



**HAL**  
open science

## La circulation des actes et des décisions en droit international privé

Pierre Hector

► **To cite this version:**

Pierre Hector. La circulation des actes et des décisions en droit international privé. Droit. Université de Bordeaux, 2021. Français. NNT : 2021BORD0323 . tel-03536864

**HAL Id: tel-03536864**

**<https://theses.hal.science/tel-03536864>**

Submitted on 20 Jan 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE  
POUR OBTENIR LE GRADE DE  
**DOCTEUR DE**  
**L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE N°41 DROIT

Par Pierre HECTOR

**LA CIRCULATION DES ACTES ET DES DÉCISIONS EN  
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

Sous la direction de : Éric FONGARO

Soutenue le lundi 6 décembre 2021 à 14h

Membres du jury :

Mme BIDAUD, Christine  
M. FONGARO, Éric  
Mme PÉROZ, Hélène  
M. RASS-MASSON, Lukas

Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon III ; Rapporteur  
Professeur à l'Université de Bordeaux ; Directeur de recherches  
Professeur à l'Université de Nantes  
Professeur à l'Université Toulouse I Capitole ; Rapporteur

**Titre :** La circulation des actes et des décisions en droit international privé

**Résumé :** La circulation des actes et des décisions relève de méthodes propres au droit international privé et à ses objectifs. L'intérêt de la thèse est de porter une évaluation sur l'efficacité des méthodes telles qu'appliquées aujourd'hui en droit international privé quant à la circulation des actes et des décisions afin de déterminer si le recours aux méthodes employées répond, ou non, de la manière la plus efficiente, aux objectifs de la matière. Cette finalité permet donc de s'interroger sur les méthodes du droit international privé concernant la circulation des actes et des décisions.

**Mots clés :** Circulation, acte juridique, méthodes, droit international privé

---

**LA CIRCULATION DES ACTES ET DES  
DÉCISIONS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse ; elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Je veux remercier, plus que tout autre, le Professeur Éric Fongaro qui m'a accompagné tout au long de la réalisation de ce travail, et, avant cela, dans mes premiers pas à la rencontre du droit international privé. Sa disponibilité, ses conseils et recommandations de lectures, ses critiques constructives et inlassables relectures, sa rigueur, de même que sa bienveillance et sa pédagogie, m'ont apporté bien au-delà des travaux de thèse. Qu'il perçoive en ces lignes l'expression de ma profonde gratitude et de mon immense respect.

Je remercie également les autres membres du jury de soutenance qui ont accepté de lire et d'évaluer mon travail. La seule lecture du manuscrit de thèse permet de mettre en évidence l'influence que les Professeurs Christine Bidaud, Hélène Péroz et Lukas Rass-Masson ont eu sur la réalisation de la thèse et les réflexions inhérentes à celle-ci. Bénéficiaire de leurs évaluations, conseils et observations constitue un privilège et un honneur.

Je suis reconnaissant envers l'ensemble de ma famille qui m'a soutenue pendant toutes ces années, en premier lieu maman et papa, sans qui je ne serai pas là où j'en suis. Qu'ils perçoivent en ces lignes l'expression d'un indéfectible amour.

Mes remerciements vont, enfin, à tous ceux, collègues et amis, qui m'ont entouré durant la préparation de cette thèse. Je pense particulièrement à Mourad et Valentin pour leurs échanges, relectures et conseils tout au long de la thèse. Je pense enfin également à tous ceux qui, d'une manière indirecte, ont participé à la réalisation de ce travail, notamment Antoine, Adrien et Manuel, que je remercie pour leur soutien et leur présence à mes côtés.



# SOMMAIRE

## **PREMIÈRE PARTIE : LA MÉTHODE DE LA RECONNAISSANCE À L'ÉPREUVE DE LA CLASSIFICATION DES ACTES**

### TITRE 1. LA MÉTHODE DE LA RECONNAISSANCE ET LA NATURE DES ACTES

*Chapitre 1. La classification des actes en fonction de leur nature*

*Chapitre 2. Les conséquences méthodologiques de la classification des actes en fonction de leur nature*

### TITRE 2. LA MÉTHODE DE LA RECONNAISSANCE ET LES EFFETS DES ACTES

*Chapitre 1. La classification des actes en fonction de leurs effets*

*Chapitre 2. Les conséquences de la classification des actes en fonction de leurs effets*

## **DEUXIÈME PARTIE : L'APPLICATION DE LA MÉTHODE DE LA RECONNAISSANCE À LA CIRCULATION DES ACTES**

### TITRE 1. LES CONDITIONS DE LA RECONNAISSANCE

*Chapitre 1. Le contrôle de l'efficacité procédurale*

*Chapitre 2. Le contrôle de l'efficacité substantielle des actes juridiques*

### TITRE 2. LES EFFETS DE LA RECONNAISSANCE

*Chapitre 1. La mise en œuvre pratique de la reconnaissance*

*Chapitre 2. La contestation de l'acte*





# PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJF.	Actualité juridique de la famille
al.	alinéa
art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
CA.	Cour d'appel
Cah. arb.	Cahiers de l'arbitrage
CE.	Communauté européenne
chron.	Chronique
CIEC	Commission internationale de l'état civil
Civ.	Chambre civile de la cour de cassation
CJCE.	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE.	Cour de justice (Union européenne)
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
dactyl.	Dactylographié
<i>Defrénois.</i>	Répertoire du notariat Defrénois
Dr. et procéd	Revue Droit et procédures
éd.	Édition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>infra.</i>	Voir ci-dessous
JCP G.	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition générale
<i>JDI</i>	Journal du droit international (Clunet)
n°	Numéro
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (dans l'œuvre citée)
p.	Page
<i>RabelsZ.</i>	<i>Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales</i>
RCADI.	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
<i>req.</i>	Requête
RJPF.	Revue juridique personnes et famille
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant
<i>supra.</i>	Voir ci-dessus
spéc.	spécialement
TFUE.	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI.	Tribunal de grande instance
Travaux comité fr. DIP	Travaux du comité français de droit international privé
V.	Voir
Vol.	Volume

# INTRODUCTION

1. « *Voici par exemple, deux personnes qui sont mariées dans un pays. Hésitera-t-on à leur accorder le titre d'époux légitimes et les droits attachés à ce titre dans un autre pays ?* »<sup>1</sup>. Cette interrogation animait Pillet dans son cours relatif à la théorie générale des droits acquis dispensé à l'Académie de droit international de La Haye. Presque un siècle plus tard, la circulation des actes et des décisions en droit international privé font écho à cette interrogation. La période actuelle de mondialisation, impliquant une mobilité internationale accrue des personnes, renforce encore la prégnance des interrogations qui animaient Pillet. La circulation ne constitue pas une notion juridique en tant que telle.

2. Habituellement, lorsque les juristes utilisent ce terme, c'est dans un sens très spécialisé. Il s'agit par exemple de la libre circulation, des personnes, des biens, des capitaux institués par l'Union Européenne ou encore du droit de la « circulation » routière<sup>2</sup>. À cet égard, certains lexiques juridiques ne contiennent pas de définition juridique de la circulation<sup>3</sup>, lorsque d'autres évoquent directement les sens spéciaux précités, telle la circulation des personnes ou des biens<sup>4</sup>. Ainsi la circulation, et *a fortiori* la circulation des actes et des décisions, ne fait pas l'objet, spécialement dans les lexiques juridiques, d'une définition autonome. Dans un sens plus commun, la circulation évoque le mouvement et l'action d'aller et venir en utilisant les voies de communication<sup>5</sup> et rejoint la définition de la circulation des personnes. La circulation des personnes consiste en effet en l'action d'aller et venir ; la faculté de se déplacer, plus ou moins librement, d'un lieu, d'un pays, à un autre<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> A. PILLET, La théorie générale des droits acquis, RCADI, 1925 (Vol. 8), p. 489 s., spéc. p. 492

<sup>2</sup> J-S. BERGÉ, Quelle circulation ?, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 17 s.

<sup>3</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD, Lexique des termes juridiques 2020-2021, Dalloz, 2020 (28ème édition)

<sup>4</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 2020 (13ème édition mise à jour), p. 173

<sup>5</sup> Le Grand Robert de la langue française [en ligne] (consulté le 26 Octobre 2020), Editions Le Robert, Novembre 2017

<sup>6</sup> G. CORNU, *op. cit.*, p. 173

3. Les actes juridiques en droit privé, comprenant également les décisions de justice, ont toujours pour objet une personne ou un groupe de personnes. D'un point de vue général, c'est la circulation des personnes qui implique la circulation des actes juridiques les concernant. En droit privé, la circulation des actes et des décisions est éminemment liée à la circulation des personnes. Ainsi, comme l'affirme le Professeur Péroz<sup>7</sup>, la circulation est envisagée sous l'angle de la réception, laquelle révèle la mobilité internationale des personnes. Cette approche de la circulation permet, dès à présent, de mettre en avant que les actes et les décisions produisent des effets au sein de l'ordre juridique français que parce que ce dernier accepte qu'ils en produisent, c'est-à-dire de les réceptionner<sup>8</sup>. La circulation des actes et des décisions s'entend alors au sens de leur réception par l'ordre juridique français, pris comme ordre juridique de référence, comme conséquence de la mobilité internationale des personnes. Dans cette perspective, seuls les problèmes soulevés par la mise en cause d'une norme étrangère, à l'occasion de sa réception par l'ordre juridique français - comme conséquence de la mobilité internationale des personnes -, constitueront notre sujet d'étude<sup>9</sup>.

