communauté internationale à cet égard. C'est ainsi que la Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces établit des conditions de compétence indirecte et de nationalité pour la reconnaissance.<sup>108</sup> De même la reconnaissance de mesures adoptées à l'étranger pour la protection d'un adulte qui inclut entre autres la détermination de son incapacité et l'établissement de la tutelle dépend de la compétence indirecte de l'autorité étrangère selon la Convention pertinente de La Haye.<sup>109</sup>
- 85 Il se peut que les inconvénients causés par la non-reconnaissance d'un statut personnel acquis à l'étranger soient perçus plus fortement dans le futur et que ceci aille accentuer le besoin d'une reconnaissance (presque) inconditionnelle. On a même parlé d'une nouvelle méthode, celle de la reconnaissance de situations qui distingue entre la création des situations juridiques selon la loi désignée par la règle de conflit du for, et l'efficacité de ces situations dans les autres États, qui serait soustraite à l'application des règles de conflit de ces États.<sup>110</sup> On examinera ce nouveau principe de plus près dans un contexte plus spécial qui est celui du droit au nom des individus.<sup>111</sup> Une telle réorientation va se produire

<sup>107</sup> Voir l'article 17 du Pacte relatif aux droits civils et politiques ainsi que l'article 8 al. 1<sup>er</sup> de la Convention européenne, l'article 11 al. 2 de la Convention américaine.

<sup>108</sup> Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, faite le 1<sup>er</sup> juin 1970 ; voir les articles 2 et 7. La Convention est en vigueur pour 19 États.

<sup>109</sup> Voir l'article 22 de la Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes, faite le 13 janvier 2000 ; la Convention est en vigueur pour 11 États.

<sup>110</sup> Voir *Paul Lagarde*, dir., *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013 ; voir surtout id., *Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés*, p. 19 – 25.

<sup>111</sup> Voir infra, nos. 93 ss.

surtout dans les domaines où la détermination étrangère du statut se fait en coopération avec les autorités de l'État de reconnaissance, comme par exemple en matière d'adoption d'enfants. Dans ce domaine la Convention de La Haye a en effet réduit les possibilités de non-reconnaissance d'une adoption survenue à l'étranger parce que les autorités du pays d'origine et celles du pays d'accueil prennent part à l'adoption tout au long de la procédure.<sup>112</sup> Il serait cependant prématuré, à l'heure actuelle, de faire ressortir un tel développement général, si désirable soit-il, de l'action directe des droits de l'homme.

### **IX. Les conflits de lois – règles spéciales**

#### *(1) La capacité juridique*

- 86 (a) *Personnes physiques.* – Selon les conventions en matière de droits de l'homme, les droits à la vie, à la liberté, à un procès équitable etc. qu'elles protègent appartiennent à « toute personne ». Il s'ensuit qu'il n'y a pas d'être humain qui soit dépourvu de la capacité d'acquérir des droits et d'en être titulaire. L'esclavage ou la « mort civile » ne sont pas compatibles avec ce socle commun des conventions portant sur les droits de l'homme. En d'autres termes, chaque être humain a la capacité juridique. Ce principe fondamental reconnu par l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que par l'article 16 du Pacte relatif aux droits civils et politiques est occulté par les lois nationales de droit international privé, qui renvoient à une loi nationale pour établir la capacité juridique. En vertu des droits de l'homme, il faut plutôt reconnaître la capacité juridique de chaque personne physique en tant que règle substantielle de droit international privé.
- 87 (b) *Personnes morales.* – Le principe de la pleine capacité juridique n'est pas applicable aux personnes morales et aux autres entités fondées dans un État. Celles-ci sont les créations d'un système de droit spécifique et leur capacité d'acquérir des droits n'est pas toujours reconnue par d'autres systèmes. Selon le droit international privé d'un grand nombre d'États, y compris en vertu de lois récentes,<sup>113</sup> la capacité juridique d'une entité est régie par le droit du pays de son siège réel et non pas par le droit du pays de sa fondation. Par conséquent, est dépourvue de personnalité

<sup>112</sup> Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération internationale en matière d'adoption, faite le 29 mai 1993 ; voir les articles 4 s. et 23 ss. ; la Convention est en vigueur pour 98 États.

<sup>113</sup> Voir, pour la Belgique, les articles 110 et 111 de la Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, Moniteur Belge du 27 juillet 2004, et pour la Pologne l'article 17 de la Loi du 4 février 2011, traduction française à la Revue critique de droit international privé 101 (2012) 225 ss.

morale dans ces États une entité ayant son siège réel dans un autre État que celui de sa fondation. Partant, une telle entité n'est pas habilitée à acquérir des droits dans un État renvoyant au droit du siège réel.

- 88 Dans la mesure où une telle entité est titulaire de droits ou d'obligations dans l'État de sa fondation, elle doit cependant être en mesure de faire valoir ceux-ci dans d'autres États. Cela a été affirmé par une série de décisions françaises. Une *Anstalt* de la Principauté du Liechtenstein, c'est-à-dire une personne morale dépourvue d'actionnaires, avait fait valoir ses droits devant les juridictions françaises. Les juges du fond rejetèrent cette demande pour défaut de personnalité morale de la demanderesse. Or, selon la Cour de cassation, les articles 1 du Protocol additionnel à la Convention européenne, ainsi que les articles 6 et 14 de cette Convention, confèrent à chaque personne morale le droit à la protection de son patrimoine par un tribunal indépendant.<sup>114</sup> Cette jurisprudence n'implique pas la pleine capacité juridique des entités en question, mais elle leur permet en toute hypothèse de faire valoir les droits acquis à l'étranger.

(2) *Le nom de l'individu*

- 89 (a) *Le droit au respect de la vie privée.* – La Cour européenne a déclaré que le nom d'un individu tombe dans le domaine du droit au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention (et l'article 17 du Pacte relatif aux droits civils et politiques), bien que cette disposition ne fasse pas explicitement référence au nom. La Cour rappelle en effet « qu'outre sa vie professionnelle ou commerciale, le nom de famille concerne et identifie une personne dans sa vie privée et familiale dans sa capacité de nouer et développer des relations sociales, culturelles ou autres avec ses semblables ».<sup>115</sup> L'application des règles de conflit en combinaison avec le droit matériel des différents États peut heurter ce

<sup>114</sup> Cass.com. 5 décembre 1989, Cass.crim. 12 novembre 1990 et Cass.civ. 25 juin 1991, tous reproduits à la Revue critique de droit international privé 80 (1991) 667 ss. avec note de *Georges Khairallah*. La deuxième décision a été reproduite et annotée par *Christoph Engel*, *Versetzt die Europäische Menschenrechtskonvention der Sitztheorie des internationalen Gesellschaftsrechts den Todesstoß?* Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1993, 150 – 158.

<sup>115</sup> CEDH, Quatrième section, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turquie* (29865/96), cons. 35 ; voir aussi CEDH, Première section, 9 novembre 2010, *Losonci Rose et Rose c. Suisse* (664/06), cons. 26 ; dans un sens analogue v. *Jochen A. Frowein*, *Die menschen- und verfassungsrechtswidrige Praxis bei Namen von Auslandsdeutschen*, Festschrift für Erik Jayme, vol. 1, München, Sellier European Law Publishers 2004, p. 197 – 203 (197) qui relève que le nom et l'existence d'une personne se trouvent dans une relation existentielle qui ne peut être dissoute que par la volonté de cette personne. Le droit au nom est expressément protégé par l'article 18 de la Convention américaine.

droit dans la mesure où elle conduit à une modification du nom contre la volonté de son porteur.

- 90 (b) *Discrimination directe*. – En droit interne, des modifications du nom peuvent être initiées par une demande du porteur ou résultent d'un changement de statut personnel comme, par exemple, par le mariage ou l'adoption. Des problèmes sont surtout suscités par la règle traditionnelle selon laquelle la femme, en vertu du mariage, perd son nom de jeune fille et acquiert celui de son mari. Le traitement inégal des deux sexes est contraire à l'interdiction des discriminations établie dans l'article 2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques et dans l'article 14 de la Convention européenne. Une disposition explicite est contenue dans l'article 16 al. 1 lit. g) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : « Les Etats parties ... assurent, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme : ... g) Les mêmes droits personnels au mari et à la femme, y compris en ce qui concerne le choix du nom de famille ... ».
- 91 Il s'ensuit qu'une modification du nom porte atteinte au droit à la vie privée si elle est imposée par la loi contre la volonté du titulaire du nom et si elle n'est pas justifiée par des raisons objectives qui permettent de considérer la mesure de changement de nom comme proportionnelle. Le but de créer un nom commun pour toute la famille peut justifier le changement du nom d'un enfant adopté, mais il n'en va de même de celui du nom de la femme en cas de mariage que s'il existe, dans le droit national en cause, une solution alternative qui n'est pas discriminatoire (par exemple le libre choix du nom par les époux, ou un nom de famille composé des deux patronymes) et dont les parties ne se sont pas servies.
- 92 (c) *Discrimination indirecte*. – Même si elles possèdent des justifications, ces règles peuvent s'avérer incompatibles avec le droit à la vie privée dans des situations transfrontalières si le choix n'est pas, *de facto*, accordé aux époux de manière égalitaire.<sup>116</sup> Dans l'affaire *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, un ressortissant hongrois s'était marié en Suisse à une femme ressortissante de ce pays. Le couple opta pour le nom de la femme – *Rose* – comme nom de famille. Le mari, qui aurait préféré conserver son propre nom – *Losonci* –, n'en avait la possibilité selon le droit suisse applicable qu'en combinaison avec le nouveau nom de famille – *Losonci Rose*.
- 93 La Cour européenne observa que, dans l'hypothèse inverse d'un mari suisse épousant une femme hongroise, le droit suisse aurait permis aux époux de se contenter du régime légal du nom de famille, lequel aurait

---

<sup>116</sup> Voir supra, nos. 65 ss.

désigné le nom du mari suisse, et qu'alors, selon la règle de conflit suisse, la femme aurait pu opter pour la détermination de son propre nom en application de son droit national. La Cour estima que si des règles comme celle désignant le nom du mari comme nom de famille pouvaient en principe être justifiées par l'objectif d'assurer un nom commun pour la famille, le régime suisse engendrait une discrimination entre les couples binationaux selon que c'est l'homme ou la femme qui possède la nationalité suisse.

- 94 Dans cette affaire, la discrimination fondée sur le sexe résultait de la règle du Code civil suisse prévoyant que le nom du mari serait le nom de famille, sauf si les époux choisissaient le nom de la femme. Selon la Cour européenne, cette règle qui ne s'applique que subsidiairement peut être justifiée et ne porte pas atteinte au principe de non-discrimination. Dans un sens analogue, l'option pour le droit national accordée par l'article 37 al. 2 de la loi suisse sur le droit international privé ne distingue pas entre hommes et femmes. C'est l'application combinée des deux dispositions qui engendre une discrimination indirecte au détriment des femmes.
- 95 (d) *Principe de reconnaissance.* – En matière de nom, les règles de conflit nationales ont deux fonctions. La première est celle de renvoyer, dans les procédures de l'État du for, à la loi compétente pour déterminer un nom. Elles revêtent en outre, pour les personnes immigrées d'un État étranger, une seconde fonction indirecte dans l'État du for : régir la reconnaissance dans le for d'un acte de l'État civil dressé dans l'État d'origine dans lequel le nom de la personne immigrée a été établi par l'autorité étrangère. Si la règle de conflit du for renvoie à une loi qui conduit à un nom différent de celui qui figure dans le document étranger, la personne en question risque de porter deux noms : dans l'État d'origine celui enregistré à l'étranger, et dans l'État du for celui qui découle de la loi désignée par la règle de conflit du for. En d'autres termes, l'acte de l'État civil étranger n'a pas d'effet dans l'État du for.
- 96 Un exemple est donné par l'affaire *Grunkin-Paul*. Un couple de nationalité allemande, *M. Grunkin* et *Mme Paul*, avait élu domicile au Danemark où leur fils était né et avait été inscrit au registre de l'État civil avec le nom *Leonhard Grunkin-Paul*, conformément à la loi danoise applicable en tant que loi de la résidence habituelle selon la règle de conflit danoise. Plus tard, la famille déménagea et s'installa en Allemagne. Sa demande d'inscription du fils dans le registre de l'État civil allemand avec le nom *Grunkin-Paul* fut rejetée, car l'autorité considéra que, selon le droit international privé allemand, la loi nationale allemande était applicable au nom du fils. Or le droit allemand ne permet pas aux enfants de nationalité allemande de porter un patronyme composé des noms de famille du père et de la mère.