4. Il convient, toutefois, de distinguer et de tenter de définir, de manière générale, les différentes « normes » étrangères, qui constitueront l'objet de notre étude : les actes juridiques et les décisions. Remarquons immédiatement, sous cet angle général, que les décisions constituent une catégorie particulière d'actes juridiques. En effet, l'acte juridique est un genre dont les espèces sont aussi nombreuses que variées<sup>10</sup>. À titre d'exemple, sont des actes juridiques les divers contrats et conventions, la confirmation, la renonciation à un droit, la résiliation, le congé, la mise en demeure, les décisions de justice<sup>11</sup>. Ainsi, les décisions de justice constituent des actes juridiques. En ce sens, et pour reprendre une dichotomie déjà employée non seulement en doctrine<sup>12</sup> mais également par certains textes de droit positif<sup>13</sup>, notre étude se focalisera sur les actes juridiques, à l'exclusion des actes de procédure. Dans un sens étroit, ces derniers sont définis comme des

---

<sup>7</sup> H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, Thèse, LGDJ, 2005, Préface de H. Gaudemet-Tallon

<sup>8</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 10, n° VIII

<sup>9</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Thèse, Dalloz, 1973, Préface de H. Batiffol, p. 30, n° 46

<sup>10</sup> C. BRENNER et S. LEQUETTE, *Acte juridique* [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 13 Octobre 2020], février 2019, Dalloz, n° 180

<sup>11</sup> C. BRENNER et S. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 31

<sup>12</sup> C. BRENNER et S. LEQUETTE, *op. cit.*, spéc. n° 216 s. - G. MAUGAIN, *Actes de procédure* [en ligne], Répertoire de procédure civile [consulté le 19 janvier 2021], janvier 2018, Dalloz

<sup>13</sup> Article 2 du Code de procédure civile : « *Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis.* »

manifestations de volonté ayant pour but de faire avancer une instance<sup>14</sup>. Il s'agit alors des actes accomplis directement par les parties ou bien par un auxiliaire de justice (avocat, huissier de justice) et leur objet consiste soit dans l'introduction, la liaison ou l'extinction de l'instance. Ils regroupent tous les actes qui se rattachent à une instance<sup>15</sup>. Cela concerne l'ensemble des actes qui précèdent l'instance, permettent son déroulé harmonieux ou encore la mise en œuvre, après l'instance, de la solution dégagée par le juge dans sa décision. Cela exclut du présent champ d'étude l'ensemble des actes n'ayant qu'un objectif purement procédural, exclusif de tout contenu substantiel pour les personnes privées, à l'image par exemple d'un acte introductif d'instance ou du constat réalisé par un huissier de justice. Seuls les actes juridiques, à l'exclusion des actes de procédure tels qu'ils viennent d'être définis, seront ainsi envisagés.

5. Cette précision réalisée, l'acte juridique est généralement défini comme un acte de volonté destiné (dans la pensée de ses auteurs) à produire un effet de droit<sup>16</sup>. Cette définition est aujourd'hui admise par l'ensemble de la doctrine privatiste qui l'oppose au fait juridique. Elle est même l'objet d'une consécration dans le Code civil à l'article 1100-1 issu de l'ordonnance du 10 février 2016<sup>17</sup>. Cette disposition prévoit que « *les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit* ». Selon le Professeur Baratta, dans son cours à l'académie de droit international de la Haye, dispensé en 2011, par actes ou décisions on entend ceux pris après une procédure de nature officielle dans l'État d'origine, qui inclut également les rapports nés *ex lege*. En effet, une procédure de nature officielle se produit également lorsqu'il existe un contrat privé ou l'acte d'une autorité religieuse, pourvus qu'ils soient reconnus par une autorité publique de l'État d'origine<sup>18</sup>. Cette conception exclut de notre champ d'étude les situations de pur fait, dépourvues de tout support formel, auxquelles peuvent pourtant être attachées certaines conséquences juridiques<sup>19</sup>.

6. La conceptualisation de la notion d'acte juridique est relativement récente en France, elle date de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et du début du XX<sup>ème</sup> siècle, sous l'impulsion décisive

<sup>14</sup> V. G. MAUGAIN, *op. cit.*, n° 2 s.

<sup>15</sup> C. BRENNER et S. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 217

<sup>16</sup> G. CORNU, *op. cit.*, p. 22

<sup>17</sup> C. BRENNER et S. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 10

<sup>18</sup> R. BARATTA, La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales, RCADI, 2011 (Vol. 348), p. 265 s., spéc. p. 268 s.

<sup>19</sup> V. S. FULLI-LEMAIRE, Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations, Thèse dactyl., Paris II, 2017, spéc. p. 23 s., n° 4

venue du droit public<sup>20</sup> et d'auteurs comme Léon Duguit<sup>21</sup> ou Gaston Jèze. Pour autant, si l'impulsion décisive provient du droit public, les critères de l'acte juridique varient suivant les doctrines privatistes ou publicistes et les particularités des branches auxquels ces différents auteurs appartiennent. En résumé, les thèses normativistes séduisent principalement les publicistes et les thèses volontaristes sont défendues par les auteurs privatistes<sup>22</sup>.

À s'en tenir à la conception privatiste, la définition volontariste de l'acte juridique se compose de deux éléments : l'effet de droit attaché par la loi à l'accomplissement de l'acte juridique et une manifestation de volonté de créer ledit effet<sup>23</sup>. Le premier critère d'identification de l'acte juridique tient alors à sa « juridicité » marquée par les « effets de droit » ce qui, selon la majorité des auteurs volontaristes, désigne une modification de l'état de droit antérieur<sup>24</sup>. Le second critère permet de distinguer l'acte juridique du fait juridique, en ce que l'acte juridique consiste en une manifestation de volonté de créer l'effet de droit recherché<sup>25</sup>. Pour autant, il semble que la définition du fait juridique, éludant le critère de la volonté, ait posé des problèmes dans la distinction qu'elle opère entre l'acte juridique et le fait juridique<sup>26</sup>. L'exemple classique du vagabond qui commet volontairement un délit pour passer une nuit en cellule met à mal le critère de la volonté, comme critère de distinction de l'une et de l'autre de ces notions. Pour pallier ces difficultés, certains auteurs, tout en conservant un rôle à la volonté, refusent de tracer une frontière étanche entre la catégorie acte juridique et fait juridique<sup>27</sup>. En effet, à la suite du Professeur Hébraud<sup>28</sup>, le Professeur Hauser a développé dans sa thèse l'idée que « *la gradation de l'importance de la volonté fait qu'entre l'acte juridique et le fait juridique, il n'y a pas de séparation absolue mais bien plutôt solution de continuité* »<sup>29</sup>. Le critère de l'acte juridique consiste donc dans « *le lien entre la volonté et les éléments objectifs de l'acte juridique* »<sup>30</sup>. Ce lien identifié par le Professeur Hauser se rattache à la cause : « *On n'a pas assez vu que dans la définition classique de l'acte juridique ce n'est ni la manifestation de volonté, ni les effets de droit qui constituaient le critère supérieur mais leur lien correctement conçu* », « *en vue de produire* » des effets juridiques. « *Il suffit de dire*

<sup>20</sup> C. BRENNER et S. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 5

<sup>21</sup> L. MAYER, Actes du procès et théorie de l'acte juridique, Thèse, IRJS, 2009, p. 112, n° 119

<sup>22</sup> V. L. MAYER, *op. cit.*, p. 13 s. et p. 110, n° 117 s.

<sup>23</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 114, n° 121

<sup>24</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 115, n° 122

<sup>25</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 121, n° 126

<sup>26</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 122, n° 126

<sup>27</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 126, n° 129

<sup>28</sup> P. HÉBRAUD, Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, *in* Mélanges offerts à Jacques Maury, Dalloz, Sirey, 1960, p. 420 s.

<sup>29</sup> J. HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (contribution à la théorie générale de l'acte juridique), Thèse, LGDJ, 1971, Préface de P. Raynaud, p. 66, n° 50

<sup>30</sup> J. HAUSER, *op. cit.*, p. 282, n° 159

*qu'il y a rapport, lien, et que ce lien c'est la cause juridique* »<sup>31</sup>. Ainsi, dans l'hypothèse du vagabond qui commet un délit, ce lien n'existe pas, ou plutôt ce lien existe, mais « *n'opère pas osmose, il ne relie pas* »<sup>32</sup>. En somme, « *ce n'est donc pas dans la subordination de l'effet à la volonté qu'on trouvera le critère mais dans la nature du lien qui les unit et qui constitue, au sens plein du terme, la cause catégorique de l'acte juridique* »<sup>33</sup>. Cette position a été suivie et développée par un certain nombre de spécialistes<sup>34</sup>.

7. Après avoir évoqué ces positions doctrinales relatives à l'acte juridique, il convient toutefois de s'attarder sur les deux principaux critères retenus aujourd'hui, par l'ensemble des auteurs, mais également par certains textes pour l'identification des actes juridiques : la manifestation de volonté et l'effet juridique. D'abord, le fait qu'un effet de droit soit attaché à l'acte en vertu d'une règle de droit, est un élément qui permet de distinguer l'acte juridique du fait matériel et le rattache au genre de faits créateurs de droit. Ensuite l'effet de droit est attaché à une manifestation de volonté de le créer ce qui le distingue de l'autre espèce de faits créateurs de droit, les faits juridiques<sup>35</sup>. Concernant le premier critère identifié de l'acte juridique, certains auteurs envisagent l'effet de droit parfois comme une modification de l'ordonnement juridique. Ainsi, le Professeur Pierre Devolvé vise « *L'ensemble des règles de droit qui déterminent la situation des sujets* »<sup>36</sup>. Seront alors constitutives d'un effet juridique les seules modifications apportées à une règle de droit. Pour un autre courant doctrinal incarné par Duguit, l'effet de droit est appréhendé comme une modification de la situation juridique. Les situations juridiques des individus sont ici adjointes au droit objectif dans la désignation de ce qui constitue « l'état social »<sup>37</sup>. Cette conception distingue les situations juridiques objectives (règles générales et permanentes) et subjectives (spéciales et momentanées)<sup>38</sup>. Pour autant nous pouvons relever avec Lucie Mayer qu'il est tout à fait étonnant qu'une modification d'une règle générale et abstraite n'affecte pas, dans le même temps, les situations juridiques de personnes potentiellement concernées par la modification, à savoir toute personne susceptible de se voir appliquer le droit français<sup>39</sup>. Pour cette raison la définition de l'effet

<sup>31</sup> J. HAUSER, *op. cit.*, p. 275, n° 155

<sup>32</sup> J. HAUSER, *op. cit.*, p. 275, n° 155

<sup>33</sup> J. HAUSER, *op. cit.*, p. 276

<sup>34</sup> G. WICKER, Les fictions juridiques contribution à l'analyse de l'acte juridique, Thèse, LGDJ, 1996, Préface de J. Amiel-Donat, spéc. p. 97 s., n° 98 s. - M-L. IZORCHE, L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, PUAM, 1995, spéc. p. 200 s., n° 295 s.

<sup>35</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 147 s., n° 147

<sup>36</sup> P. DEVOLVÉ, L'acte administratif, Sirey, 1983, p. 19, n° 28

<sup>37</sup> L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, T. 1, La règle de droit, le problème de l'État, Baccard, 1927 (3ème édition), p. 326

<sup>38</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 148, n° 148

<sup>39</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 150, n° 150



de droit retenu par la conception de Duguit, c'est-à-dire visant une modification d'une situation juridique, objective ou subjective, apparaît plus séduisante.

8. La notion de situation juridique recouvre un contenu substantiel et un caractère obligatoire<sup>40</sup>. Le contenu substantiel d'une situation juridique réside dans la nature des rapports juridiques qu'un individu entretient avec autrui, en application du droit. Les types de rapports les plus courants sont ceux en vertu desquels une personne a droit à un certain comportement de la part d'autrui ou, au contraire, est tenue d'un certain comportement. Ainsi la situation juridique se compose d'un ensemble d'obligations et de droits<sup>41</sup>. Pour autant, certaines situations juridiques n'impliquent l'adoption d'aucun comportement particulier de la part de leur titulaire et au profit de ces derniers. Purement statiques, elles se contentent de consister en un certain « état » des relations de leur titulaire avec autrui. Par exemple, le père légitime se réserve le privilège de transmettre son nom aux enfants issus du mariage à défaut de déclaration contraire des époux. La situation juridique qui en résulte pour l'enfant, lorsqu'aucune déclaration n'a été émise, consiste donc d'un point de vue substantiel en ce que le nom qui permet de l'identifier aux yeux de la société est le nom de son père. Aucune obligation n'en résulte pour quiconque. Simplement les choses sont ainsi<sup>42</sup>. Le caractère obligatoire de la situation juridique est, pour sa part, entendu comme l'obligation faite aux organes d'application du droit, tel le juge ou l'arbitre, mais également les autorités administratives, de tirer les conséquences impliquées par le contenu substantiel de la situation. C'est le caractère obligatoire ainsi défini qui imprime à une situation sa juridicité<sup>43</sup>. La situation est obligatoire en ce que l'organe d'application du droit a l'obligation, d'abord de considérer que le contenu substantiel d'une situation détermine « *comment les choses doivent être* », et ensuite d'en tirer les conséquences dans sa décision<sup>44</sup>. En d'autres termes, le juge, ou encore l'administration, a l'obligation de se conformer à ce modèle qui constitue, pour lui, le contenu substantiel de la situation juridique. Cela permet d'expliquer qu'une règle qui accorde une permission soit néanmoins dite obligatoire<sup>45</sup>. Ainsi concernant la définition de la modification d'une situation juridique il faut en premier lieu que le contenu substantiel de la situation juridique antérieure soit modifié, ce qui s'entend de toute adjonction ou suppression d'un élément substantiel d'une

<sup>40</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 151, n° 151

<sup>41</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 151, n° 152

<sup>42</sup> A. JEAMMAUD, La règle de droit comme modèle, D., 1990, chron. 199 - P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ., 1999, p. 771 s. - L. MAYER, *op. cit.*, p. 152, n° 154

<sup>43</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 154 s., n° 156

<sup>44</sup> A. JEAMMAUD, *op. cit.*, spéc. p. 200, n° 4

<sup>45</sup> A. JEAMMAUD, *op. cit.*, spéc. p. 207, n° 20

situation donnée<sup>46</sup>. Par ailleurs, il faut nécessairement que le contenu nouvellement défini revête un caractère obligatoire<sup>47</sup>.

9. Enfin, rappelons que l'effet de droit d'un acte juridique est attaché à la manifestation de la volonté de le créer. C'est-à-dire que l'acte juridique est défini non simplement comme une volonté de créer un effet de droit, mais comme la manifestation d'une telle volonté. Il est en effet admis que la volonté interne doit emprunter une forme sensible, pour être prise en compte par l'ordre juridique. « *Voluntas in mente retenta voluntas non est* »<sup>48</sup>. Cela s'explique naturellement en vertu d'un « *élémentaire souci de sécurité et de stabilité* »<sup>49</sup>. On peut dire en définitive que, eu égard à la volonté, l'acte juridique se compose donc de deux éléments constitutifs : un élément psychologique interne, la volonté et un élément externe, l'extériorisation de cette volonté qui permettra à l'élément interne, la volonté, de devenir perceptible à autrui, et d'être susceptible de produire des effets de droit<sup>50</sup>. Jusqu'à présent, on peut généralement désigner l'acte juridique comme une opération juridique (*negotium*) consistant en une manifestation de la volonté (publique ou privée, unilatérale, plurilatérale ou collective) ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique (établissement d'une règle, modification d'une situation juridique, création d'un droit, *etc.*).

10. Si les actes juridiques tels qu'ils viennent d'être définis constituent sans doute notre sujet d'étude, les effets de droit peuvent également relever de la survenance de certains événements, inhérents à la vie, et exclusifs de toute manifestation de volonté. Ces événements, en tant qu'ils produisent des effets de droit - à l'image des actes juridiques - doivent ainsi être inclus à notre étude. D'autant que le terme acte juridique revêt plusieurs sens. S'il est susceptible en effet de désigner l'opération juridique telle qu'elle vient d'être définie, il est également susceptible de désigner l'acte instrumentaire. En ce sens les événements de la vie quotidienne - tout comme les actes juridiques (*negotium*) - sont alors susceptibles d'être l'objet de la réalisation d'un acte juridique, non plus au sens de *negotium* mais au sens d'instrument. C'est alors un écrit (*instrumentum*) rédigé en vue de constater un acte juridique ou un fait juridique, et dont l'établissement peut être exigé soit à peine de nullité (on parle alors de formalisme *ad solemnitatem* ou *ad valitatem*), soit à des fins de preuve ou de publicité (formalisme *ad probationem*). Ainsi, un acte juridique est tout autant

<sup>46</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 157, n° 159

<sup>47</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 158

<sup>48</sup> Citation latine qui, en substance, signifie que la volonté gardée à l'esprit de son auteur ne constitue pas une manifestation de volonté.

<sup>49</sup> P. RAYNAUD et G. MARTY, *Les obligations*, tome 1. Les sources, Sirey, 1988, p. 100, n° 104 - L. MAYER, *op. cit.*, p. 165, n° 166

<sup>50</sup> L. MAYER, *op. cit.*, p. 165, n° 166

susceptible de désigner une opération juridique (*negotium*) qu'un acte instrumentaire (*instrumentum*). Précisons à cet égard que nous excluons de l'étude l'ensemble des situations juridiques dépourvues d'instrument (*instrumentum*), c'est-à-dire dépourvues d'écrit sous-signature privé ou authentique<sup>51</sup>. La raison de ce choix réside dans le fait que les situations juridiques informelles, dans le cadre de leur circulation internationale, engendrent des problématiques dépassant le cadre strict de l'interrogation portant sur le recours aux méthodes<sup>52</sup>. Elles soulèvent également, au-delà de l'interrogation portant sur le recours aux méthodes, des questions fondamentales, notamment en matière de preuve<sup>53</sup>. La richesse de l'ensemble de ces questions requiert, semble-t-il, l'exigence d'une étude spécialement orientée vers cette problématique que constitue la preuve. Les actes et les décisions seront alors exclusivement appréhendés sous un aspect formel ou instrumentaire, comme l'ensemble des actes juridiques ou des événements qui donnent lieu à l'établissement d'un écrit, acte juridique, qui relève d'un objectif probatoire ou de validité du rapport juridique. De même, précisons que le sujet relevant d'une étude de droit international privé, les actes de droit public sont exclus de nos travaux, qui se limitera à l'étude des actes ayant pour objet un rapport de droit privé individuel.

11. Le droit international privé a pu être défini comme « *l'ensemble des normes dont la fonction est la réglementation juridique de la vie sociale internationale, c'est-à-dire des rapports présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité et dont le moyen technique, l'objet immédiat est la détermination des domaines de compétence des divers ordres juridiques étatiques quant aux faits de cette vie sociale internationale* »<sup>54</sup> ou encore comme « *le droit spécial, applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales* »<sup>55</sup>. La qualité première du droit est sa certitude. En effet, nul ne peut contester que l'un des objectifs essentiels du droit est de garantir la sécurité juridique, c'est-à-dire de donner la possibilité pour les personnes de prévoir les conséquences de leurs actes. Le droit international privé a pour sa part pour objet d'étendre l'action du droit aux relations privées internationales. Cette science a, entre autres, pour objet d'établir la certitude du droit privé dans le cadre des

---

<sup>51</sup> V. BONNET, *Negotium et instrumentum* : question de définition et de domaine. Regard d'un civiliste, in *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 369 s., spéc. p. 370, n° 306

<sup>52</sup> V. *Infra* p. 22, n° 22

<sup>53</sup> V. PARISOT, Prouver son état en l'absence d'actes, in *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 339 s.

<sup>54</sup> L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé : essai de méthode*, Thèse, Bruylant Bruxelles, 2001, p. 23, n° 10

<sup>55</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, 2019 (12<sup>ème</sup> édition), p. 26, n° 2

relations internationales<sup>56</sup>. À cet égard, la matière vise à déterminer la loi applicable à un rapport juridique doté d'un élément d'extranéité, à déterminer à quelles conditions les tribunaux du for sont compétents pour connaître d'une situation internationale, à déterminer à quelles conditions un jugement étranger pourra être reconnu et produire ses effets au for requis<sup>57</sup>, mais également à résoudre les questions relatives au droit de la nationalité et au droit des étrangers.

12. Comme l'enseignait le Doyen Batiffol, le droit international privé a pour objectif de faire vivre ensemble des systèmes juridiques différents<sup>58</sup>, c'est-à-dire « *organiser la coexistence d'ordres juridiques qui ne reposent pas sur les mêmes valeurs* »<sup>59</sup>. Si pendant un certain temps le droit international privé a pu être envisagé comme un conflit de souverainetés, cette conception a été très majoritairement abandonnée à compter de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, et aujourd'hui la conception privatiste du droit international privé a triomphé chez un grand nombre d'auteurs contemporains<sup>60</sup>. Cette conception appréhende et interprète alors les questions de droit international privé comme des questions de droit privé, à l'exclusion de tout conflit de souveraineté. Le phénomène d'individualisation du droit conduit à déplacer le problème de l'intérêt des États vers celui des individus, personnes privées. Par exemple, le lien traditionnel entre le statut personnel et la souveraineté étatique s'efface au profit d'une conception plus individualiste du droit international privé. Les éléments composant le statut personnel (capacité, filiation, mariage, état, etc...) sont repensés au niveau des individus et non plus des souverainetés étatiques<sup>61</sup>. Ainsi la vision publiciste du droit international privé, appréhendant la matière comme résolvant des conflits de souveraineté, doit être radicalement abandonnée. La matière, traitant avant tout des questions de droit civil et de droit commercial, doit faire prévaloir l'intérêt des personnes privées. Cette approche est aujourd'hui très peu contestée<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p. 56, n° 38

<sup>57</sup> J. GUILLAUMÉ, Art. 3, Fasc. 30 : renvoi et mécanisme du renvoi [en ligne], Jurisclasseur Civil code, Encyclopédies JurisClasseur, décembre 2019 [consulté le 10 novembre 2020], Lexis360, n° 2

<sup>58</sup> H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, 2002, p. 16 - N. JOUBERT, La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (*inlandsbeziehung*) en droit international privé, Thèse, LexisNexis, 2007, Préface de P. Lagarde, p. 6, n° 7

<sup>59</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 7, n° 7

<sup>60</sup> R. SFEIR, Aspects contemporains du renvoi en droit international comparé : conflits de lois et conflits de systèmes, Delta Bruylant, LGDJ, 2009, p. 229, n° 290 - M. SOULEAU-BERTRAND, Le conflit mobile, Thèse, Dalloz, 2003, Préface de P. Lagarde, p. 182, n° 358

<sup>61</sup> H. FULCHIRON, Existe-t-il un droit à la libre circulation du statut personnel à travers les frontières ?, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 3 s., spéc. p. 4

<sup>62</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, p. 140, n° 123 s.