- 97 L'affaire fut soumise à la Cour de justice de l'Union européenne, qui décida que le fait d'être obligé de porter des noms différents dans deux États membres de l'Union « [était] susceptible d'entraver l'exercice du droit ... de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. »<sup>117</sup> Il est vrai que le raisonnement de la Cour de justice n'est pas fondé sur l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux qui consacre le droit de *toute personne* au respect de sa vie privée et familiale<sup>118</sup> et qui correspond donc à l'article 8 de la Convention européenne. La base légale de l'arrêt est plutôt le droit réservé aux *citoyens* de l'Union de circuler et de séjourner librement dans toute l'Union.<sup>119</sup>
- 98 Néanmoins, cette différence semble d'une importance mineure. D'une part, la Charte n'avait pas encore d'effet obligatoire au moment où sont survenus les événements de l'affaire *Grunkin et Paul* ; c'est ce qui explique que le juge national n'ait pas posé de questions préjudicielles au regard de l'article 7 de la Charte. D'autre part, le raisonnement de la Cour révèle la similarité des analyses juridiques menées sur le fondement des deux textes. C'est en effet l'identité du nom dans les divers pays impliqués qui est indispensable pour la faculté de la personne de nouer et développer ses relations sociales et culturelles qu'a mise en relief la Cour européenne des droits de l'homme.<sup>120</sup> En ce qui concerne les enfants, un soutien additionnel pour cette identité se trouve dans l'article 8 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui évoque le « droit de l'enfant de préserver son identité, y compris ... son nom ... »<sup>121</sup>
- 99 Il s'ensuit que lorsque le nom d'une personne a été établi par les autorités d'un État, le droit au respect de la vie privée et de l'identité de cette personne exigent que ce nom soit reconnu dans d'autres États, et ceci en dépit des règles de conflit de ces États et du droit matériel qu'elles désignent. Une exception peut être tolérée si le nom ainsi « importé » constitue une atteinte manifeste à l'ordre public.<sup>122</sup> C'est en ce sens, et avec ces limitations, qu'on a

<sup>117</sup> CJUE 14 octobre 2008, aff. C-353/06 (*Grunkin et Paul*), ECLI:EU:C:2008:559, cons. 22.

<sup>118</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO UE 2012 C 326/391.

<sup>119</sup> Ce droit est maintenant consacré par l'article 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée au JO UE 2012 C 326/47.

<sup>120</sup> Voir supra, no. 85. Ce point de vue est appuyé par *Frowein*, supra, n. 115, p. 201.

<sup>121</sup> Voir supra, n. 11.

<sup>122</sup> La Cour de justice de l'Union européenne, dans l'affaire *Grunkin et Paul*, supra n. 117, cons. 38, a fait allusion à cette exception. La CJUE a reconnu que l'abolition de la noblesse en Autriche est un élément particulier de l'histoire constitutionnelle de ce pays et peut donc être considérée comme relevant de l'ordre public, voir CJUE 22 décembre 2010, aff. C-208/09 (*Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*), ECLI:EU:2010:806, cons. 84 et ss.

observé à juste titre qu'en matière de nom, le principe de reconnaissance l'emportait sur celui du renvoi à la loi applicable.<sup>123</sup>

(3) *Le mariage*

- 100 (a) *Le consentement libre.* – Le droit de se marier est reconnu comme un droit de l'homme par plusieurs instruments internationaux.<sup>124</sup> Ces instruments font ressortir également la nécessité du libre et plein consentement des époux, sans régler cependant les conséquences juridiques de son absence. La sanction d'un mariage forcé contre la volonté d'un époux ne peut être que la nullité, mais il se peut que l'époux contraint au mariage l'accepte plus tard. Par sa ratification consciente et volontaire du mariage, cet époux fournit alors après coup le consentement requis.
- 101 Afin d'assurer le libre et plein consentement des époux, le droit interne de la plupart des États requiert que les époux aient atteint un certain âge, parfois l'âge de majorité et parfois un âge inférieur. En outre, presque tous les ordres juridiques permettent dans certains cas le mariage de personnes plus jeunes, avec le consentement soit des parents, soit d'une autorité publique, soit du juge. Ces décisions individuelles sont souvent restreintes par une limite d'âge ultérieure, par exemple 16, 15 ou 14 ans, mais il y existe aussi des exceptions dépourvues de telles limites d'âge.
- 102 En droit international privé, les conditions substantielles de la célébration du mariage sont normalement régies par la loi du domicile ou bien par la loi nationale de chaque époux. La divergence entre cette loi et la loi du for peut conduire à un refus de célébration du mariage pour violation de l'ordre public national du for, mais ceci ne débouche que rarement sur une atteinte au droit au mariage garanti par les instruments internationaux puisque ceux-ci ne le protègent qu'à partir de l'âge nubile, en laissant sa détermination au droit interne. Avant la célébration du mariage, le droit au respect de la vie familiale n'est pas encore affecté.
- 103 (b) *La reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger.* – Dans de nombreux États, les règles de conflit qui ont été évoquées s'appliquent aussi bien à la célébration d'un mariage dans le for qu'à la reconnaissance dans le for d'un mariage célébré à l'étranger. C'est ainsi que l'ordre

<sup>123</sup> Ce principe a été proposé *de lege ferenda* par un groupe de travail fondé par l'association allemande des officiers de l'état civil, voir « One Name Throughout Europe – Draft for a European Regulation on the Law Applicable to Names », *Yearbook of Private International Law* 15 (2013/2014) 31 – 37, v. l'article 12 ; Anatol Dutta, *Namenstourismus in Europa ? Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 2016, 1213 – 1219 (1219) ; quant au principe de reconnaissance voir aussi supra, n. 110.

<sup>124</sup> Voir l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, supra n. 7 ; l'article 12 de la Convention européenne ; l'article 17 al. 2 de la Convention américaine, supra n. 19.

juridique du for peut être confronté à des règles matérielles étrangères relatives à la célébration du mariage qui divergent de manière manifeste des règles du for. Par exemple, la question peut se poser de savoir si le mariage célébré et enregistré en Syrie entre une jeune fille de 14 ans et un homme de 20 ans, mariage valable selon le droit applicable, peut être reconnu, après la fuite du couple, dans un pays européen où l'âge légal pour le mariage est 18 ans.<sup>125</sup>

- 104 Le recours à des normes impératives, c'est-à-dire à l'ordre public ou à une loi spéciale qui prescrit l'observation du droit du pays de reconnaissance, doit tenir compte du droit au respect de la vie familiale protégé comme un droit de l'homme par les instruments internationaux cités. À l'inverse de la célébration du mariage dans le pays du for, le mariage syrien dans une espèce comme celle qui a été prise comme exemple est un fait accompli qui a généralement donné naissance à une vie conjugale commune des époux à l'étranger. C'est cette vie commune qui est protégée par le droit au respect de la vie familiale assuré par les instruments mentionnés.<sup>126</sup>
- 105 Il n'en demeure pas moins que les mariages d'enfants sont privés d'effet juridique selon la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.<sup>127</sup> Ce conflit de dispositions ayant toutes le caractère de droits de l'homme ne peut être résolu que par une mise en balance des droits de l'homme en question à la lumière des faits de l'espèce, ce qui inclut les circonstances de la célébration du mariage, la durée de la vie conjugale effective, l'attitude favorable ou hostile de la femme envers son mariage, le temps écoulé entre la célébration du mariage et la demande de sa reconnaissance, la naissance d'enfants, le contexte de la reconnaissance et les conséquences d'une non-reconnaissance.<sup>128</sup> En fin

<sup>125</sup> Voir la décision de la Cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Bamberg 12 mai 2016, FamRZ 2016, 1270 avec les observations de *Peter Mankowski*. L'arrêt a suscité des activités législatives. La nouvelle loi déclare nul tout mariage conclu en Allemagne ou à l'étranger si un des époux avait un âge inférieur à 16 ans au moment de la célébration du mariage. La nouvelle loi a été soumise au contrôle de la Cour constitutionnelle par la Cour fédérale, v. BGH 14 novembre 2018 (XII ZB 292/16).

<sup>126</sup> Voir l'article 8 de la Convention européenne ainsi que, de manière moins explicite mais suffisamment claire, l'article 23 du Pacte international et l'article 17 de la Convention américaine.

<sup>127</sup> Voir l'article 16 al. 2 de cette Convention, supra n. 9.

<sup>128</sup> *James Fawcett/Máire Ní Shúilleabháin/Sangeeta Shah*, supra n. 47, p. 649 para. 11.159 renvoient à la décision CEDH, Grande Chambre, 2 Novembre 2010, *Şerife Yiğit c. Turquie* (3976/05) et en déduisent que la marge d'appréciation accordée aux États dans ce domaine est plus étroite. Par conséquent l'ordre public demanderait selon ces auteurs d'effectuer la protection des femmes mariées avant atteindre la majorité ; ils invoquent le para. 81 de la décision qui considère l'âge minimum de 17 ans en droit turc

de compte, la faveur exprimée par plusieurs arrêts de la Cour européenne envers la reconnaissance d'un statut personnel acquis à l'étranger<sup>129</sup> va souvent prévaloir dans ce contexte également.

- 106 Dans le contexte des mariages homosexuels la Cour européenne a en effet mis en exergue la différence entre la célébration d'un mariage dans une espèce interne et la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger. Selon la Cour ni le droit au mariage consacré par l'article 12 ni le droit au respect de la vie familiale dont à l'article 8 de la Convention européenne ne requièrent que les États contractants ouvrent le mariage aux partenaires homosexuels.<sup>130</sup> Au contraire, la Cour a mis en relief la « réalité sociale » d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger dont l'État d'accueil est obligé de tenir compte, soit par sa reconnaissance, soit par son enregistrement en tant qu'union civile. S'il ne prévoit ni l'un ni l'autre, il laisse les partenaires dans un « vide juridique » et par-là viole le droit au respect de la vie familiale.<sup>131</sup>

#### (4) *Les droits des enfants*

- 107 Les préambules des deux Pactes universels de 1966 évoquent la dignité inhérente comme le principe suprême duquel découle l'attribution égale des droits de l'homme à toute personne. Cette approche égalitaire est

---

comme justifié par le but de protection des femmes. Mais il ne s'agit là que d'un exemple, *obiter dictum* de surcroît, et la décision qui est relative aux droits à la pension de retraite d'une veuve qui avait épousé son défunt mari selon un rite religieux est assez loin des questions de droit international privé. Il en va de même dans l'affaire CEDH, Troisième Section, 8 Décembre 2015, *Z.H. et R.H. c. Suisse* (60119/12) : deux ressortissants afghans, la femme âgée de 14 ans, l'homme de 18 ans, s'étaient mariés de façon religieuse pendant un séjour illégal en Iran où le mariage ne fut pas enregistré. Après la fuite des conjoints en Italie puis en Suisse, les autorités helvétiques prirent la décision de permettre à l'épouse de rester en Suisse et d'expulser l'époux, cette décision étant motivée entre autres par la jeunesse de la femme qui aurait pour conséquence l'invalidité du mariage en Afghanistan et, pour violation de l'ordre public, en Suisse également. La Cour européenne, qui accepta l'argument tiré de l'invalidité du mariage dans les circonstances de l'espèce, releva qu'il fallait distinguer entre les « migrants installés » et, comme en l'espèce, les demandeurs d'asile qui n'ont pas les mêmes droits de suivre les membres de leur famille, cons. 39.

<sup>129</sup> Voir par exemple *Patrick Kinsch*, Human Rights and Private International Law, in *Basedow/Ferrari/de Miguel/Rühl*, EncyPIL, vol. 1, supra n. 80, p. 880 – 886 (882 s.) renvoyant à la jurisprudence de la Cour européenne ; *Kiestra*, supra n. 32, p. 239 qui se réfère à une décision de la Cour constitutionnelle allemande : Bundesverfassungsgericht 30 Novembre 1982, IPRax 1984, 88.

<sup>130</sup> CEDH, Première section, 24 octobre 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche* (30141/04), cons. 63 et 108 s., où la Cour renvoie au partenariat enregistré du droit autrichien comme une institution presque équivalente au mariage.