13. Pour autant, le droit international privé est une matière se trouvant au carrefour de plusieurs branches du droit privé et du droit public ; elle se doit donc de garantir différents intérêts mis en avant par le Doyen Batiffol<sup>63</sup>. Ces intérêts sont au nombre de trois. Il s'agit tout d'abord des intérêts des personnes privées. Le droit international privé a pour objectif de répondre à des questions de droit privé, et doit conduire à faire passer au premier plan l'intérêt des personnes privées. Il s'agit ensuite des intérêts de la société étatique, dont l'État du for a la charge. Dans l'élaboration de son droit international, chaque État tient compte des intérêts généraux de la collectivité au nom de laquelle il légifère. Enfin, le dernier intérêt à préserver concerne les intérêts de la société internationale. L'insertion dans l'ordre juridique étatique des normes étrangères favorise l'harmonie internationale des solutions et la vie de la société internationale. La recherche de la réalisation des différents intérêts, antagonistes, défendus par le droit international privé doit permettre de révéler, à travers sa réglementation, les principes directeurs de la matière. En ce sens, les principes directeurs du droit international privé se doivent de refléter les différents intérêts défendus par la matière, et sont mis en évidence par sa réglementation positive.

14. Les principes, comme les règles, ont en commun des attributs d'abstraction et de généralité, toutefois l'un et l'autre doivent être distingués<sup>64</sup>. Un principe est général en ce qu'il comporte une « *série indéfinie d'applications* »<sup>65</sup>. La règle juridique, quoique générale, est édictée en vue d'une situation déterminée, alors que le principe a vocation à s'appliquer à un nombre illimité de situations appelant autant de normes particulières, constituant ainsi une proposition première « *auxquelles des séries de solutions positives sont subordonnées* »<sup>66</sup>. Les principes directeurs du droit international privé ont une portée méthodologique, non matérielle ; ils orientent l'élaboration des règles et des solutions du droit positif, mais ne sont pas, en eux-mêmes, des éléments du droit positif. Ils n'ont pas vocation à être véritablement « appliqués » par les tribunaux directement. Ils ne peuvent être mis en œuvre que de manière médiate, c'est-à-dire indirectement, par l'intermédiaire des règles, méthodes et mécanismes<sup>67</sup>. Les principes directeurs ne fournissent alors

---

<sup>63</sup> H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 229 s. - M-C. NAJM, Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et religieux, Thèse, Dalloz, 2005, Préface de Y. Lequette, p. 66, n° 64 - R. SFEIR, *op. cit.*, p. 202, n° 255 - M. SOULEAU-BERTRAND, *op. cit.*, p. 183 s, n° 359

<sup>64</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 32, n° 30

<sup>65</sup> J. BOULANGER, Principes généraux du droit et droit positif, *in* Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Études offertes à G. Ripert, t. 1, LGDJ, 1950, p. 51s., spéc. p. 56

<sup>66</sup> D. BUREAU, Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales, thèse dactyl., Paris II, 1992, n° 57 s.

<sup>67</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 34, n° 33

pas de solutions, mais des directives de solutions<sup>68</sup>. Le principe recèle une aptitude à la primauté et à l'extension. Les principes sont perçus comme des propositions premières, dont se déduiraient les autres règles du droit positif<sup>69</sup>. Cette aptitude du principe à générer une série indéfinie de solutions positives, en constitue la principale caractéristique, elle permet de distinguer le principe de la règle de droit, mais aussi de la règle jurisprudentielle<sup>70</sup>. Les principes directeurs sont des directives générales qui rappellent les objectifs que le droit international se fixe, et ceux-là doivent inspirer les solutions législatives et jurisprudentielles<sup>71</sup>. Ainsi, pour trancher entre deux méthodes, deux règles, deux solutions également envisageables, les principes directeurs constituent l'instrument qui permet de donner à la matière toute sa cohérence, de mettre le droit positif en harmonie avec les objectifs ultimes de la matière. De là, on constate l'utilité et la nécessité du recours aux principes directeurs<sup>72</sup>. S'il est besoin de le préciser, les principes directeurs du droit international privé concernent spécialement cette matière. En raison de sa complexité, de la singularité de ses méthodes et de ses techniques de solution, la discipline ne peut que faire appel à des principes spécifiques<sup>73</sup>.

15. Les principes directeurs du droit international privé contribuent à rétablir ce lien - souvent rompu - entre la théorie et la pratique du droit. L'élaboration du droit est censé être rationnelle, et les principes directeurs éclairent, précisent, les fondements rationnels sur lesquels le législateur et le juge ont conçu la réglementation du droit international privé<sup>74</sup>. Ainsi, les principes directeurs ne se décrètent pas, ils se découvrent, se démontrent. La détermination des principes directeurs ne peut se faire que dans la mesure où ces principes ont déjà pénétré les dispositions positives. Ils constituent alors l'aboutissement d'un raisonnement fondé sur l'observation<sup>75</sup>. Une fois observés au travers du droit positif, il s'agit alors de faire un travail inductif d'extraction des principes, par voie d'abstraction et de systématisation<sup>76</sup>. La méthode inductive conduit à partir des dispositions particulières de la loi. Si le point de départ consiste donc à remonter des règles particulières pour découvrir les principes directeurs, ceux-ci, une fois découverts, permettent à leur

---

<sup>68</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 54, n° 52

<sup>69</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 31, n° 29

<sup>70</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 32, n° 30

<sup>71</sup> S. FULLI-LEMAIRE, La reconnaissance : méthode(s) ou principe ?, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 161 s., spéc. p. 163, n° 154

<sup>72</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 58, n° 55

<sup>73</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 53, n° 50

<sup>74</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 59, n° 56

<sup>75</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 63, n° 61

<sup>76</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 64, n° 61

tour de redescendre vers d'autres applications concrètes, pour orienter le législateur, le juge ou l'interprète vers la voie à suivre<sup>77</sup>.

16. Le Professeur Najm identifie trois principes directeurs du droit international privé, auxquels elle adjoint deux principes corollaires<sup>78</sup>. Le premier de ces principes directeurs est le principe de continuité des situation juridiques. Ce principe est généralement invoqué en doctrine sous l'expression « harmonie internationale des solutions »<sup>79</sup>. Il vise à assurer aux personnes privées la continuité du traitement de leurs situations juridiques dans l'ordre international, et prescrit de régler les situations juridiques de manière à ce que la solution soit, autant que possible, identique à celle donnée dans les autres États intéressés<sup>80</sup>. La doctrine s'accorde à voir dans ce principe l'un des objectifs fondamentaux du droit international privé et Wengler érige l'objectif en principe premier de la matière, celui qui est susceptible de servir de guide en toute hypothèse<sup>81</sup>. L'uniformité des solutions n'est pas simplement appelée par les exigences théoriques d'une société internationale, elle correspond à des besoins humains réels<sup>82</sup>. Ces considérations expliquent que, pour certains, l'harmonie internationale des solutions soit un principe inhérent à tout système de droit international privé<sup>83</sup>. De nombreuses constructions du droit positif expriment le souci d'assurer la continuité de situations juridiques. L'effet de plein droit reconnu aux jugements étrangers, notamment en matière d'état et de capacité<sup>84</sup>, de même que l'effet atténué de l'ordre public<sup>85</sup> ou encore le renvoi<sup>86</sup>, expriment ce souci<sup>87</sup>.

Le second principe directeur mis en lumière par le Professeur Najm est le principe de cohérence des situations juridiques dans l'ordre interne. Il est également désigné par l'harmonie interne ou matérielle des solutions. Il s'agit de préserver l'harmonie interne des règles de fond à appliquer<sup>88</sup>. Cette problématique se retrouve dans tous les litiges où une loi étrangère est déclarée applicable ou

<sup>77</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 64, n° 62 - F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 1, LGDJ, 1919 (2ème édition), p. 33, n° 15

<sup>78</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 76, n° 73

<sup>79</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 77, n° 74

<sup>80</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 77, n° 74

<sup>81</sup> W. WENGLER, *The general principles of private international law*, RCADI, 1961 (Vol. 104), p. 273 s., spéc. p. 364 - M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 77, n° 75

<sup>82</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 78, n° 75

<sup>83</sup> G. BARILE, *La fonction historique du droit international privé*, RCADI, 1965 (Vol. 116), p. 301 s., spéc. p. 313

<sup>84</sup> V. *Infra* p. 117 s., n° 175 s.

<sup>85</sup> V. *Infra* p. 316, n° 477

<sup>86</sup> Civ. 1re, 15 juin 1982, *Zagha* : D. 1983, p. 431, note É. Agostini

<sup>87</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 79, n° 76

<sup>88</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 80, n° 78

encore dans les hypothèses, de plus en plus nombreuses, où une situation juridique est soumise à une pluralité de lois qui peut donner lieu à des résultats inacceptables : incohérences, lacunes<sup>89</sup>. Le célèbre arrêt *Ghattas* procède incontestablement de ce principe<sup>90</sup>. Enfin, le dernier principe directeur relevé par l'auteur est le principe de cohésion dans l'ordre juridique du for. Il vise à veiller à ce que l'insertion des relations internationales dans l'ordre juridique interne ne provoque pas de graves perturbations<sup>91</sup>. Le principe de cohésion tend donc à préserver l'autorité et l'homogénéité de l'ordre interne à l'encontre des infiltrations des normes étrangères indésirables. Il fait appel à des méthodes (lois de police) et des mécanismes (l'exception d'ordre public) dont le but est de préserver l'homogénéité des ordres juridiques nationaux<sup>92</sup>.

17. De ces principes directeurs découlent deux corollaires. Les corollaires constituent également des principes directeurs, mais ils sont susceptibles d'être rattachés aux principes directeurs préalablement évoqués, dont ils découlent. La réalisation du principe directeur fondamental entraîne nécessairement celle du principe corollaire<sup>93</sup>. Le premier de ces corollaires est le principe d'effectivité des situations juridiques. Il prescrit l'application de la loi de l'État qui, dans l'état de choses considérées, est le plus en mesure de faire effectivement prévaloir son point de vue sur le droit applicable<sup>94</sup>. Toutefois, comment déterminer l'ordre juridique le plus fort, la loi la plus effective ? Certains législateurs font appel à la notion de rattachement le plus « fort ». Cependant comment déterminer le rattachement le plus fort pour chaque situation ? Le principe s'en remet alors à la distinction du juge, avec les risques d'incertitudes et d'insécurité juridique pour les parties<sup>95</sup>. Ce principe semble se recouper avec le principe de continuité des situations juridiques. Il apparaît que dès que le principe de continuité est réalisé, le principe d'effectivité l'est également : effet de plein droit des jugements étrangers d'état et de capacité, effet atténué de l'ordre public, prise en considération des règles de conflit étrangères<sup>96</sup>. En ce sens le principe d'effectivité des situations juridiques apparaît comme un corollaire du principe de continuité des situations juridiques. Le second principe corollaire identifié par la spécialiste, est le principe de prévisibilité des solutions. Toutefois ce principe ne peut constituer qu'un principe subsidiaire car appelé à

---

<sup>89</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 81, n° 78

<sup>90</sup> Civ., 25 février 1947, *Ghattas* : R. 1947, p. 44, note J-P. Niboyet ; M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 81, n°79

<sup>91</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 82, n° 80

<sup>92</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 82, n° 80

<sup>93</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 83, n° 82

<sup>94</sup> W. WENGLER, Les principes généraux du droit international privé et leur conflit, *Rev. crit. DIP*, 1952, p. 595 s., spéc. p. 613 - M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 83, n° 83

<sup>95</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 85 s., n° 85 s.

<sup>96</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 87, n° 87



n'intervenir que dans les situations où ces attentes méritent d'être satisfaites<sup>97</sup>. Selon le Professeur Mayer, sauf exceptionnellement, ce principe corollaire n'a pas un rôle décisif à jouer lorsqu'il s'agit de choisir la loi applicable à une question de droit où « *par hypothèse plusieurs législations peuvent être prises en considération. Chacune contient une règle, difficile de savoir celle à laquelle les parties ou tiers ont songé* »<sup>98</sup>. En revanche, ce principe occupe une place décisive lorsqu'il s'agit de la reconnaissance des décisions. En effet, contrairement à la règle, la décision est une norme concrète, qui s'impose avec certitude aux individus<sup>99</sup>. À l'instar du principe d'effectivité, le principe de prévisibilité peut être rattaché au principe de continuité. Pour résumer, comme l'évoque Marie-Claude Najm, les principes directeurs du droit international privé sont au nombre de cinq : trois principaux que sont le principe de continuité des situations juridiques, de cohérence des situations juridiques dans l'ordre juridique interne et le principe de cohésion dans l'ordre juridique du for, et deux corollaires que sont le principe d'effectivité et le principe de prévisibilité des solutions<sup>100</sup>.

18. Au-delà de leur identification, il convient toutefois d'en réaliser également une classification, dans le dessein de déterminer si les principes identifiés s'orientent vers la protection de l'ordre interne ou de l'ordre international, correspondant aux deux tendances contraires entre lesquelles le droit international privé est tiraillé<sup>101</sup>. Les principes de continuité des situations juridiques, d'effectivité des situations juridiques et de prévisibilité des solutions sont tous orientés vers la satisfaction des objectifs de l'ordre international. À l'inverse, les principes de cohérence des situations juridiques dans l'ordre interne et de cohésion dans l'ordre juridique du for, sont des principes à finalité interne<sup>102</sup>.

19. À cet égard, il est traditionnellement enseigné que les intérêts de l'ordre interne ne sauraient être sacrifiés aux exigences de l'ordre international<sup>103</sup>. Le Doyen Batiffol justifie ce point de vue par l'argument, d'ordre historique, de l'antériorité de l'ordre interne sur l'ordre international<sup>104</sup>. Est-ce à dire que les principes à finalité internationale devraient nécessairement céder le pas aux principes à finalité interne ? La conclusion serait hâtive, trop simple, et ne prendrait pas suffisamment en compte la diversité des intérêts pris en charge par le droit international privé.

<sup>97</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 88, n° 88

<sup>98</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 157, n° 209

<sup>99</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 89, n° 88

<sup>100</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 101, n° 106

<sup>101</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 102 s., n° 108 s.

<sup>102</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 105, n° 112

<sup>103</sup> H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 213, n° 96

<sup>104</sup> H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 323, n° 145

S'il existe un conflit, il est permis de penser qu'un compromis peut être trouvé, qui permettrait d'atteindre un point d'équilibre entre les exigences antinomiques propres à chacun des deux ordres de principe<sup>105</sup>. Au sacrifice systématique des principes à finalité internationale, doit être privilégiée une solution d'équilibre ménageant l'ensemble des ordres d'intérêts. En ce sens, pour certains auteurs, le droit international privé vise à assurer l'harmonie des solutions<sup>106</sup>. Derrière cela réside l'idée que l'harmonie internationale des solutions est fondamentale en droit international privé et fait incontestablement partie des objectifs de la matière<sup>107</sup>, qu'il convient alors de ménager. Le principe de la continuité des situations juridiques, qui constitue un principe directeur, est alors considéré comme un des objectifs fondamentaux de la matière<sup>108</sup>. Il vise à « éviter que le phénomène de la frontière ne provoque de rupture dans la vie juridique »<sup>109</sup>. La continuité est indispensable, par exemple, en droit de la famille, afin d'éviter qu'« en passant d'un État dans un autre un homme perde la qualité d'enfant légitime, d'époux, de père de famille qu'il avait régulièrement acquise »<sup>110</sup>. Il s'agira donc, dans la présente étude, de vérifier que les solutions retenues par le droit positif correspondent à un règlement juridique cohérent de la matière, assurant au mieux la réalisation de ses objectifs, mis en lumière par une articulation justifiée et harmonieuse de la satisfaction des principes directeurs de droit international privé.

20. L'existence de plusieurs systèmes juridiques se trouve à l'origine des problèmes de droit international privé<sup>111</sup>. Cette particularité détermine les caractéristiques de la matière par rapport à d'autres branches du droit privé, comme le droit civil ou le droit commercial par exemple. De ce point de vue, en droit international privé, les problèmes de méthode sont fondamentaux et plus de deux millénaires d'histoire des conflits de lois et des conflits de juridictions n'ont permis, ni en doctrine, ni en jurisprudence, de parvenir à l'adoption de méthodes indiscutées dans leur contenu ou dans leur domaine d'application<sup>112</sup>. Si des discussions et des désaccords méthodologiques existent, il est en revanche entendu que la science du droit international privé est, par excellence, une science de méthode<sup>113</sup>. En effet, « science du raisonnement » eu égard à l'objet

<sup>105</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 112, n° 120

<sup>106</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p. 56 s., n° 38 s.

<sup>107</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 70, n° 72

<sup>108</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *La proximité en droit international privé de la famille*, Thèse, L'Harmattan, 2015, Préface de L. Chedly et M. Goré, p. 397, n° 593

<sup>109</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 77, n° 75

<sup>110</sup> A. PILLET, *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903, p. 514, n° 283

<sup>111</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 10, n° 14

<sup>112</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 53, n° 46

<sup>113</sup> S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Thèse, Economica, 2004, Préface de P. Mayer, p. 1, n° 1

spécifique qu'il est tenu d'appréhender - les relations privées internationales -, le droit international privé suppose l'élaboration de méthodes originales<sup>114</sup>, dans le cadre d'une méthodologie qui est alors elle-même originale et spécifique à la science du droit international privé. La particularité des relations privées internationales réside dans le fait que l'autorité qui les apprécie ne peut décider *a priori* qu'elle ne considérera que les seules normes de l'ordre juridique (lois, jugements, actes publics, *etc.*) auquel elle appartient. Si l'autorité chargée d'apprécier les relations privées internationales résonnait comme cela, les qualités acquises à l'étranger seraient alors - sur le fondement du refus par les autorités du for de considérer par exemple un mariage valablement célébré à l'étranger suivant une loi étrangère - perdues. Les normes qui s'appliquent aux relations internationales ne sont donc pas seulement les normes émises par l'État auquel appartient l'organe saisi, mais peuvent également être des normes étrangères<sup>115</sup>. Il s'agit de la spécificité du droit international privé qui est à l'origine de l'élaboration de méthodes propres aux rapports juridiques que la matière appréhende. Il a, à cet égard, été suggéré qu'une méthode « *n'est autre chose que la manière dont il faut logiquement traiter une question à raison de l'essence qu'est la sienne* »<sup>116</sup>. Il a toutefois été opposé à cette définition qu'il s'agit plutôt de la définition de la « bonne méthode »<sup>117</sup>. Cette définition de la méthode apparaît alors, s'agissant de la présente étude, satisfaisante, dans la mesure où elle vise à établir une réglementation cohérente et l'application d'un régime particulier - en l'occurrence une méthode - justifié par les éléments essentiels de la notion appréhendée. Cette définition fait écho à la volonté affichée de s'assurer que les solutions retenues par le droit positif, concernant la circulation des actes et des décisions, correspondent à une réglementation cohérente de la matière, assurant au mieux la réalisation de ses objectifs.

21. Dans sa conception la plus classique, le droit international privé connaît deux méthodes qui lui sont propres : la méthode du conflit de lois et la méthode du conflit de juridictions. La première de ces méthodes a pour objet de résoudre le problème du choix de la loi applicable, lorsque plusieurs systèmes législatifs ont vocation à s'appliquer à une relation déterminée. Elle consiste alors dans le recours à une règle appartenant au système juridique français, qui désigne, considérant les points de rattachement de la relation avec divers systèmes législatifs, celui qui est le plus pertinent et révèle la loi applicable<sup>118</sup>. Dans la méthode du conflit de lois, la désignation de la

<sup>114</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 2006 (5<sup>ème</sup> édition), p. 210 s., spéc. p. 211, n° 1

<sup>115</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 32, n° 15

<sup>116</sup> P. LOUIS-LUCAS, Conflit de méthodes en matière de conflit de lois, JDI, 1956, p. 774 s., n° 3 - S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 109, n° 155

<sup>117</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 61, note de bas de page n° 1

<sup>118</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 2, n° 3

règle applicable suppose que l'on procède à un choix entre les législations de tous les pays<sup>119</sup>. La méthode du conflit de juridictions connaît, pour sa part, deux versants ou deux branches. Le premier est relatif à la compétence directe des juridictions françaises dans l'ordre international. Ces règles de compétence directe ont pour objet de déterminer dans quelles conditions les juridictions françaises sont compétentes pour connaître d'un litige international, en présence d'un élément d'extranéité. Le second versant de la méthode du conflit de juridictions est relatif aux conditions auxquelles un jugement étranger sera soumis pour produire ses effets en France. Ici, à la différence du conflit de lois, lorsque le problème de droit soumis au juge est régi par une décision étrangère, la question prend la forme non plus d'un choix, mais d'une simple alternative entre l'acceptation ou le rejet de la décision étrangère<sup>120</sup>. Précisons toutefois que si les méthodes du conflit de lois et du conflit de juridictions constituent les méthodes de principe auquel recourt le droit international privé, elles ne sont pas les seules méthodes connues de la matière. La méthode des lois de police constitue par exemple, à côté des méthodes principales que sont le conflit de lois et de juridictions, une méthode particulière de règlement des relations privées internationales dotées d'un élément d'extranéité.