<sup>131</sup> CEDH, Première section, 14 décembre 2017, *Orlandi et al. c. Italie* (26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12), cons. 209.

difficilement compatible avec l'inégalité de fait entre les êtres humains. Il y a en effet des existences fragiles, des personnes faibles et vulnérables qui sont plus exposées aux atteintes à leurs droits : les handicapés, les réfugiés, les enfants. Le principe de dignité égale se traduit alors dans le devoir des États de protéger ces personnes vulnérables dans les situations soit internes soit transfrontières. S'agissant de ces obligations la communauté internationale a conclu de nombreuses conventions internationales auxquelles les États devraient adhérer, par exemple pour assurer le recouvrement de la pension alimentaire des enfants auprès des personnes ayant une responsabilité financière à leur égard.

- 108 Parmi les divers groupes des personnes vulnérables la Résolution et ce rapport se focalisent sur les enfants qui ont souvent soulevé des problèmes dans les relations internationales. Plusieurs conventions internationales ont reconnu le bien-être de l'enfant comme une idée directrice du droit, particulièrement du droit de la famille. Alors que les textes obligent aussi à tenir compte des droits des parents, l'intérêt de l'enfant est qualifié de « supérieur » et méritant une « considération primordiale ».<sup>132</sup> La terminologie utilisée dans ce domaine en témoigne par la substitution du terme de « responsabilité parentale » à celui de « puissance paternelle ou parentale ». Cette hiérarchie des droits et intérêts est reflétée par l'incidence des droits de l'enfant en droit international privé de la famille.
- 109 (a) *Filiation.* – Selon l'article 8 de la Convention relative aux droits de l'enfant, les États parties s'engagent à « respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris ... ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par loi, sans ingérence illégale ». Dans un contexte transfrontalier, le but de l'obligation ainsi mise à la charge des États, c'est-à-dire la préservation de l'identité de l'enfant, ne permet pas de comprendre la référence à la « loi » comme un renvoi à la loi applicable en vertu des règles de conflits de chaque for saisi. La diversité des règles de conflits aurait pour conséquence une diversité des lois applicables, ce qui conduirait à un changement des relations familiales de l'enfant selon le for saisi. Par conséquent, la « loi » évoquée dans cette disposition

---

<sup>132</sup> Voir l'article 3, al. 1 et 2, de la Convention relative aux droits de l'enfant, supra n. 11 : « 1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. 2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées. »

désigne une seule loi, celle de l'État où la relation familiale a été établie et enregistrée. Il s'ensuit une obligation de reconnaissance pour les autres États parties.

- 110 C'est en ce sens que la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée en matière d'enfants nés de mères porteuses. Tandis que la gestation pour autrui est légale dans un certain nombre d'États comme par exemple en Inde et dans certains États des États-Unis, elle est prohibée dans d'autres, comme en France. Un couple français avait conclu en Californie un tel contrat avec une femme et lorsque celle-ci accoucha, l'enfant fut enregistré en vertu de la décision d'un juge californien comme enfant du couple français, qui demanda ensuite la transcription de l'acte californien dans le registre français. La Cour de cassation rejeta cette demande de reconnaissance pour violation de l'ordre public français, ce qui conduisit le couple à intenter un recours devant la Cour européenne.
- 111 Selon la Cour européenne, la non-reconnaissance par l'arrêt de la Cour de cassation ne constitue pas de violation de l'article 8 de la Convention européenne pour autant que cette disposition protège le droit à la vie familiale des membres de la famille. Toutefois, la Cour observe que le droit de l'enfant à la vie privée découlant également de l'article 8 § 1 inclut le droit à l'identité physique et sociale, qui à son tour comprend le rapport de filiation.<sup>133</sup> C'est pour cela que la Cour caractérise un besoin « d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce ».<sup>134</sup> La Cour souligne que l'État défendeur, par le refus de transcription de l'acte de naissance, manifeste que le lien familial établi entre l'enfant et ses parents en Californie n'est pas reconnu dans l'ordre juridique français et lui nie la qualité d'enfant de ceux-ci. L'arrêt de la Cour de cassation porte atteinte à son identité au sein de la société française, ceci d'autant plus qu'aucune relation familiale équivalente à la filiation n'est prise en considération.<sup>135</sup> La France est donc allée au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.
- 112 La portée de la jurisprudence *Mennesson*, qui a depuis été confirmée par d'autres arrêts,<sup>136</sup> ne se limite pas à la gestation pour autrui. Le langage de

<sup>133</sup> CEDH, Cinquième section, 26 juin 2014, *Mennesson c. France* (65192/11), cons. 46 ; voir la note de *Konrad Duden*, *International Surrogate Motherhood – Shifting the Focus to the Child*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2015, 637 – 660.

<sup>134</sup> Voir CEDH, note précédente, cons. 80.

<sup>135</sup> Voir CEDH, supra n. 133, cons. 96.

<sup>136</sup> Pour la jurisprudence postérieure et la réaction de la Cour de cassation française, voir *Samuel Fulli-Lemaire*, *International Surrogate Motherhood before the French Court of cassation – the Door is Now Ajar*, *ZEuP* 2017, en voie de publication, fasc. 2.

l'arrêt et surtout la référence à l'identité sociale de l'enfant font ressortir que la non-reconnaissance dans l'État du for d'un lien de filiation établi à l'étranger porte atteinte au droit à la vie privée de l'enfant. Il paraît difficile de faire valoir une justification basée sur l'ordre public du for, sauf peut-être pour des raisons procédurales. La reconnaissance de la filiation n'exclut pas sa contestation ultérieure selon les règles en vigueur dans l'État de la reconnaissance, ce qui serait en toute hypothèse préférable à la non-reconnaissance motivée par la violation de l'ordre public international.

- 113 (b) *Adoption*. – Du point de vue des droits de l'homme, l'adoption se présente comme un moyen de protection de l'enfant pour suppléer la protection accordée par les parents biologiques. Un enfant privé de son milieu familial a ainsi droit à une « protection de remplacement », qui selon l'article 20 al. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>137</sup> « peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la *kafalah* de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié ». Il apparaît donc que ces diverses modalités sont équivalentes et qu'il n'existe donc ni droit de l'homme à adopter un enfant, ni droit de l'enfant à être adopté. Ce qui importe est la « protection de remplacement », qui peut prendre l'une de ces formes.
- 114 C'est suivant cette approche que la Cour européenne a refusé de caractériser une violation de l'article 8 de la Convention européenne dans l'arrêt *Harroudj*.<sup>138</sup> Dans cette affaire, un tribunal algérien avait accordé à la requérante, ressortissante française, la *kafala* sur un enfant de nationalité algérienne né de parents inconnus. Ayant déménagé avec l'enfant en France, la requérante voulait l'adopter. Mais sa requête aux fins d'adoption fut rejetée par les juridictions françaises sur le fondement de l'article 370-3 Code civil, qui exclut l'adoption d'un enfant étranger si sa loi nationale prohibe cette institution, comme c'est le cas dans les pays de tradition islamique tels l'Algérie.
- 115 Selon la requérante, le refus d'établir un lien de filiation entre elle-même et l'enfant constitue une ingérence dans le droit à la vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne. Saisie de sa requête, la Cour européenne rappelle que la Convention ne doit pas être interprétée

<sup>137</sup> Voir supra, n. 11.

<sup>138</sup> CEDH, Cinquième section, 4 octobre 2012, *Harroudj c. France* (43631/09) ; voir *Imen Gallala-Arndt*, Die Einwirkung der Europäischen Konvention für Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht am Beispiel der Rezeption der *Kafala* in Europa – Besprechung der EGMR-Entscheidung Nr. 43631/09 vom 4.10.2012, *Harroudj v. Frankreich*, *RabelsZ* 79 (2015) 405 – 428.

isolément mais en harmonie avec toutes les règles pertinentes du droit international applicable entre les parties, en particulier celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme.<sup>139</sup> Dans cette perspective, elle relève que la *kafala* entre dans le champ d'application de la Convention de La Haye de 1996 sur la responsabilité parentale<sup>140</sup> et elle évoque l'article 20 de la Convention relative aux droits de l'enfant mentionné supra.<sup>141</sup> La Cour en conclut que la *kafala* est reconnue par le droit international, que la situation légale de l'enfant est proche de celle qui serait la sienne en cas d'adoption et que celle-ci pourra être obtenue lorsque l'enfant sera naturalisé en France. Il s'ensuit que le droit français, qui vise l'intégration de l'enfant sans le couper immédiatement des règles de son pays d'origine, ne constitue pas une violation du droit à la vie familiale.<sup>142</sup>

- 116 Alors que la Cour européenne a affirmé à plusieurs reprises que le droit d'adopter n'est pas garanti en tant que tel par la Convention, les relations créées par une adoption peuvent revêtir la même nature que celles existant à l'intérieur d'une famille biologique,<sup>143</sup> ce qui concerne aussi les situations survenues à la suite d'une adoption étrangère. La non-reconnaissance d'une adoption prononcée à l'étranger peut donc constituer une ingérence dans le droit à la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne, ce qu'a considéré la Cour européenne dans l'arrêt *Wagner c. Luxembourg*. Dans cette affaire, les juridictions luxembourgeoises avaient rejeté la demande d'exequatur de l'adoption plénière péruvienne d'un enfant âgé de trois ans, et déclaré abandonné, par une femme célibataire de nationalité luxembourgeoise habitant le Grand-Duché avec l'enfant.<sup>144</sup> La raison avancée – la prohibition de l'adoption par une personne célibataire en vertu du droit luxembourgeois applicable – a été considérée comme insuffisante, puisqu'elle contredisait la réalité sociale « des liens qui préexistaient *de facto* » et qui auraient rendu indispensable un examen concret de la situation.<sup>145</sup>

<sup>139</sup> CEDH, note précédente, cons. 42.

<sup>140</sup> 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, faite à La Haye le 19 octobre 1996, voir le site de la Conférence de La Haye : [www.hcch.net](http://www.hcch.net), →instruments ; voir l'article 3 lit. e).

<sup>141</sup> Voir CEDH, supra n. 138, cons. 49.

<sup>142</sup> Voir CEDH, supra n. 138, cons. 51 – 52.

<sup>143</sup> CEDH, Première section, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (76240/01), cons. 121.

<sup>144</sup> CEDH, note précédente.

<sup>145</sup> CEDH, supra n. 143, cons. 132 et 135.

- 117 Les implications de cette jurisprudence ne sont pas faciles à déterminer. Il paraît clair que la mise en œuvre de l'adoption en elle-même ne résulte pas d'un droit de l'homme, et partant que les États demeurent libres de déterminer la loi applicable aux procédures d'adoption menées devant leurs propres juridictions. Mais cette loi n'est pas pour autant nécessairement applicable à la reconnaissance d'une adoption prononcée à l'étranger. Dans ce contexte, le droit à la vie familiale exige que la réalité sociale soit prise en compte et que l'adoption étrangère soit reconnue sans égard pour la loi désignée par les règles de droit international privé du for. Néanmoins, la Cour européenne a souligné le besoin de protéger l'enfant au stade de la reconnaissance ; le contrôle exercé à ce stade doit donc s'attacher à la régularité de la procédure étrangère d'adoption ainsi que qu'à l'absence de tout indice de trafic d'enfants.
- 118 (c) *Enlèvement international d'enfants*. – L'échec d'une relation transfrontalière a souvent pour conséquence qu'un partenaire, à l'insu de l'autre ou même contre sa volonté, s'empare de l'enfant commun et l'emmène dans son pays d'origine. De telles actions unilatérales ont toujours donné naissance à des litiges de longue durée dans les deux pays affectés. Pour éviter que le seul écoulement du temps ne crée des faits accomplis, la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants<sup>146</sup> est construite sur le principe – affaibli par quelques exceptions – qu'un État contractant où se trouve un enfant après un déplacement illicite doit assurer son retour immédiat dans l'État d'origine. Il appartient aux juridictions de cet État de se prononcer sur la garde de l'enfant et la responsabilité parentale. La Convention est actuellement en vigueur dans une centaine d'États.
- 119 En Europe, le principe consacré par la Convention a souvent été la cause de recours intentés devant la Cour européenne par le parent responsable de l'enlèvement, qui voit ses efforts privés d'effet. La Cour européenne a relevé que les mesures étatiques qui sont prises en la matière affectent le droit des parties au respect de leur vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne. L'obligation d'un État de respecter ce droit doit cependant être interprétée en conformité avec l'obligation du même État découlant de la Convention de La Haye. Les juridictions nationales doivent donc appliquer les exceptions au principe à la lumière du droit au respect de la vie familiale. C'est surtout la question de savoir si le retour de l'enfant l'expose à un « risque grave », au sens de l'article 13 al. 1 lit. b) de

---

<sup>146</sup> Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, faite à La Haye le 25 octobre 1980, 1343 UNTS 89.

la Convention de La Haye, qui a été utilisée par la Cour européenne comme un instrument de contrôle.