22. Il est désormais établi que le droit international privé est une science de méthodes ayant pour objectif, dans le cadre de la réglementation des rapports privés internationaux, de faire vivre ensemble divers systèmes juridiques. Cette préoccupation est mise en lumière par les principes directeurs qui régissent la matière et s'efforcent d'assurer les intérêts, antagonistes, des personnes privées, de la société nationale et de la société internationale. Toutefois, en conservant à l'esprit l'impératif de favoriser la réalisation de trois sortes d'intérêts antagonistes, la question que l'on se pose naturellement est alors de savoir si les méthodes, telles qu'elles sont appliquées en droit international privé positif pour la circulation des actes et des décisions, répondent au mieux à la réalisation des objectifs du droit international privé. Autrement dit, les méthodes telles qu'elles sont appliquées en droit positif pour la circulation des actes et des décisions en droit international privé, favorisent-elles la réalisation des objectifs de la matière - mis en lumière par les principes directeurs qui la régissent -, ou au contraire, sont-elles de nature à porter atteinte à la réalisation de ces objectifs ou de certains d'entre eux ? Pour tenter de répondre à cette question il convenait de réaliser une

---

<sup>119</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 3, n° 3

<sup>120</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 3, n° 3

étude générale<sup>121</sup> dépassant, notamment, les seules problématiques de reconnaissance mutuelle au sein de l'Union européenne<sup>122</sup>.

23. La réflexion initiée s'ancre dans un contexte tout à fait particulier. Ces dernières années ont vu évoluer le droit international privé de manière considérable. La discipline trouve de plus en plus à s'appliquer en raison de l'accroissement des relations internationales entre les personnes privées, dont la mobilité est aujourd'hui particulièrement aisée<sup>123</sup>. L'évolution du contexte international et l'aisance avec laquelle les personnes privées recourent à la mobilité internationale, suggèrent alors la possibilité d'une réflexion sur l'opportunité, de nos jours, des solutions fermement acquises il y a longtemps par le droit international privé. À cet égard, une réflexion particulièrement riche a été initiée au début du XXI<sup>ème</sup> siècle sur l'opportunité de la reconnaissance unilatérale des situations juridiques et s'est largement développée en doctrine<sup>124</sup>. La majorité des auteurs s'interroge aujourd'hui sur la pertinence des solutions méthodologiques adoptées en droit international privé positif.

24. Pour initier ces travaux, le postulat de départ présuppose que, concernant les normes étrangères - qui constituent notre sujet d'étude - seules les décisions de justice sont en droit positif soumises à la méthode de la reconnaissance d'efficacité dans le cadre de leur circulation internationale. En effet, l'hypothèse de départ s'induit de l'observation de la pratique. Il en résulte

---

<sup>121</sup> S. FULLI-LEMAIRE, Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations, *op. cit.*, p. 27, n° 8

<sup>122</sup> À cet égard V. A. PANET, Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne. Contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle, Thèse dactyl., Lyon, 2014

<sup>123</sup> M. SOULEAU-BERTRAND, *op. cit.*, p. 3, n° 3

<sup>124</sup> P. LAGARDE, Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures, *RabelsZ*, 2004, p. 225 s. - C. PAMBOUKIS, L'acte public étranger en droit international privé, Thèse, LGDJ, 1993, Préface de P. Lagarde - P. MAYER, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, *in* Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes, Dalloz, 2005, p. 547 s. - G. P. ROMANO, La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 457 s. - S. BOLLÉE, L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 306 s. - C. PAMBOUKIS, La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance, *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 513 s. - P. LAGARDE, La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ?, *RCADI*, 2014 (Vol. 371), p. 19 s. - La reconnaissance des situations en droit international privé, Pedone, 2013, Sous la direction de P. Lagarde - La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019 - E. PATAUT, Le renouveau de la théorie des droits, *Travaux comité fr. DIP*, 2006-2008, p. 71 s. - A. BYLIACHENKO, La circulation internationale des situations juridiques, Thèse dactyl., La Rochelle, 2016 - S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*

le constat selon lequel l'ensemble des décisions de justice étrangère, d'où qu'elles proviennent, et quelle que soit la réglementation applicable, apparaissent devoir, pour établir leur efficacité substantielle sur le territoire du for, respecter un certain nombre de conditions. Cette pratique semble correspondre à ce que constitue la méthode de la reconnaissance d'efficacité. Il apparaît ainsi, *a priori*, que tant en droit de l'Union européenne, qu'en droit conventionnel, ou encore en droit commun, les jugements étrangers sont soumis, s'agissant de leur circulation internationale, à la méthode de la reconnaissance d'efficacité.

Par ailleurs, la distinction classique entre le conflit de lois et le conflit de juridictions laisse à penser que la méthode de la reconnaissance - qui concerne le conflit de juridictions - ne s'applique que concernant des rapports juridiques provenant de juridictions étrangères. En effet, il s'agit ici du conflit de juridictions. Dès lors, si ce volet ne s'applique, *a priori*, que concernant des rapports de droit provenant d'une décision de justice étrangère, *a contrario*, l'ensemble des rapports juridiques qui ne résultent pas d'un jugement étranger, se voient alors exclus de l'application des règles relatives au conflit de juridiction - notamment son volet relatif à l'efficacité des jugements étrangers. Dès lors, la logique subséquente à cet *a priori*, laisse à penser que les rapports de droit ne provenant pas d'une décision de justice étrangère se voient soumis, nécessairement, à l'autre méthode de principe en droit des conflits : la méthode du conflit de lois. Cette hypothèse, qui procède pour l'instant de la pure intuition, sans prétention à la vérité scientifique<sup>125</sup>, est renforcée par les travaux de la doctrine<sup>126</sup>. Pour autant, notre raisonnement ne peut être qu'inductif<sup>127</sup> dans la mesure où nous procédons, à partir de l'observation de la pratique juridique positive, à la détermination d'une hypothèse qui devra ensuite être vérifiée<sup>128</sup>, et dont il conviendra, le cas échéant, de tirer les conséquences. Pour tout d'abord s'assurer de la réalité de notre hypothèse de départ, et par la suite tenter de répondre à la question qui nous anime, nous traiterons dans un premier temps de la méthode de la reconnaissance à l'épreuve de la classification des actes (Partie 1). Cette étape doit permettre non seulement de vérifier, ou non, l'hypothèse initiale, mais également, le cas échéant, de proposer une classification des actes prenant appuie sur un critère différent de celui retenu par le droit positif. Une fois cela réalisé, il sera alors possible de se pencher sur l'application de la méthode de la reconnaissance à la circulation des actes (Partie 2).

---

<sup>125</sup> P. MAYER, La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, *op. cit.*, p. 7, n° 9

<sup>126</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, p. 22, n° 2

<sup>127</sup> Sur la distinction entre la méthode inductive et la méthode déductive V. B. AUDIT, La fraude à la loi, Thèse, Dalloz, 1974, Préface de Y. Loussouarn, p. X s.

<sup>128</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 5 s., n° 7



## Partie 1. La méthode de la reconnaissance à l'épreuve de la classification des actes

25. Notre hypothèse de départ postule que, par principe, seuls les jugements étrangers et sentences arbitrales sont en droit international privé positif soumis à la méthode de la reconnaissance d'efficacité pour leur circulation internationale. Le choix du recours à l'une ou l'autre des méthodes du droit des conflits relève donc *a priori* de la nature des actes juridiques en droit positif. En effet, seuls les jugements étrangers et les sentences arbitrales sont des décisions. La nature décisionnelle apparaît ainsi jouer un rôle central dans la détermination des méthodes pour la circulation des actes en droit positif. Pour s'en assurer il convient alors de confronter la méthode de la reconnaissance d'efficacité et la nature des actes juridiques (Titre 1). Pour autant si la nature des actes juridiques constitue un critère de classification judiciaire des actes juridiques en ce qu'ils disposent, comme toute chose, d'une nature qui constitue l'ensemble des caractères et propriétés qui les définissent, il n'est pas nécessairement le seul et unique critère à prendre en considération matière d'actes juridiques. À cet égard il est un autre critère fondamental les concernant, les effets juridiques. En effet les effets juridiques sont inhérents et essentiels aux actes juridiques sans lesquels ils ne peuvent se voir attribuer une telle qualification. De ce point de vue, la considération des effets juridiques pour déterminer la méthode applicable à la circulation des actes juridiques apparaît ainsi, à côté de la nature des actes juridiques, comme un autre critère de classification pertinent. C'est la raison de notre choix de classer les actes juridiques à raison de leurs effets juridiques (Titre 2). Cette classification doit alors permettre d'étudier et tenter de déterminer si l'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité, restreinte aux seuls jugements étrangers et sentences arbitrales en droit positif conformément à notre postulat de départ, favorise le respect des objectifs du droit international privé ou au contraire si les solutions retenues, si elles se confirment, sont susceptibles de nuire à la réalisation de certains de ces objectifs.





# Titre 1. La méthode de la reconnaissance et la nature des actes

26. En prenant en considération à la fois des critères de droit positif et d'ordre doctrinal, l'objectif est de procéder à une classification des actes juridiques suivant la nature de ces derniers (Chapitre 1). Pour y parvenir différents critères seront pris en considération. Une fois cette classification réalisée, la seconde étape consiste à déterminer la méthode applicable à la circulation des différentes catégories d'actes juridiques dégagées, soit les conséquences méthodologiques de la classification des actes juridiques suivant leur nature (Chapitre 2). Cette seconde étape doit être à même de nous permettre de confirmer, ou au contraire infirmer, notre hypothèse de départ suivant laquelle seuls les jugements étrangers et sentences arbitrales sont par principe soumis à la méthode de reconnaissance d'efficacité pour leur circulation internationale en droit positif. Conséquemment elle doit permettre de mettre évidence les actes qui sont exclus de l'application de la méthode de reconnaissance d'efficacité. Cette seconde étape doit donc permettre de confirmer ou d'infirmer le postulat initial suivant lequel le droit positif considère la nature des actes juridiques pour déterminer la méthode applicable à leur circulation internationale.

## Chapitre 1. La classification des actes en fonction de leur nature

27. Le Professeur Bidaud précise dans ses travaux de thèse que le rôle joué par les officiers d'état civil dans la création ou la modification d'un état de droit est primordial et doit être analysé afin de pouvoir déterminer la nature de ces derniers<sup>129</sup>. C'est cet esprit qui nous anime dans l'objectif de déterminer la nature, non seulement des actes d'état civil mais des actes juridiques plus généralement. Ce choix consistant à se focaliser sur la fonction assurée par un tiers instrumentaire à un acte juridique pour en déterminer la nature n'est pas inédit<sup>130</sup> et la démarche de classification des actes juridiques à raison de leur nature s'inscrit dans cette mouvance (Section 1). Comme on le verra, la détermination du rôle assuré par le tiers instrumentaire pour établir la nature des actes

---

<sup>129</sup> C. BIDAUD-GARON, L'état civil en droit international privé, Thèse dactyl., Lyon, 2005, p. 20, n° 13

<sup>130</sup> H. MOTULSKY, Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé, Travaux comité fr. DIP, 1948-1952, p. 13 s. - C. PAMBOUKIS, L'acte public étranger en droit international privé, Thèse, LGDJ, 1993, Préface de P. Lagarde

juridiques, suppose une classification à raison d'un double critère : formel et fonctionnel. Pour autant, au-delà du rôle assuré par un tiers instrumentaire, certains auteurs ont également proposé de considérer les liens entretenus entre le fond et la forme des actes juridiques (Section 2) pour en déterminer leur nature<sup>131</sup>. Cela suppose une classification des actes juridiques suivant un critère matériel. Ainsi la classification des actes à raison de leur nature s'effectue non seulement à raison du rôle exercée par le tiers instrumentaire mais également des liens qu'entretiennent le fond et la forme d'un acte juridique ce qui suppose alors la considération d'un triple critère : formel, fonctionnel et matériel.

## Section 1. La nature des actes liée au rôle du tiers instrumentaire

28. En droit la notion d'acte juridique est large et inclut en son sein de nombreuses catégories juridiques. Au regard de cette diversité, les actes juridiques appartiennent à des catégories disparates qu'il convient de préciser. Concernant la forme tout d'abord, il se peut qu'un acte juridique soit rédigé par un tiers auquel un ordre juridique reconnaît expressément ce pouvoir. Ce tiers peut être un officier public ou une personne privée, une personne physique ou une personne morale. Ces considérations dépendent uniquement de la souveraineté des différents Etats et donc des choix effectués par ces derniers. Pour l'illustrer, en droit français l'officier d'état civil est un officier public exclusivement compétent, notamment pour constater les naissances ou encore les décès (article 55 et article 78 du Code civil). En matière de forme des actes juridiques l'intervention ou non d'un tiers instrumentaire est donc le premier élément susceptible de nous guider dans la détermination de la nature des actes juridiques (paragraphe 1). Toutefois la forme empruntée par l'acte juridique n'est pas le seul élément susceptible d'influencer sa nature, le fond est également susceptible de jouer un rôle primordial. Concernant le contenu des actes juridiques, leur nature est susceptible de varier suivant divers facteurs tel que l'auteur ou les auteurs du contenu, la mission du tiers instrumentaire, *etc...* Ainsi, au-delà de l'intervention d'un tiers instrumentaire dans la formation d'un acte juridique, dans le cadre d'une classification basée sur la nature des actes juridiques il convient également de déterminer la fonction assurée par le tiers instrumentaire (paragraphe 2).

---

<sup>131</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 225 s., n° 343 s.

## § 1. L'intervention d'une autorité

29. Le terme d'acte juridique est polysémique. Il est susceptible de désigner tant le fond d'un rapport juridique que l'enveloppe de ce dernier<sup>132</sup>. À cet égard, l'intervention ou non d'un tiers instrumentaire aura des incidences sur la forme du rapport juridique, c'est à dire son *instrumentum* ou son enveloppe, et non son contenu ou *negotium*. En ce sens il s'agit d'une classification formelle des actes juridiques.

30. Le *negotium* d'un acte juridique peut, suivant les circonstances, relever d'un simple accord verbal entre les parties. C'est ici l'expression du principe du consensualisme en droit français des contrats, archétype de l'acte juridique, véhiculé notamment par l'article 1172 du Code civil. Les contrats consensuels, par opposition aux contrats solennels, ont pour caractéristique de se former par la simple rencontre des volontés, sans exigence formelle supplémentaire. L'instrument ayant un impact fort notamment sur la valeur probatoire d'un acte juridique, il convient de distinguer quant à la forme retenue pour la conclusion de celui-ci. L'acte peut être rédigé directement entre les parties à l'acte (A), ou peut au contraire, être dressé avec le concours d'un tiers instrumentaire (B). Dans ce dernier cas l'acte juridique acquiert alors généralement, par l'instrument qui le formalise, une force probante particulière.

### A. L'absence d'autorité

31. En France, le principe qui domine le droit des contrats est le principe du consensualisme<sup>133</sup>. Ce principe, mis en avant par l'article 1172 du Code civil, prévoit, d'une manière on ne peut plus claire, que « *Les contrats sont par principe consensuels.* ». La signification profonde de ce principe établit qu'en droit français, et par principe, le contrat est conclu et valable par le simple échange des consentements des parties à l'acte. Un contrat en droit français peut donc être parfaitement valable par le seul échange des consentements, la jurisprudence confirme cela<sup>134</sup>. À cet égard le principe du consensualisme n'est pas une spécificité du système juridique français, et

---

<sup>132</sup> L. AYNÈS, L'authenticité : droit, histoire, philosophie, La documentation française, 2013 (2ème édition), p. 82, n° 55

<sup>133</sup> B. NUYTEN et L. LESAGE, Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme, Defrénois, 1998, p. 497 s., spéc. n° 2

<sup>134</sup> Civ. 1re, 2 juillet 1991 - Civ. 1re, 22 avril 1992 : JCP G, 1992, IV. p. 1855

se rencontre communément en droit étranger<sup>135</sup>. Pour autant les règles relatives à la preuve des actes juridiques, sans détruire le principe du consensualisme, peuvent toutefois imposer, pour prouver l'existence d'un acte, la production d'un écrit. En droit français, c'est l'objet de l'article 1359 du Code civil qui prévoit la nécessité de produire un écrit pour prouver un acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un certain montant fixé par décret. Il faut préciser que cette exigence de l'article 1359 a un objectif probatoire. Ainsi l'article 1359 du Code civil exige la réalisation d'un écrit non pas pour la validité de l'acte juridique (*formalisme ad validitatem*) mais pour la preuve de celui-ci (*formalisme ad probationem*). Partant, nombreux sont les actes juridiques qui, non seulement font l'objet d'un écrit<sup>136</sup>, mais également les contextes donnant lieu à la réalisation de cet écrit. Le droit français connaît principalement deux cadres donnant lieu à la réalisation d'un écrit, le cadre authentique ou public<sup>137</sup> et le cadre privé.

32. L'acte sous signature privée est l'écrit, rédigé et conclu simplement entre les parties. Il est régi par les articles 1372 et suivants du Code civil. Il est à remarquer une évolution sémantique liée à ce type d'acte. En effet auparavant le Code civil les nommait « *actes sous-seing privé* ». Ainsi, l'acte sous signature privée s'apparente à une enveloppe, et désigne un écrit qui est l'instrument contenant l'acte juridique (*negotium*) conclu par les parties. C'est également une notion qui se retrouve dans les législations étrangères, de tous horizons, tant géographiques que juridiques<sup>138</sup>. La notion d'acte sous signature privée n'est donc pas une notion spécifique du droit français.

---

<sup>135</sup> J-M. MOUSSERON, La réception au Proche-orient du droit français des obligations, RID Comp., 1968, 20-1, p. 37 s., spéc. p. 74 - M.E. RAMOS et H. PATRICIO, V° Portugal, Fasc. 30 : PORTUGAL., Droit du commerce [en ligne] Jurisclasseur Droit comparé, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 15 avril 2020], 30 mars 2020, Lexis360, n° 77 - N. BOGDANOVA-PATAUD, V° Russie, Fasc. 30 : RUSSIE., Droit du commerce [en ligne], Jurisclasseur Droit comparé, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 20 février 2018], 1er décembre 2016, Lexis360, n° 24 - L. OLAVO BAPTISTA et C. EMI TOMIMATSU, V° Brésil, Fasc. 30 : BRÉSIL., Droit du commerce [en ligne], Jurisclasseur Droit comparé, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 20 février 2018], 9 juillet 2014, Lexis360, n° 49 - M. FROMONT et J. KNETSCH, Droit privé allemand, LGDJ, 2017 (2ème édition)

<sup>136</sup> Conformément à l'article 1365 du Code civil l'écrit est défini comme « *une suite de lettres, de caractères, de chiffres, ou tout autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support* »

<sup>137</sup> V. *Infra* p. 32 s., n° 34 s.

<sup>138</sup> Ordonnance n° 75-78 du 26 septembre 1975 portant Code civil, Journal Officiel de la République d'Algérie [en ligne], n° 78 du 30 septembre 1975, p. 818 s., spéc. p. 833. [Consulté le 20 février 2018] - Code civil belge 2018, Marabout éditions, 2018, p. 381 à 382 - E. CHARPENTIER, S. LANCTÔT, B. MOORE et A. ROY, Code civil du Québec. Annotations - Commentaires 2016-2017, éditions Yvon Blais, 2017, p. 1863 - M. FROMONT et J. KNETSCH, *op. cit.*, p. 96, n° 140.

33. En droit français, comme généralement en droit étranger, l'acte sous signature privée reconnu par la partie à laquelle on l'oppose fait foi entre les parties (Article 1372 du Code civil). Pour être ainsi liées, il est nécessaire que les parties aient apposées leurs signatures sur l'acte qu'elles concluent. Souscrire désigne l'action de signer pour approuver, de s'engager en signant<sup>139</sup>. Juridiquement, l'action de souscrire se définit comme l'action d'apposer sa signature au pied d'un acte, à titre d'engagement<sup>140</sup>. Il est donc établi, conformément à la lettre de l'article 1372 du Code civil, que l'engagement à un acte juridique réalisé sous signature privée nécessite l'apposition de la signature de la partie ou des parties engagées, permettant ainsi l'identification du consentement du ou des auteurs (Article 1367 du Code civil). L'acte juridique réalisé par écrit sous-signature privée permet donc, une fois signé par les parties, non seulement d'identifier l'auteur ou les auteurs de l'acte juridique, mais également de prouver l'existence de l'acte juridique. Toutefois la preuve rapportée par écrit sous signature privée n'est pas absolue. À cet égard le législateur impose, par principe, la production d'un autre écrit afin de prouver contre un écrit établissant un rapport juridique (Article 1359 du Code civil). Comme nous l'avons évoqué, au-delà de la réalisation avec seule la présence des parties à l'acte, un acte juridique peut également se réaliser avec le concours d'un tiers instrumentaire. Ce tiers instrumentaire est généralement, mais pas nécessairement une autorité publique.

## B. La présence d'une autorité

34. Lors de la réalisation d'un acte juridique, il se peut, à l'inverse des situations que nous venons d'évoquer, que celui-ci s'établisse avec le concours d'un tiers au rapport juridique concerné. Les Etats se chargent d'instituer des organes susceptibles d'intervenir en leur nom (1) comme l'illustre le droit français. Ces organes sont des autorités ou officiers publics<sup>141</sup>. Ils interviennent et agissent au nom d'un Etat et donnent lieu à la réalisation d'une enveloppe formelle, ou *instrumentum*, publique, à la différence des actes sous signature privée évoqués, ce qui n'est pas sans conséquence sur la vie des actes juridiques. Toutefois il se peut également que le tiers instrumentaire ne soit pas une autorité instituée par un État souverain. Dans ce cas le tiers instrumentaire se révèle être une simple personne privée (2).