- 120 Or ce contrôle est essentiellement limité à la procédure qui a été menée, tout en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit constituer la principale considération.<sup>147</sup> Selon la Cour européenne, le processus décisionnel doit être équitable et permettre aux intéressés de faire valoir pleinement leurs droits. La Cour vérifie que les juridictions nationales, dans le cadre d'une demande de retour de l'enfant dans son pays d'origine, se sont bien livrées à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments, notamment d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical, et qu'elles ont procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun, avec le souci constant de déterminer quelle était la meilleure solution pour l'enfant.<sup>148</sup> Or, le résultat de cet examen n'est que rarement prédéterminé par la Convention européenne, qui s'en remet aux juridictions nationales.
- 121 Dans la pratique, ces critères sont loin de fournir des réponses claires : dans l'affaire *X c. Lettonie*, la Grande chambre de la Cour, bien que s'étant accordée sur les principes, ne reconnut une violation du droit à la vie familiale que par une courte majorité de neuf contre huit. Il s'ensuit que l'influence des droits de l'homme dans ce domaine, bien que visible, demeure très vague. Alors même qu'il n'y a aucune raison de modifier les règles de la Convention de La Haye, il convient de mettre en relief le besoin d'un examen approfondi qu'exige l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'Union européenne, les travaux préparatoires à la refonte annoncée du Règlement Bruxelles II bis<sup>149</sup> révèlent l'intention de clarifier les

<sup>147</sup> CEDH, Grande chambre, 26 novembre 2013, *X c. Lettonie* (27853/09), cons. 95.

<sup>148</sup> CEDH, Troisième section, 2 août 2008, *Maumousseau et Washington c. France* (39388/05), cons. 74 ; CEDH, Grande chambre, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (41615/07), cons. 139 ; CEDH, Grande chambre, 26 novembre 2013, *X c. Lettonie* (27853/09), cons. 104 ; v. aussi le rapport de la jurisprudence par *Hélène Gaudemet-Tallon/Fabienne Jault-Seseke*, Panorama – Droit international privé, Recueil Dalloz 2016, 1045 – 1059 (1048) ainsi que l'analyse approfondie de *Peter McEleavy*, *The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention : Prioritising Return or Reflection?* *Netherlands International Law Review* 62 (2015) 365 – 405 (401) : « ...there is at best uncertainty as to how the interests of abducted children should now be protected. »

<sup>149</sup> Règlement (CE) no. 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 abrogeant le règlement (CE) no. 1347/2000, JO UE 2003 L 338/1, voir l'article 11 portant sur le retour d'un enfant déplacé ou retenu illicitement ; la portée du Règlement est évidemment limitée à la coopération entre autorités des États Membres.

conditions préalables d'un retour de l'enfant, conformément au droit à la vie familiale des membres de la famille.<sup>150</sup>

(5) *La protection de la propriété*

- 122 La propriété et les autres droits réels sont régis par la *lex rei sitae* ou *lex situs*, c'est-à-dire par la loi du pays de leur situation. Sauf quelques exceptions comme par exemple les moyens de transport cette règle de conflit est reconnue de manière presque universelle.<sup>151</sup> Elle s'explique par l'effet *erga omnes* de ces droits qui requiert la publicité du rattachement afin que toutes les personnes intéressées y compris les organes de l'État puissent déceler la loi applicable. La règle énoncée a pour effet que le transport d'une chose à travers une frontière conduit à l'application d'une loi nationale autre que celle ayant régi la création du droit grevant cette chose (conflit mobile). Il se peut que le droit réel en question ne soit pas reconnu par la nouvelle loi. C'est ainsi que la réserve de propriété valablement convenue selon le droit allemand est retenue sans effet en l'absence d'un enregistrement en Espagne ou en Italie ou qu'une «*floating charge*» grevant un ensemble de choses selon la *common law* n'est pas reconnu en d'autres pays dont la loi basée sur le principe de spécialité demande que les droits en question se rapportent toujours à des choses spécifiques.
- 123 Lorsque le jeu des règles de conflit, en de telles circonstances, aboutit à la perte du droit de propriété, se pose la question de savoir si la position du propriétaire affecté est protégée par le biais des droits de l'homme. Parmi les instruments universels ce n'est que la Déclaration de 1948 dont l'effet contraignant est douteux, qui assure le droit à la propriété (article 17). Les deux Pactes conclus en 1966 et relatif aux droits économiques et sociaux ainsi qu'aux droits civils et politiques n'en font pas mention. La situation est différente dans le contexte régional. La protection de la propriété est évoquée dans le Protocol additionnel no. 1 à la Convention européenne (article 1)<sup>152</sup> ainsi que dans la Convention américaine (article 21) et dans la Charte africaine (article 14). Ces instruments régionaux reflètent de

<sup>150</sup> Voir l'article 9 de la Proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), COM(2016) 411 final ; voir aussi les travaux du Groupe européen de droit international privé : [www.gedip-egpil.eu](http://www.gedip-egpil.eu), →documents du groupe, →Milan 2016 : Résolution sur la proposition de la Commission pour une refonte du règlement Bruxelles II bis concernant la responsabilité et l'enlèvement d'enfants.

<sup>151</sup> Pour un aperçu comparatif voir *Jürgen Basedow, The Lex Situs in the Law of Movable – A Swiss Cheese*, Yearbook of Private International Law 18 (2016/2017) 1 – 17.

<sup>152</sup> Protocol additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Paris le 20 mars 1952, 213 UNTS 263.

manière plus fidèle la pensée actuelle de la communauté internationale en matière de protection de la propriété. Le silence des Pactes de 1966 s'explique plutôt par un phénomène lié au temps de leur adoption : l'opposition des pays socialistes qui étaient hostiles à la propriété privée et exerçaient une influence considérable à l'époque.

- 124 La garantie n'est pas limitée à la propriété plénière tel que le terme est employé dans le droit des biens ; elle se rapporte à tous les droits acquis<sup>153</sup> ce qui inclut, outre les autres droits réels grevant une chose un grand nombre de valeurs patrimoniales. La Cour européenne a relevé que l'obligation de prendre les mesures nécessaires à la protection du droit au respect de la propriété incombe à l'État même lorsque sont en cause des litiges opposant de simples particuliers ou des sociétés privées.<sup>154</sup> Selon les textes cités les infractions à la propriété peuvent être justifiées par l'intérêt public, général ou social et dans les formes prévues par la loi. Un État jouit d'une grande latitude pour concevoir les impératifs de l'intérêt général sauf si son appréciation se révèle manifestement dépourvue de base raisonnable.<sup>155</sup> Il faut « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »,<sup>156</sup> « un juste équilibre ... entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu ». <sup>157</sup> Il ressort de la division de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel européen en trois normes distinctes que la privation de la propriété qui constitue une ingérence plus grave, requiert une justification plus forte que la seule réglementation de l'usage d'un bien.
- 125 La perte d'un droit réel survenue en conséquence d'un conflit mobile revient à une privation de ce droit dans l'État du for dont le droit international privé s'applique. Alors que le but visé, c'est-à-dire la publicité de la loi applicable pour les intéressés (voir supra, no. 117) se rapporte à l'intérêt général, la perte totale de ce droit ne paraît pas un résultat proportionnel si l'ordre juridique du for prévoit des droits qui

<sup>153</sup> CEDH, Plénière, 26 juin 1986, *van Marle c. Pays Bas* (8533/79 et al.), cons. 40-41 ; CEDH, Grande Chambre 11 janvier 2007, *Anheuser Busch c. Portugal* (73049/01), cons. 63 (propriété intellectuelle) ; CEDH, Grande Chambre 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie* (28342/95), cons. 70 ; CEDH, Cinquième section, 6 octobre 2011, *Agrokompleks c. Ukraine* (23465/03), cons. 166 (constatation définitive de l'existence d'une créance par un tribunal comme un « bien » visé par l'article 1 du Protocole additionnel).

<sup>154</sup> CEDH, *Anheuser Busch*, note précédente, cons. 83.

<sup>155</sup> CEDH, Plénière, 19 décembre 1989, *Mellacher c. Autriche* (10522/83 et al.), cons. 45.

<sup>156</sup> CEDH, *Mellacher*, note précédente, cons. 48 ; CEDH, Grande Chambre, 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne* (35014/97), cons. 167.

<sup>157</sup> CEDH, Plénière, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède* (7151/75 et al.), cons. 69 ; CEDH, *Hutten-Czapska*, note précédente, cons. 167.

remplissent une fonction équivalente. Dans ce cas la substitution de ce droit équivalent au droit original peut constituer une ingérence moins grave que la perte totale, une solution qui s'impose donc en vertu du principe de proportionnalité. C'est ainsi que, dans les circonstances particulières de l'affaire, un « *floating charge* » grevant un ensemble de biens en conformité avec la *common law*, peut se transformer dans une propriété fiduciaire grevant les biens spécifiques dans le pays du for où ces biens ont été importés.

## X. Reconnaissance et exécution des jugements étrangers

### (1) Le droit au procès équitable

126 Le droit à une procédure équitable, protégé par l'article 14 al. 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que par l'article 6 al. 1 de la Convention européenne, semble se borner, selon son intitulé, à garantir le droit à un tribunal et à une certaine conduite de la procédure. Néanmoins, la Cour européenne a affirmé 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. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 ... décrive en détail les garanties de procédure - équité, publicité et célérité - ... et qu'il ne protège pas la mise en œuvre de décisions judiciaires. ... 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... ». <sup>158</sup>

127 Cette jurisprudence a été étendue à la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers. La Cour a en effet souligné « qu'en matière de contestation dont l'issue est déterminante pour les droits de caractère civil, l'article 6 de la Convention s'applique aussi bien à l'exécution des jugements nationaux ... qu'à l'exécution des jugements étrangers ». <sup>159</sup>

### (2) La procédure d'exequatur

128 La portée de cette jurisprudence n'a pas encore été clarifiée de manière complète. Il est au moins certain que le juge de l'exequatur doit respecter les droits procéduraux garantis par l'article 6 de la Convention européenne et par l'article 14 du Pacte relatif aux droits civils et politiques. C'est ainsi que la Cour européenne a pu décider qu'un

<sup>158</sup> CEDH, Chambre, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce* (18357/91), cons. 40 ; CEDH, 2<sup>ème</sup> section, 19 juin 2018, *Bursa Barosu Baskanligi c. Turquie* (25680/05), cons. 133.

<sup>159</sup> CEDH, 5<sup>ème</sup> section, décision sur la recevabilité, 17 juin 2008, *McDonald c. France* (18648/04), En Droit, B ; CEDH, 3<sup>ème</sup> section, 31 juillet 2012, *Sholokhov c. Arménie et Moldavie* (40358/05), cons. 66.

jugement arménien refusant l'exequatur à une décision judiciaire moldave violait l'article 6 de la Convention européenne par absence de motivation.<sup>160</sup>

(3) *Les conditions de la reconnaissance et de l'exécution*

- 129 L'incidence du droit à une procédure équitable sur les conditions de la reconnaissance demeure, aujourd'hui encore, moins claire. Les régimes sont très variés : (1) Il existe des droits nationaux qui refusent toute reconnaissance en dehors de traités internationaux. (2) La réciprocité garantie par les traités est requise dans le droit interne d'autres États comme une condition de l'exequatur. (3) Un troisième régime permet une révision au fond du jugement étranger. (4) Un quatrième insiste sur l'application, par le juge étranger, de la loi désignée par le droit international privé du for. (5) Un cinquième se borne au contrôle de la procédure étrangère, notamment en vue de la protection du défendeur et du respect de la *res iudicata* interne. Beaucoup de lois nationales prévoient une combinaison de plusieurs de ces éléments ; tous les régimes excluent la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger contraire à l'ordre public du for.
- 130 Du point de vue de la jurisprudence en matière de droits de l'homme citée supra, les régimes (1) et (2) suscitent des doutes parce qu'ils sont exclusivement motivés par des considérations de nature étatique, sans qu'il soit tenu compte des intérêts des personnes privées. Or cette jurisprudence est inspirée par la préoccupation d'atteindre la plus grande effectivité possible des droits de l'homme.<sup>161</sup> En ce qui concerne le droit au procès équitable, la Cour européenne préconise une interprétation qui favorise la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères dans l'intérêt de la partie qui l'a emporté. Dans les régimes (1) et (2), cet intérêt d'une personne privée est cependant complètement écarté par les intérêts des deux États concernés. Les États ont peut-être adopté ces deux régimes pour protéger leurs propres ressortissants contre l'exécution de jugements étrangers. Mais même si les parties ne sont pas domiciliées dans ces pays ni ressortissantes de ces États, elles doivent souffrir de l'absence d'un traité ou de la preuve de réciprocité entre les deux États. Ces régimes ont à juste titre été critiqués et qualifiés d'« ingérences injustifiables » dans le droit au procès équitable.<sup>162</sup>

<sup>160</sup> CEDH, 3<sup>ème</sup> section, 31 juillet 2012, *Sholokhov c. Arménie et Moldavie* (40358/05), cons. 71.

<sup>161</sup> Voir les nos. 108 f. ; en général *Nussberger*, supra n. 25, *RabelsZ* 80 (2016) 832.

<sup>162</sup> *Kinsch*, supra n. 32, *Rec. des cours* 318 (2005) 105 s. ; dans un sens analogue pour le droit japonais *Yasuhiro Okuda*, *Verbürgung der Gegenseitigkeit als verfassungswidrige*

- 131 Une appréciation similaire s'impose quant au régime (3), c'est-à-dire la révision au fond : l'examen complet des faits constatés et des règles de droit appliquées par la décision étrangère est en principe susceptible de priver d'effet le jugement obtenu à l'étranger, même si ce jugement est conforme à toutes les dispositions de l'État de reconnaissance. La révision au fond équivaut donc à une non-reconnaissance, sans égard aux droits des parties.<sup>163</sup>
- 132 Les régimes (4) et (5) sont plus compatibles avec le droit au procès équitable. Le contrôle au stade de la reconnaissance de la loi appliquée par le juge étranger, qui n'est plus pratiqué souvent, sert à protéger une certaine conception matérielle des relations juridiques en cause, une conception exprimée dans les règles de conflits de l'État de reconnaissance. Cette conception vise les droits des personnes privées concernées, qui toutes sont titulaires de droits de l'homme. Il s'agit donc de trouver un équilibre entre ces droits et de le conserver dans les relations transfrontalières, ce qui paraît être une motivation légitime.
- 133 De même, le contrôle des droits procéduraux prévu dans les régimes du type (5) poursuit le but de protéger des intérêts privés, notamment le droit de l'autre partie à un procès équitable. La Cour européenne a relevé que la violation des droits de la défense par le tribunal étranger peut revêtir une telle importance que la reconnaissance ultérieure du jugement dans un État contractant constitue en elle-même une violation du droit au procès équitable.<sup>164</sup> Dans son arrêt, la Cour a en effet souligné le « devoir [des autorités italiennes] de s'assurer, avant de donner l'exequatur à l'arrêt de la rote romaine, que dans le cadre de la procédure canonique la requérante avait bénéficié d'un procès équitable ». <sup>165</sup> Ces considérations peuvent justifier soit le contrôle de la compétence indirecte, soit celui de la chose jugée et de la litispendance, soit celui du droit des parties à l'information et d'être entendues par le tribunal étranger.

---

Voraussetzung für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile in Japan, *Zeitschrift für Japanisches Recht* 42 (2016) 61 – 73 qui considère que la condition de la réciprocité constitue une violation du droit fondamental à la propriété protégé par la Constitution japonaise.

<sup>163</sup> *Kinsch*, supra n. 32, Rec. des cours 318 (2005) 106.

<sup>164</sup> CEDH, 2ème section, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie* (30882/96).

<sup>165</sup> CEDH, note précédente, cons. 47.

## PROJET DE RESOLUTION

*L'Institut de Droit international,*

*Rappelant* le caractère universel des droits de l'homme qui sont reconnus dans de nombreux instruments à l'échelle mondiale et régionale ;

*Conscient* de la nature évolutive des droits de l'homme ;

*Considérant* que la portée effective des droits de l'homme, en principe uniforme, dépend des mécanismes de mise en vigueur qui diffèrent dans les instruments mentionnés et leurs États contractants ainsi que dans les ordres juridiques internes des États ;

*Considérant* que la Charte des Nations Unies impose aux États l'obligation de promouvoir le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion (art. 55) ;

*Considérant* que cette obligation ne saurait pas être limitée aux espaces internes et doit se rapporter aux relations transfrontières ;

*Rappelant* que les relations transfrontières sont réglées, sinon par des conventions internationales de droit uniforme, par des règles de conflit de juridictions et de conflit de lois d'origine conventionnelle, régionale ou nationale (ci-après : règles de conflit ou règles de droit international privé) ;

*Convaincu*, d'une part, que les règles de conflit sont donc soumises au contrôle effectué par les droits de l'homme ;

*Eu égard* à la différence entre le caractère horizontal des relations soumises au droit international privé et les relations verticales faisant l'objet principal des droits de l'homme ;

*Adopte* la présente résolution:

### I. ASPECTS GENERAUX

#### Article 1 : Définition

(1) Sont considérés comme des droits de l'homme aux fins de la présente Résolution tous les droits et libertés protégés par une convention des Nations Unies qui se réfère expressément à la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que par les conventions régionales des droits de l'homme.

(2) Sont également considérés comme des droits de l'homme tous les droits et libertés, équivalents aux droits de l'homme visés dans le premier alinéa, qu'ils soient énoncés – à titre de droits de l'homme ou de droit fondamental – par le droit international général ou par une disposition

d'un instrument de droit régional ou de droit interne qui a priorité dans le système juridique en question sur d'autres sources du droit.

**Article 2 : Principes**

(1) Les États respectent les droits de l'homme par l'intermédiaire de leurs organes, y compris les juridictions ordinaires dans les relations internationales entre personnes privées. Ces droits servent à contrôler et corriger, le cas échéant, les résultats obtenus par le jeu des règles de droit international privé.

(2) Des restrictions aux droits de l'homme peuvent être justifiées si l'État contractant, en se prévalant de sa marge d'appréciation mais sans porter atteinte à la substance du droit en question, poursuit un but légitime tout en tenant compte des principes de la proportionnalité et de protection concrète et effective du droit en cause.

(3) Afin de promouvoir le respect des droits de l'homme des personnes privées dans leurs relations internationales, les États favorisent le développement de règles de droit international privé uniformes ayant une incidence sur le respect des droits de l'homme.

**Article 3 : Titulaires des droits de l'homme**

Aux fins de la présente Résolution, sont considérés titulaires de droits de l'homme toutes les personnes physiques et, le cas échéant, les personnes morales à but lucratif ou non-lucratif, ainsi que des groupes de particuliers.

**Article 4 : Interprétation des textes portant sur les droits de l'homme**

Pour l'interprétation des instruments adoptés pour la protection des droits de l'homme par les organes internationaux, régionaux et nationaux, il sera tenu compte du caractère universel des droits de l'homme et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de l'application uniforme de ces instruments quant à leur noyau commun.

**Article 5 : Interprétation harmonieuse**

(1) L'interprétation des conventions portant sur les droits de l'homme ainsi que des conventions de droit international privé doit respecter les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et viser l'harmonie des unes avec les autres. Entre les parties contractantes d'une convention de droit international privé, les conventions portant sur les droits de l'homme constituent des règles pertinentes de droit international au sens de l'article 31 al. 3 lettre c) de la Convention de Vienne et *vice versa*.

(2) De même, l'interprétation des règles de droit international privé, soit nationales, soit régionales, doit viser l'harmonie avec les droits de l'homme applicables.

**Article 6 : Priorité**

Si, malgré les efforts d'une interprétation harmonieuse conformément à l'Article 5 un conflit entre une règle de droit international privé et une disposition conventionnelle portant sur un droit de l'homme, s'avère insurmontable, il appartient au droit national du for, et le cas échéant aux organes internationaux (universels ou régionaux) de déterminer la priorité.

**II. LES DROITS DE L'HOMME ET LES IMMUNITÉS DE JURIDICTION**

**Article 7 : Immunités de juridiction**

Le droit d'accès à un tribunal requiert une interprétation stricte des immunités de juridiction en matière civile et commerciale.

**III. LES DROITS DE L'HOMME ET LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE DIRECTE DES TRIBUNAUX**

**Article 8 : Rattachements**

(1) Les droits de l'homme, notamment celui garantissant l'accès à un tribunal et à une procédure équitable, n'imposent pas aux législateurs et aux tribunaux le choix de rattachements spécifiques de la compétence internationale directe des tribunaux.

(2) En établissant les rattachements de la compétence internationale directe des tribunaux, les États doivent, en l'absence de justification légitime, respecter l'interdiction de toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la religion ou l'origine nationale.

**Article 9 : *Forum necessitatis***

Lorsque l'application des règles de compétence juridictionnelle des États concernés aboutit, dans un cas donné, à un déni de justice, il résulte du droit d'accès à un tribunal qu'une juridiction doit se déclarer compétente à titre exceptionnel si le litige présente un lien suffisant avec l'État du tribunal saisi.

**Article 10 : Clauses de résolution de litiges**

(1) Est incompatible avec le droit d'accès à un tribunal toute clause contractuelle qui attribue compétence exclusive à la juridiction d'un État ou à un tribunal arbitral si cette attribution aboutit à un déni de justice.

(2) Est incompatible avec le droit à un procès équitable toute clause contractuelle qui ne permet qu'à une seule des parties, notamment par une option unilatérale, de bloquer l'accès au tribunal pour l'autre.

#### **IV. Les droits de l'homme et la coopération judiciaire internationale**

##### **Article 11 : Procédure équitable**

(1) L'application du droit national de la procédure civile et commerciale aux litiges comportant des éléments étrangers doit tenir compte des besoins particuliers de toutes les parties au litige soulevés par ces éléments et doit y être adaptée de façon à se concilier avec l'impératif d'une procédure équitable.

(2) Dans la mise en œuvre de la coopération judiciaire internationale l'État requérant et l'État requis doivent respecter le droit des parties privées à un procès équitable qui, notamment, se termine dans un délai raisonnable.

#### **V. LES DROITS DE L'HOMME ET LES CONFLITS DE LOIS**

##### **1. Principes généraux**

##### **Article 12 : Rattachements**

Les critères de rattachement utilisés pour le choix de la loi applicable doivent respecter le principe de non-discrimination et notamment éviter toute discrimination directe et indirecte fondée sur la nationalité, le sexe ou la religion d'une seule de plusieurs parties.

##### **Article 13 : Autonomie de la volonté**

En déterminant la loi applicable, les États devraient veiller à ce que l'autonomie de la volonté soit respectée pour autant qu'elle ne porte pas préjudice aux intérêts des tiers et des parties faibles, ni aux normes impératives.

##### **Article 14 : Normes impératives**

(1) En appréciant la compatibilité de la loi désignée par les règles de conflit avec l'ordre public et les lois d'application immédiates (normes impératives), le juge tient compte des droits de l'homme qui font partie de l'ordre public international du for, notamment avec le principe de non-discrimination.

(2) En faisant valoir des normes impératives du for pour rejeter l'application d'une loi étrangère, le juge veille à ce que les normes impératives du for soient compatibles avec les droits de l'homme, notamment avec le principe de non-discrimination.

##### **2. Règles spéciales**

##### **Article 15 : Capacité juridique**

(1) Chaque être humain a la capacité d'acquiescer et d'être titulaire de droits et d'encourir des obligations ; les modalités sont déterminées par la loi applicable.

(2) Chaque entité qui a la capacité d'acquérir des droits ou d'encourir des obligations selon le droit d'un État doit être admise à ester en justice pour faire valoir ses droits et se défendre devant les juridictions compétentes d'autres États.

**Article 16 : Statut personnel (nouveau)**

L'Institut de Droit international se prononce pour le développement du droit international privé dans un sens favorable à la reconnaissance d'un statut personnel établi à l'étranger, à condition qu'une procédure équitable ait été respectée et qu'il n'y ait pas de violation manifeste de l'ordre public international du for.

**Article 17 : Nom d'un individu (ex : 16)**

(1) Le nom d'un individu fait partie de son identité personnelle protégée par le droit au respect de la vie privée.

(2) Un changement de nom survenu contre la volonté du porteur en vertu de la loi applicable viole le droit à la vie privée s'il n'est pas justifié par des raisons objectives telles que le but de l'unité du nom de famille appliqué de manière non-discriminatoire.

(3) Le nom d'un individu enregistré dans un État et établi en vertu de la loi qui y est applicable doit être reconnu dans un autre État sans égard aux règles de conflits de celui-ci, à moins que le nom ne soit manifestement incompatible avec l'ordre public de cet autre État.

**Article 18 : Mariage (ex : 17)**

(1) Est privé de tout effet juridique un mariage contracté en l'absence du libre et plein consentement des deux époux, à moins que l'époux contraint au mariage, agissant volontairement et en pleine connaissance des conséquences, ratifie celui-ci ultérieurement.

(2) En faisant valoir des normes impératives du for s'opposant à la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger, le juge tient compte du droit de se marier et du droit au respect de la vie familiale affecté par l'éventuelle non-reconnaissance, ainsi que de toutes les circonstances de l'espèce.

**Article 19 : Filiation (ex : 18)**

Un rapport de filiation enregistré dans un État et établi selon une procédure équitable en vertu de la loi qui y est applicable doit être reconnu dans un autre État sans égard aux règles de conflits de celui-ci [à moins que la reconnaissance ne constitue une violation manifeste de l'ordre public international du for].

**Article 20 : Adoption (ex : 19)**

Une adoption prononcée dans un État et établie selon une procédure équitable en vertu de la loi qui y est applicable doit être reconnue dans un autre État sans égard aux règles de conflits de celui-ci, pourvu que l'adoption reflète la réalité sociale et qu'elle ne résulte pas du trafic d'enfants.

**Article 21 : Protection des personnes vulnérables (nouveau)**

(1) Les États doivent assurer la protection des personnes vulnérables qu'il s'agisse de majeurs ou de mineurs.

(2) Les États sont aussi tenus d'assurer la protection des enfants dans les situations comportant des éléments d'extranéité. Ceci inclut le recouvrement de la pension alimentaire auprès de leurs parents et d'autres personnes ayant une responsabilité financière à leur égard.

(3) Aux fins énoncées dans les alinéas précédents, les États favorisent l'adhésion à des instruments existants et la conclusion d'accords internationaux, notamment de droit international privé.

**Article 22 : Enlèvement international d'enfants (ex : 20)**

(1) Les États doivent prendre des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger et de favoriser, à cette fin, l'adhésion à des instruments existants ou la conclusion d'accords multilatéraux ou bilatéraux de droit international privé.

(2) En appliquant ces instruments ou leurs dispositions nationales, les autorités doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant, dans des conditions de sécurité, tout en respectant les droits de toutes les parties à la vie familiale, tenant compte de l'intérêt primordial de l'enfant qui requiert un examen approfondi de sa situation.

**Article 23 : Protection de la propriété (nouveau)**

(1) Les États doivent respecter la propriété privée et d'autres droits grevant une chose acquise par des personnes physiques ou morales dans un État étranger en conformité avec la loi de celui-ci.

(2) Si un conflit mobile survenu en vertu du droit international privé du for conduit à la perte de ce droit l'État du for doit, dans la mesure du possible, accorder un droit équivalent à l'ayant-droit.

**VI. LES DROITS DE L'HOMME AU STADE DE LA RECONNAISSANCE ET DE L'EXECUTION DES JUGEMENTS ETRANGERS**

**Article 24 : Le droit à la reconnaissance et à l'exécution**

(1) Le droit au procès équitable comporte le droit à l'efficacité de la protection juridique ce qui inclut l'exécution de la décision judiciaire.

(2) Ce droit est également applicable à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement étranger statuant de façon définitive sur des droits de caractère civil ou commercial. Ce droit doit notamment être respecté dans la procédure visant l'exécution du jugement.

**Article 25 : Les conditions de la reconnaissance et de l'exécution**

(1) Est incompatible avec le droit des parties au procès équitable en matière civile et commerciale un régime :

- (a) qui refuse toute reconnaissance et exécution de jugements étrangers à défaut d'obligations créées par des instruments internationaux ;
- (b) qui requiert la preuve de la réciprocité comme condition de la reconnaissance et de l'exécution du jugement étranger ; ou
- (c) qui permet une révision complète du fond de la décision étrangère au stade de la reconnaissance ou de l'exécution.

(2) La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger contre la volonté d'une partie est exclue si la procédure du tribunal étranger a violé le droit de cette partie à une procédure équitable.

## **DROITS DE L'HOMME ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

### **DRAFT RESOLUTION**

*The Institute of International Law,*

*Recalling* the universal character of human rights and their worldwide recognition notably in many global and regional instruments;

*Aware* of the evolving nature of human rights;

*Considering* that the effective reach of human rights, uniform in theory, depends on implementing mechanisms, which differ from the instruments mentioned above and their Contracting States, as well as in the domestic legal systems of States;

*Considering* that the Charter of the United Nations requires States to promote universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all, without distinction of race, sex, language or religion (Art. 55);

*Considering* that this obligation cannot be limited to the domestic sphere and must also extend to cross-border relations;

*Recalling* that cross-border relations are regulated, if not by international conventions of uniform law, by regional or national rules governing conflict of jurisdiction and conflict of laws (hereinafter: conflict of laws rules or rules of private international law);

*Convinced* that conflict of laws rules are to be subject to review effected by human rights;

*Convinced* also that private international law can inspire and guide the implementation of human rights, notably by ensuring respect for the plurality of traditions, cultures and legal systems;

*Having regard* to the difference between the horizontal nature of the relations with which private international law is concerned, and the vertical nature of relations that are the principal focus of human rights;

*Adopts* the following Resolution:

#### **CHAPTER I - GENERAL MATTERS**

##### **Article 1 : Definition**

(1) For the purposes of this Resolution, human rights constitute all rights and freedoms protected by a United Nations Convention, which refer expressly to the Universal Declaration of Human Rights, as well as regional human rights conventions.

(2) All rights and freedoms under general international law or protected as a fundamental right by a regional instrument or a provision of domestic law, which are given priority in the legal system in question

over and above other sources of law, may be considered as equivalent to a human right in paragraph 1 above.

**Article 2 : Principles**

(1) States shall ensure respect for human rights by their organs, including courts of general jurisdiction in international relations between private individuals. These rights serve to control and correct, where necessary, the results produced by the operation of rules of private international law.

(2) Restrictions on human rights can be justified if a Contracting State, relying on its margin of appreciation but without affecting the substance of the right in question, pursues a legitimate objective, all the while taking into account the principles of proportionality and the practical and effective protection of the right in issue.

(3) In order to promote respect for the human rights of private individuals in their international relations, States shall encourage the development of uniform rules of private international law which have an impact on respect for human rights.

**Article 3 : Human rights holders**

For the purposes of this Resolution, natural persons and, where applicable, legal persons, whether profit-seeking or not-for-profit, as well as groups of individuals, are considered to be holders of human rights.

**Article 4 : Interpretation of instruments relating to human rights**

In interpreting instruments adopted for the protection of human rights by international (universal or regional) and national bodies, account shall be taken of the universal nature of human rights and the need to promote the uniform application of the common core of these instruments.

**Article 5 : Harmonious interpretation**

(1) The interpretation of conventions relating to human rights and private international law conventions must conform to Articles 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, and must aim to harmonise with one another. Among contracting parties to a private international law convention, conventions relating to human rights constitute relevant rules of international law within the meaning of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention and *vice versa*.

(2) Similarly, the interpretation of rules of private international law, whether national or regional, must aim to be in keeping with applicable human rights.

**Article 6 : Priority**

If, following a harmonious interpretation carried out in accordance with Article 5, an insurmountable conflict arises between a rule of private international law and a treaty-based provision relating to human rights, it falls to the forum's national law, and where applicable to international bodies (universal or regional), to determine which shall prevail.

**CHAPTER II**

**HUMAN RIGHTS AND JURISDICTIONAL IMMUNITIES**

**Article 7 : Jurisdictional immunities**

The right of access to a court necessitates a strict interpretation of jurisdictional immunities in civil and commercial matters.

**CHAPTER III**

**HUMAN RIGHTS AND GROUNDS OF JURISDICTION  
IN INTERNATIONAL CASES**

**Article 8 : Heads of jurisdiction**

- (1) Human rights, particularly the right of access to a court and the right to a fair hearing, do not require legislators or courts to base jurisdiction on particular heads of jurisdiction in international cases.
- (2) In establishing heads of jurisdiction in international cases, States must, absent a legitimate justification, respect the prohibition of any form of discrimination based on sex, religion or national origin.

**Article 9 : *Forum necessitatis***

If the application of the rules of jurisdiction or their exercise, among concerned States, leads to a denial of justice in a given case, the right of access to a court requires that a court must, exceptionally, declare itself competent, if there is a sufficient connection with the State of the court seized.

**Article 10 : Dispute settlement clauses**

- (1) Any contractual clause that attributes exclusive jurisdiction to a court or an arbitral tribunal is incompatible with the right of access to a court if that attribution leads to a denial of justice.
- (2) Any contractual clause that allows—one of the parties, particularly by way of a unilateral option, to prevent the other party's access to the court is incompatible with the right to a fair hearing.

**CHAPTER IV  
HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL JUDICIAL COOPERATION**

**Article 11 : Fair hearing**

- (1) In applying national rules of civil or commercial procedure to cases with foreign elements, account must be taken of the particular needs of all parties to the litigation in light of these elements and must be adapted in a manner consistent with the requirement of a fair hearing.
- (2) In matters of international judicial cooperation, the requesting State and the requested State must respect the right of private parties to a fair hearing, especially by completing the request within a reasonable time.

**CHAPTER V  
HUMAN RIGHTS AND CONFLICT OF LAWS**

**1. General principles**

**Article 12 : Connecting factors**

Connecting factors used to determine the applicable law must respect the principle of non-discrimination and, in particular, avoid any form of direct or indirect discrimination based on nationality, sex, or religion of one of the parties.

**Article 13 : Party autonomy**

In determining the applicable law, States should ensure that party autonomy is respected as long as it does not prejudice the interests of third parties or weak parties, or imperative norms.

**Article 14 : Imperative norms**

- (1) In assessing the compatibility of the law designated by the conflict of laws rules with rules of the *ordre public* and overriding mandatory laws (imperative norms), the court shall take into account human rights which form part of the forum's *ordre public international*, notably the principle of non-discrimination.
- (2) In invoking the forum's imperative norms to reject the application of a foreign law, the court shall ensure that the forum's imperative norms are compatible with human rights; in particular, with the principle of non-discrimination.

**2. Special rules**

**Article 15 : Legal Capacity**

- (1) Every individual has the capacity to acquire and hold rights and assume obligations; the modalities are determined by the applicable law.

(2) Every entity, which has the capacity to acquire rights and assume obligations under the law of a State, must be entitled to appear before the competent courts of other States to enforce its rights and defend itself.

**Article 16 (new) : Personal status**

The Institute of International Law favours the development of private international law concerning the recognition of personal status established abroad, on the condition that this has been done in a fair process and where there is not a manifest violation of the *ordre public international* of the forum.

**Article 17 (ex: 16) : An individual's name**

(1) An individual's name forms part of his or her personal identity which is protected by the right to respect for private life.

(2) A change of name which has occurred by virtue of the applicable law, against the will of the name holder, violates the right to respect for private life if the change is not justified by objective reasons, such as the aim of uniformity in name within the family unit, implemented in a non-discriminatory manner.

(3) The name of an individual registered with a State and established by virtue of the applicable domestic law must be recognised in another State without regard to its conflict of laws rules unless the name is manifestly incompatible with the *ordre public* of that other State.

**Article 18 (ex: 17) : Marriage**

(1) A marriage agreed upon in the absence of the free and full consent of the two spouses is of no legal effect, unless the spouse who had been forced to marry later ratifies the marriage, acting freely and with full knowledge of its consequences.

(2) In enforcing the forum's imperative norms which oppose the recognition of a marriage celebrated in a foreign country, the court shall take into account the right to marry and the right to respect for family life affected by non-recognition together with all of the circumstances of the case.

**Article 19 (ex: 18) : Parentage**

A parentage relationship registered in a State in accordance with due process under the applicable law determined by that State must be recognised in another State without regard to its conflict of laws rules [unless recognition would constitute a manifest violation of the forum's *ordre public international*].

**Article 20 (ex: 19) : Adoption**

An adoption completed in a State in accordance with due process under the applicable law must be recognised in another State without regard to

its conflict of laws rules, provided that the adoption reflects social reality and is not the result of child-trafficking.

**Article 21 (new) : Protection of vulnerable persons**

- (1) States shall protect vulnerable persons regardless of their age.
- (2) States shall also protect children in situations with foreign elements. This includes the collection of alimony from the parents or other persons having financial responsibility for the child.
- (3) In order to give effect to the above paragraphs, States shall promote accession to existing instruments and the conclusion of international instruments, notably of private international law.

**Article 22 (ex: 20) : International child abduction**

- (1) States shall take measures to combat international child abduction and illicit non-returns of children and shall promote, to this end, accession to existing instruments or the conclusion of multinational or bilateral agreements of private international law.
- (2) In applying these instruments or their domestic law provisions, the authorities must act with urgency in view of obtaining the return, in safe conditions, of the child to the State of origin, whilst respecting the right to family life of all the parties, taking into account the overriding interest of the child that requires a thorough investigation.

**Article 23 (new) : Protection of property**

- (1) States shall respect private property and other proprietary rights encumbering a corporeal asset acquired by natural or legal persons in a foreign State in accordance with the latter's laws.
- (2) Where a change of the applicable law resulting from private international law is conducive to the loss of such right the forum State shall grant the holder an equivalent right to the extent possible.

**CHAPTER VI**

**HUMAN RIGHTS AND THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF  
FOREIGN JUDGMENTS**

**Article 24 : The right to recognition and enforcement**

The right to a fair hearing applies to the recognition and enforcement of a foreign judgment when a court rules definitively on civil or commercial rights. This right must be respected, in particular, during the exequatur procedure.

**Article 25 : Conditions for recognition and enforcement**

- (1) A regime which:
  - (a) refuses to recognise and enforce foreign judgments in the absence of obligations created by international instruments;
  - (b) requires proof of reciprocity as a condition for the recognition and enforcement of the foreign judgment; or
  - (c) allows for the substance of the foreign judgment to be fully reviewed at the point of recognition or enforcement;  
is incompatible with the parties' rights to a fair hearing in civil and commercial matters.
- (2) A foreign judgment cannot be recognised or enforced against a party's will if the proceedings in the foreign court violated that party's right to a fair hearing.

**OBSERVATIONS DES MEMBRES DE LA QUATRIÈME COMMISSION**

*Le rapporteur a reçu bien des observations en forme de courriel de la part des membres de l'Institut, notamment de Mme Hélène Gaudemet-Tallon et de MM. Michael Bogdan, Lawrence Collins, Joachim Frowein, Ahmed Mahiou, Hans van Houtte et Hans van Loon. À cause de leur caractère fragmentaire et abrégé ces observations ne peuvent pas être reproduites ici. Ont été sélectionnés ici les commentaires plus détaillés.*

**Observations de M. Pierre Gannagé<sup>†</sup> du 13 septembre 2018 à la suite du Projet de résolution publié dans le volume 78 de l'Annuaire de l'Institut de Droit international, pp. 215 – 236**

Cher Confrère,

Je vous remercie vivement de l'envoi de votre important rapport, tel qu'il a été remanié, accompagné du Projet de résolution qui doit être examiné à la prochaine session de l'Institut.

J'en ai admiré l'extraordinaire richesse, l'exposé lumineux d'une question de grande actualité que votre rapport précise et invite à la réflexion.

Je me permets de vous livrer quelques observations sur deux points étudiés dans votre rapport, le premier relatif à la définition des droits de l'homme, le second touche à l'influence des droits de l'homme sur la structure et le fonctionnement de la règle de conflit.

I) La définition des droits de l'homme repose sur leur origine, leur finalité. Comme vous les soulignez au début de votre rapport « Ces droits et libertés,

selon les philosophes sont impartis à l'homme par le fait de sa naissance et sont liés de manière indissoluble, à son existence et à sa dignité humaine ».

Ils apparaissent ainsi aujourd'hui comme le produit d'un cheminement historique qui a été nourri, au cours des siècles par des données idéologiques et religieuses, notamment par l'idée de fraternité universelle, développée par le christianisme, laquelle implique l'égalité des droits et l'inviolabilité de la personne humaine.

Ils ont été depuis proclamés solennellement au siècle des lumières et affirmés de nouveau à l'époque contemporaine dans les Déclarations et les Traités notamment, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

Mais leur pénétration, suivant divers procédés, dans les droits positifs des Etats ne saurait occulter leur origine, le fait qu'ils appartiennent d'abord au droit naturel, qu'ils constituent des principes dans lesquels les droits positifs doivent trouver leur inspiration et les lignes de leur évolution ;

Cet héritage semble quelque peu délaissé à l'époque contemporaine dans les pays occidentaux, comme dans ceux du Proche-Orient.

Dans les premiers, les conceptions individualistes ont souvent faussé la nature des droits de l'homme et les ont détournés de leur finalité première<sup>1</sup>;

Dans les seconds, les droits religieux toujours applicables, renferment des dispositions discriminatoires qui consacrent la violation des droits de l'homme.

Il me paraît dès lors souhaitable que dans le Préambule du Projet de résolution, une référence très explicite soit faite à l'origine des droits de l'homme qui résultent du droit naturel et expriment, indépendamment de la diversité et des variations des droits positifs, l'existence d'une identité proprement humaine des personnes dont l'universalité ne peut être niée.

II) Ma deuxième observation concerne la règle de conflit de lois au regard des droits de l'homme.

La règle de conflit, comme vous l'observez dans votre rapport ne constitue pas un pur procédé technique. C'est une norme juridique qui doit satisfaire des objectifs propres différents de ceux qui fondent les règles matérielles. A cet égard la neutralité souvent relative de la règle de conflit à l'égard des droits matériels n'exclue pas qu'elle puisse en elle-même, en raison de sa structure, du rattachement sur lequel elle repose,

---

<sup>1</sup> Voir notamment à ce sujet pour une critique de l'interprétation contemporaine des droits de l'homme : Y. Lequette, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de Paradigme* ; Cours général de droit international privé, p. 351 et s. p. 364 ; *Recueil des cours*-Académie de droit international de la Haye, tome 387-2017.

contredire les exigences des droits fondamentaux. Ces exigences doivent ainsi être satisfaites au début, comme au terme du processus conflictuel, d'abord quant à la valeur du rattachement choisi, puis de nouveau quant à la teneur du droit matériel de la loi désignée.

Ce dualisme me paraît devoir être souligné pour dissiper les ambiguïtés, qu'a provoquées cette question.

J'ajouterai quelques brèves remarques sur la situation particulière des pays du Proche-Orient où le pluralisme des statuts personnels fonde la réglementation des relations familiales et où le principe de non-discrimination peut être atteint par l'application de la loi nationale du mari comme par celle du droit religieux du for.

Comme on le sait, la loi nationale du mari est aujourd'hui considérée comme discriminatoire du fait que sa désignation consacre une conception inégalitaire qui confère au mari la qualité du chef du ménage et le fait bénéficiaire de l'application de son propre droit.

Cette loi demeure cependant très souvent appliquée dans les systèmes juridiques des pays proche-orientaux. Cela tient, entre autres raisons, à ce qu'elle ne peut être remplacée par la loi du domicile ou de la résidence. Celle-ci suppose en effet l'existence d'un droit territorialement unifié qui fait défaut dans ces pays où le rattachement ne peut qu'être personnel. (nationalité, religion, ...).

Cette particularité explique que le droit libanais confère à la volonté des parties une place importante pour régir les effets des mariages de personnes de nationalité différente. L'autonomie de la volonté constitue ici la seule alternative à la règle de désignation de la loi nationale du mari. Cette solution s'accorde avec l'évolution des droits occidentaux qui dans ce domaine laissent souvent aujourd'hui aux époux, à certaines conditions la possibilité de choisir le droit applicable.

Elle n'est cependant pas suivie dans les Etats musulmans où le droit musulman constitue le droit commun et s'applique impérativement dans les relations internationales, lorsque l'un des époux est de confession musulmane.

Cette règle est discriminatoire, comme l'a observé notre confrère Ahmed El-Kosheri. Elle manifeste, dans les Etats confessionnels la prépondérance de principe du droit confessionnel de l'Etat sur les droits étrangers indépendamment de tout autre élément de rattachement. Cette prépondérance se fonde sur les impératifs religieux et ne peut être écartée que par la voie de la laïcisation qui constitue la condition de l'établissement de règles de conflit égalitaires.

Ces observations me portent à vous suggérer, si vous l'estimez possible, de compléter l'article 12 du Projet de résolution de la manière suivante :

« Les critères de rattachement utilisés pour le choix de la loi applicable doivent respecter le principe de non-discrimination et notamment éviter toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la nationalité, le sexe ou la religion de l'une des parties. L'application de la loi désignée par la règle de conflit doit d'autre part conduire à des résultats conformes à ce principe ».

Je vous remercie encore de l'envoi de votre précieux rapport qui nous permet d'examiner ensemble, à la lumière d'une présentation très riche, une question essentielle et de grande actualité.

Bien cordialement

Pierre Gannagé

**Observations de M. Pierre Gannagé<sup>†</sup> du 15 septembre 2018 à la suite du Projet de résolution publié dans le volume 78 de l'Annuaire de l'Institut de Droit international, pp. 215 – 236**

Cher Confrère,

Je vous remercie de votre lettre du 14 septembre et de l'intérêt que vous avez voulu porter à mes observations.

I-Je suis d'accord pour le changement que vous proposez, relatif au libellé du premier aliéna du Préambule de la Résolution. L'universalité se rattache sans doute à l'identité proprement humaine des personnes.

II- L'élargissement de l'article 12 de la Résolution aux discriminations basées sur la nationalité ou la religion ne devrait pas, me semble-t-il soulever de difficultés. En relisant votre rapport aux numéros que vous m'avez indiqué dans votre courrier, j'ai constaté que vous teniez compte à plusieurs reprises de la situation des pays islamiques. J'ai aussi prêté une attention particulière au numéro 72 du rapport qui dénonce le caractère discriminatoire que peut revêtir le rattachement par la nationalité à l'occasion du droit de prélèvement qu'avait établi la loi française de 1819. La discrimination provoquée par ce rattachement peut se retrouver dans d'autres cas et justifie encore à mon sens l'extension de l'article 12 à la nationalité.

S'agissant du droit musulman, il constitue le droit confessionnel de l'Etat dans les pays musulmans. Il fait figure d'un droit commun en ce sens qu'il s'applique impérativement dans les situations internes aux relations des musulmans et des non musulmans.

Dans les relations internationales, les articles 13 et 14 du code civil égyptien applicables que vous citez et qu'a commentés notre confrère Ahmed El-Kosheri apparaissent discriminatoires comme il l'a remarqué, et le privilège de nationalité qu'ils consacrent conduit souvent à un privilège de communauté et à l'application du droit musulman.

Je vous signale d'autre part que l'Institut dans le préambule de sa résolution adoptée à Cracovie en 2005 sur les différences culturelles et l'ordre public en droit international privé de la famille a rappelé « la primauté des principes d'égalité et de non-discrimination en raison du sexe et de la religion... ».

III- Je suis entièrement d'accord avec vous pour la suppression de la deuxième modification de l'article 12 que j'avais proposé et vous remercie de la précision que vous avez voulu ajouter. L'article 14 qui constitue un élément important de la résolution y supplée.

IV- Je vous remercie de votre proposition d'envoyer mes observations au secrétaire général pour leur publication dans l'annuaire. Je l'accepte volontiers.

Espérant avoir le plaisir de vous rencontrer à la Haye, avec mon bien fidèle souvenir et mes sentiments les plus cordiaux.

Pierre Gannagé

**Observations de M. Andreas Bucher du 22 juillet 2017 à la suite du Rapport publié dans le volume 77 de l'Annuaire de l'Institut de Droit international, pp. 391 – 453**

Cher Confrère, cher Jürgen,

J'ai lu avec grand intérêt ton rapport, très riche et approfondi, sur les droits de l'homme et le droit international privé. Etant donné que je ne pourrai malheureusement pas assister à la prochaine session, je souhaite présenter une seule observation, suivie d'une suggestion :

Le Rapport relève correctement (par. 54) que la question de la compétence civile universelle en matière de réparation des crimes internationaux n'est pas abordée dans la nouvelle Résolution soumise à la consultation des membres de l'Institut. La Résolution adoptée lors de la session de Tallinn en 2015 ne devrait donc pas être touchée. Une difficulté se présente néanmoins du fait que la réparation des crimes internationaux fait partie des droits de l'homme, au sens de la définition fournie à l'article premier du Projet.

Or, en étudiant les articles 7 et 9 du Projet de Résolution, un chevauchement peut être observé. En effet, la règle proposée au sujet d'une « interprétation stricte » des immunités de juridiction en matière civile (art. 7) est certes judicieuse, mais elle est différente de celle adoptée à Tallin, selon laquelle « l'immunité des Etats ne devrait pas priver les victimes de leur droit à réparation » (art. 5). Il est admis que le for de nécessité peut, dans certaines juridictions, répondre aux besoins auxquels répond la notion de compétence civile universelle. Il serait dès lors malheureux si l'exigence d'un « lien suffisant avec l'Etat du tribunal saisi » était retenue, comme

cela est proposé (art. 9), alors que l'Institut a adopté à Tallin une résolution qui retient comme l'un de ses fondements l'observation que la condition d'un « lien suffisant » n'est pas souhaitable dès lors qu'elle pourrait aboutir dans certains cas à ce que les victimes ne trouvent accès à la justice nulle part (cf. le Rapport de Tallin, par. 186-189).

Je me permets dès lors de suggérer que la Résolution à venir de l'Institut évite de telles incompatibilités. Certes, on pourrait envisager de modifier la substance du texte de manière à ce que les solutions retenues à Tallin puissent se retrouver dans le nouveau texte. La méthode traditionnelle de rédaction suivie par l'Institut en règle générale est différente et plus simple, consistant à rappeler, respectivement à réserver une résolution antérieure dont le contenu doit rester préservé. Il serait donc judicieux d'insérer dans le Préambule le texte qui suit :

*Rappelant* sa résolution de Tallinn de 2015 sur « la compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux » ;

*Recalling* its 2015 Tallinn Resolution on « Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes ».

Je serais heureux de savoir que ma petite suggestion soit reprise à la session à venir lors de laquelle la présentation de ton Rapport sera suivie avec le plus grand intérêt par les membres de l'Institut.

Avec mes plus cordiaux messages,

Andreas Bucher

**Observations de M. Ahmed El-Kosheri<sup>†</sup> du 9 avril 2017 à la suite du Rapport publié dans le volume 77 de l'Annuaire de l'Institut de Droit international, pp. 391 – 453**

L'excellent Rapport de Professeur Basedow démontre bien les idées clés pour saisir le fondement sur lequel la communauté internationale contemporaine envisage les Droits de l'Homme.

Le Rapport contient cependant plusieurs exemples du traitement discriminatoire sur la base du sexe ou religion pratiqué dans certains pays du Moyen Orient (paragraphe 44, 64, 73, 78, 79).

Le problème est, à mon avis, plus sérieux, étant donné que telles violations reflètent un profond malentendu sur le sens et les effets des exigences d'une société civile moderne commune à tous les êtres humains, contrairement à ce qui se passait dans une époque révolue d'une société restreinte à un peuple choisi par Dieu, dans le sens d'avoir le privilège de bénéficier en tant que Musulmans des droits et traitement supérieurs à tous les autres individus et nations.

Une telle discrimination concernant le sexe et la religion constitue un composant important du système juridique existant dans les Etats ayant

des textes constitutionnels explicitement contenant une disposition selon laquelle « L'Islam est la Religion de l'Etat ».

Ceci exige l'existence d'une prémisse primaire qui commande le traitement discriminatoire à propos de toutes les fonctions étatiques législative, exécutive, aussi bien que judiciaire. Cette discrimination entre Musulmans et non-musulmans, citoyens ou résidents étrangers, aussi bien qu'entre hommes et femmes, existe particulièrement à l'égard de toutes les matières du droit de famille ou d'héritage entre membres de la même famille.

Sans entrer dans les détails relatifs à chacun parmi ces Etats - qui ont adhéres nonobstant aux différents Chartes des droits de l'homme sur le plan international - mon intervention vise tout simplement à attirer l'attention de mes éminents confrères et consœurs au fait que le Code Civil égyptien de 1949 contient des « règles de rattachement » (Conflict-of Laws rules) dans les Articles 13, 14 et 17 qui sont visiblement discriminatoires.

**L'article 13** dispose que :

- « 1) Les effets du mariage, y compris ceux qui concernent le patrimoine, seront soumis à la loi nationale du mari, au moment de la conclusion du mariage.
- 2) La répudiation sera soumise à la loi nationale du mari au moment où elle a lieu, tandis que le divorce et la séparation de corps seront soumis à la loi du mari au moment de l'acte introductif d'instance. »

Quant à **l'article 14**, on lit :

- « Dans les cas prévus par les deux articles précédents, si l'un des deux conjoints est égyptien au moment de la conclusion du mariage, la loi égyptienne sera seule applicable, sauf en ce qui concerne la capacité de se marier. »

Concernant le **premier paragraphe de l'Article 17**, le texte prescrit que :

- « Les successions, testaments et autres dispositions à cause de mort seront régis par la loi nationale du de cujus, du testateur ou du disposant au moment du décès. »

En plus, tenant compte du fait que les règles substantielles du système juridique égyptien ayant codifié en actes législatifs séparés le droit familial islamique applicable auparavant selon le rite *Hanafite* de *Shari'a* prévalant tout au long du règne de l'Empire Ottoman, ce système est basé sur les anciennes normes discriminatoires islamiques à l'encontre des femmes, aussi bien que contre les juifs et les chrétiens qui sont traités comme ressortissant de deuxième classe.

Ainsi, un homme musulman peut légalement se marier avec une épouse juive ou chrétienne, mais une femme musulmane est interdite de se marier avec un homme juif ou chrétien. Également, une personne de confession juive ou chrétienne ne peut pas hériter un musulman ou

bénéficiaire d'un testament à sa faveur, même si le décédé est un parent, époux, fils ou fille. Cette dernière, c'est-à-dire la fille, est assujettie à un autre type de discrimination, étant donné qu'initialement elle ne reçoit que la moitié de ce que son frère obtient dans l'héritage du parent ou tout autre membre de la famille.

D'ailleurs, la suprématie assumée à cause de l'Islam, constitue la base légale fondamentale du droit positif actuel à propos des implications généralement adoptées dans les domaines qui comprennent le fait d'autoriser un mari chrétien à répudier son épouse chrétienne simplement à la suite de sa conversion à l'Islam, et ceci comme conséquence de bénéfices de son nouveau statut en tant que musulman. Également, quand il se convertit à l'Islam, son épouse chrétienne ou juive est interdite de l'hériter en ayant une part dans la succession, en stricte application de la règle considérée d'ordre public qui empêche un non-musulman d'hériter un musulman ou le contraire. Cette interdiction s'étend pour couvrir tous les membres de la famille, y compris le père et la mère.

Je suis convaincu que toute discussion ou résolution au sein de l'Institut à propos des travaux de notre Quatrième Commission doit clairement faire état de telles violations des droits fondamentaux humains qui constituent une partie inhérente de tels systèmes juridiques nationaux en adoptant ainsi une discrimination dans le traitement concernant les relations familiales en matière de mariage, divorce, filiation, succession à cause de la mort. Lesdites violations doivent être déclarées d'une façon explicite contraire à l'ordre public universellement conçu à présent, avec le résultat de solliciter la Communauté Internationale dans sa totalité à refuser d'entreprendre toute mesure qui aurait comme conséquence la reconnaissance, ou la mise en application de telles règles législatives ou judiciaires discriminatoires.

Par conséquent, je suis de l'opinion qu'un nouveau paragraphe doit être ajouté au Projet de la Résolution, qui identifie les aspects d'une discrimination basée sur le sexe ou la religion pour exclure tout effet juridique à une telle discrimination devant les juridictions des Etats qui se conforment aux exigences d'une observation adéquate des différents Chartes de Droit de L'homme, aussi bien qu'avec la Déclaration Universelle des Nations Unies de 1948.

**Observations by Mr Ahmed El-Kosheri<sup>†</sup> of 9 April 2017 following the Report as published in Volume 77 of the Yearbook of the Institute of International Law, pp. 391 – 453**

Professor Basedow's excellent Report reflects the basic understanding of the Human Rights impact in the contemporary international community as reflected in the common undertaking of most States members of the United

Nations. The Report contained, nevertheless on various occasions, reference to certain examples of issues on sex and religion discriminatory treatment prevailing in certain Middle Eastern Countries (paragraphs 44, 64, 73, 78, 79).

The problem, in my opinion, is more serious, since the said violations of the established human rights requirements as universally understood stem from a deeper source of discrepancy which finds its origin in a misconception of the meaning and effects of a worldwide civil society containing all human beings, in contrast to the outdated pattern of a restricted community selected by God, in the sense of granting under a divine order a privileged status to the Muslims enjoying rights and privileges over and above all other nations and individuals.

Such concept of inherent sex and religious discrimination forms a fundamental component of the legal system still existing in certain States having Constitutional texts explicitly declaring that Islam is “the Religion of the State”. Thus, rendering as a necessary premise the existence of a built-in discriminatory treatment extending over all legislative, executive as well as judicial functions. This discrimination legally exists between Muslims and non-Muslims, whether citizens or foreign residents as well as between men or women, particularly with regard to family matters and inheritance within the members of the same family.

Without going into details throughout all Islamic States which adhered nevertheless to various Human Rights Internationally binding Charters and Declarations, I simply attract the attention of my eminent *confrères et consoeurs* to the fact that the Egyptian Civil Code of 1949 contains Conflict of Laws rules (*règles de rattachement*) in Articles 13, 14 and 17 which are explicitly discriminatory.

**Article 13** reads: “The effects of marriage, including its effects upon the property of the spouses, are regulated by the law of the country to which the husband belongs at the time of the conclusion of the marriage.

Repudiation of marriage is governed by the law of the country to which the husband belongs at the time of repudiation, whereas divorce and separation are governed by the law of the country to which the husband belongs at the time of the commencement of the legal proceedings”.

As to **Article 14** it provides that: “If, in the case provided for in the two preceding articles one of the two spouses is an Egyptian at the time of the conclusion of the marriage, Egyptian Law alone shall apply except as regards the legal capacity to marry”.

According to the **first paragraph of Article 17**: “Inheritances, wills and other dispositions taking effect after death are governed by the national law of the *de cuius*, the testator or the person disposing of property at death”.

Over and above, the substantive rules of the Egyptian legal system - which codified in separate legislative Acts the Islamic Family rules, as previously applicable under the *Hanafi* School of *Sharia* which prevailed throughout the Othman Empire - were based on the old Islamic principles discriminatory against women, as well as against all religious minorities, whether Jewish or Christians who are treated as second class protected inhabitants. Hence, a Muslim man can lawfully have a Jewish or Christian wife, but a Muslim woman is prohibited from getting married to a Jewish or Christian man. Equally, a person who is Jewish or Christian cannot inherit a Muslim upon his death or benefit from a testament in his favor, whether the potential beneficiary is a parent, spouse, a son, or a daughter. The latter is subject to another type of discrimination, since she is treated as initially entitled to half what her brother gets in the estate of their parent or other member of the family.

Equally, the assumed supremacy of Islam, as a basic legal concept, has several present positive law implications commonly adopted in areas which include permitting a Christian husband to repudiate his Christian wife by simply converting to Islam and consequently benefiting from his new status as Muslim. Equally, when he converts to Islam his Christian or Jewish wife is prohibited from inheriting in his estate succession, in strict application of a mandatory public order rule according to which a non-Muslim cannot be a heir of a Muslim. This prohibition covers all other family members, including the father or the mother.

I believe that any discussion or resolution of the Institut dealing with the issue under consideration by the Fourth Commission has to clearly denounce such existing violations of fundamental human rights inherent to those national legal systems adopting systematic gender and religious discriminatory treatment in the field of family relationships pertaining to marriage, divorce, filiation or succession at the time of death. Said violations of human rights as universally understood presently have to be explicitly declared contrary to the worldwide human rights public order, with the immediate result of entitling the international community at large to refrain from undertaking any measure that would lead to the recognition, implementation or enforcement of the said discriminatory legislative rules or judicial rulings.

Therefore, I am of the opinion that a new paragraph has to be added to the Draft Resolution, identifying the issues of religious and gender discrimination leading to the exclusion of their legal effects within the jurisdiction of all other States abiding by the required adequate observation of the various Human Rights Charters as well as the 1948 United Nations Universal Declaration.