<sup>139</sup> Le petit Robert de la langue française, Editions Le Robert, 2017, p. 2412

<sup>140</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 2020 (13<sup>ème</sup> édition mise à jour), p. 973

<sup>141</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 17, n° 14

## 1. La présence d'une autorité étatique

35. En droit français, le concours d'une autorité étatique, ou officier public, est de nature à produire certaines conséquences à l'égard des actes juridiques, notamment en matière probatoire. Il s'agit de ce point de vue d'une donnée non négligeable. La présence d'une autorité lors de la réalisation d'un acte juridique a pu donner lieu à un vocabulaire riche. On parle d'acte authentique, parfois d'acte public<sup>142</sup>. La multiplicité des termes ne doit pas induire en erreur, l'un comme l'autre sont susceptibles de désigner une même réalité<sup>143</sup> : il s'agit de l'instrumentation régulière d'un *negotium* juridique, dans un rapport particulier de droit privé, par une autorité publique compétente suivant sa propre loi ou *lex auctoris*. Nous pourrions dans le cadre de cette étude utiliser indistinctement l'un ou l'autre des termes. En droit interne, l'acte authentique se trouve régi par le nouvel article 1369 du Code civil<sup>144</sup>. Toutefois, la définition retenue repose sur une conception large de l'acte authentique. Il est défini comme l'acte reçu par un autorité publique compétente, ayant qualité pour instrumenter l'acte considéré avec les solennités requises. La définition retenue est une définition large dans la mesure où elle ne distingue par les spécificités propres à chacun des actes authentiques<sup>145</sup>, comme le rôle joué par le tiers instrumentaire<sup>146</sup>, la matière dans laquelle ils interviennent<sup>147</sup>, *etc.*..., ni même ne précise quelles sont les solennités requises.

36. L'authenticité est une notion qui n'est pas spécifique au droit français. Elle se rencontre aisément en droit comparé. Pour s'en convaincre l'existence de l'Union Internationale du Notariat (UINL), et les membres qu'elle comprend, en fournissent un exemple probant. En effet, l'UINL est composée, suivant l'article 3 de ses statuts, des notariats nationaux admis par l'assemblée<sup>148</sup>. Jusqu'ici, rien de déterminant concernant l'acte authentique. Toutefois ces mêmes statuts prévoient que l'objet de l'organisation est, notamment, « *la promotion et l'application de principes*

---

<sup>142</sup> P. CALLÉ, L'acte public en droit international privé, Thèse, Economica, 2004, Préface de P. Mayer, p. 2, n° 3

<sup>143</sup> G. CORNU, *op. cit.*, p. 823 s.

<sup>144</sup> Issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, Journal Officiel de la République Française [en ligne], n° 0035, 11 février 2016, texte n° 26, article 4 [consulté le 8 février 2018]

<sup>145</sup> Concernant la diversité organique, fonctionnelle, matérielle, instrumentale des actes publics V. P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 10, n° 15 ; M. GORÉ, L'acte authentique en droit international privé, Travaux comité fr. DIP, 1998-1999, p. 23 s., spéc. p. 23 s.

<sup>146</sup> V. *Infra* p. 39 s., n° 47 s.

<sup>147</sup> V. *Infra* p. 70 s., n° 107 s.

<sup>148</sup> Union Internationale du Notariat Latin, Statuts [en ligne], [consulté le 26 février 2018]

*fondamentaux du système de notariat de type latin...* »<sup>149</sup>. Le notariat de type latin étant l'essence de l'acte authentique<sup>150</sup>, on se rend compte que cette organisation, à travers son existence et les membres qui la compose, tend à promouvoir la notion d'authenticité dans l'ordre international. Pour définitivement se convaincre de l'ampleur du mouvement initié par l'UINL dans les rapports internationaux, il est à préciser que l'UINL se compose aujourd'hui de quatre-vingt-huit notariats nationaux<sup>151</sup>, ce qui ne peut être négligé.

37. De son côté la Cour de Justice des Communautés Européennes (C.J.C.E), interprétant l'article 50 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, a déterminé et précisé les caractères de l'acte authentique, au sens du droit communautaire. Pour cela, il faut se référer à l'arrêt *Unibank* rendu par la C.J.C.E le 17 juin 1999<sup>152</sup>. À l'occasion de cette affaire, la Cour indique que l'intervention d'une autorité publique est nécessaire pour conférer à un acte juridique (*instrumentum*) la qualité d'acte authentique au sens de l'article 50 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968<sup>153</sup>. Cette solution est approuvée par les juridictions du fond en droit commun qui adoptent une position identique<sup>154</sup>. Toutefois, l'arrêt de la CJCE ne s'arrête pas à cet impératif puisque la Cour reprend<sup>155</sup> les conclusions du rapport Jenard-Möller sur la convention de Lugano du 16 septembre 1988<sup>156</sup> qui, dans son paragraphe 72, requiert que l'authenticité porte non seulement sur la signature mais également sur le contenu de l'acte. La jurisprudence de la CJCE permet ainsi de préciser la définition de l'acte authentique au sens du droit de l'Union européenne. Il s'agit de l'acte juridique réalisé avec le concours d'une autorité publique, authentifiant non seulement la signature de l'acte, mais également son contenu. Ces exigences, d'origine jurisprudentielle, ont par la suite été repris par certains textes de l'Union européenne, comme le règlement européen du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen, en son article 4<sup>157</sup>.

<sup>149</sup> Union Internationale du Notariat Latin, Statuts [en ligne], Article 2, [consulté le 26 février 2018]

<sup>150</sup> Union Internationale du Notariat Latin, Les principes fondamentaux du notariat de type latin [en ligne], [consulté le 26 février 2018]

<sup>151</sup> V. M. REVILLARD, Notaire [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 18 février 2020], janvier 2020, Dalloz, spéc. n° 23

<sup>152</sup> CJCE, 17 juin 1999, affaire C-260/97, *Unibank A/S contre Flemming G. Christensen* : Rev. Crit DIP. 2000, p. 245, note G. A. L. Droz

<sup>153</sup> Désormais l'article 58 du règlement *Bruxelles I bis*

<sup>154</sup> TGI Seine 25 janvier 1967, *Lévy* : Rev. Crit. DIP, 1967, p.563, note Batiffol

<sup>155</sup> CJCE, 17 juin 1999, affaire C-260/97, *Unibank A/S contre Flemming G. Christensen*, n° 17

<sup>156</sup> Journal Officiel des communautés européennes [en ligne], C 189, 28 juillet 1990, p. 57 [consulté le 12 février 2018]

<sup>157</sup> R. CRÔNE, La réception d'un acte authentique étranger en France, in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard Liber Amicorum*, Defrénois, 2007, p. 77s., spéc. p. 90 s., n° 41



38. De son côté, la doctrine spécialisée appréhende la notion parfois négativement, ou par opposition à la décision de justice qui représente une catégorie souvent traitée de manière autonome. Ainsi les Professeurs Pierre Mayer, Vincent Heuzé et Benjamin Remy définissent l'acte public comme l'intervention d'une autorité publique destinée à produire des effets de droit, mais ne prenant pas la forme d'une décision<sup>158</sup>. La notion d'acte public recouvre alors, à l'exception des décisions de justice, l'ensemble des interventions d'une autorité publique<sup>159</sup>.

39. Comme nous le voyons, si la définition de l'acte authentique est susceptible de différer suivant le système juridique considéré ou les définitions doctrinales retenues, il semble toutefois que l'on puisse identifier un dénominateur commun constituant le creuset déterminant de ce que constitue, par essence, un acte public ou authentique. Il réside dans l'intervention régulière d'une autorité publique ou étatique compétente. Cet élément est unanimement admis tant par les différents systèmes juridiques que par la doctrine. Ainsi, l'acte public ou authentique peut être défini comme toute intervention d'une autorité publique destinée à produire, dans des rapports individuels, des effets de droit privé. On peut donc, en accord avec la doctrine, en déduire que les sentences arbitrales, prononcées par un arbitre, personne privée<sup>160</sup>, même si elles bénéficient d'un régime particulier<sup>161</sup>, en sont exclues, et n'appartiennent pas à la catégorie des actes publics.

40. À l'image de la définition européenne, certains auteurs précisent la teneur de l'intervention dans la définition qu'ils retiennent de l'acte public. C'est le cas de Laurent Aynès qui envisage l'acte authentique comme « *un acte instrumentaire, dressé, vérifié et conservé par l'autorité publique* »<sup>162</sup>. En effet si l'acte public est défini généralement comme toute intervention d'une autorité publique destinée à produire des effets de droit privé dans des rapports individuels, la considération des règles procédurales suivies par le tiers instrumentaire mais également la teneur de l'intervention est toutefois indispensable à sa détermination. L'acte authentique requiert, en

---

<sup>158</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, 2019 (12<sup>ème</sup> édition), p. 339, n° 489

<sup>159</sup> P. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 547 s., spéc. p. 554 - P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 5 et s., n° 9 et 10 - H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé. Tome II*, Paris, LGDJ, 1983 (7<sup>ème</sup> édition), n° 699

<sup>160</sup> V. *Infra*, p. 38, n° 46

<sup>161</sup> V. *Infra* p. 132 s., n° 202 s.

<sup>162</sup> L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 82 s., n° 55 s.

effet, la réalisation d'un processus en plusieurs étapes. Pour le déterminer il convient de se placer du point de vue de l'ordre juridique interne, comme ordre juridique de référence.

41. Le point fondamental, unanimement admis, concerne tout d'abord l'auteur du procédé d'authentification. Il s'agit d'un officier public. De plus celui-ci doit agir dans le cadre de sa ou ses compétences. L'officier public peut être défini comme celui qui a reçu pouvoir de conférer l'authenticité<sup>163</sup>. Ce pouvoir participe avant tout d'une mission régaliennne, celle de constater de façon certaine et impartiale les droits et les obligations des personnes privées<sup>164</sup>. Les actes authentiques étant revêtus du sceau de la République française, il ne paraît pas concevable que les officiers publics puissent obéir à des règles de procédure fixées par une autorité différente de l'État qu'ils représentent, auquel ils appartiennent, et qui les a institués. Si cette procédure n'est pas respectée l'organe ne mérite pas son qualificatif d'organe public et ne constitue qu'un simple particulier<sup>165</sup>. À ce propos, aucune norme internationale n'édicte de règle de conflit de lois en matière de procédure que les officiers ministériels doivent respecter. Les règles auxquelles les officiers ministériels français doivent obéir sont celles en vigueur en France<sup>166</sup>. Nous pouvons énumérer un certain nombre de professionnels du droit considérés par l'ordre juridique français comme des officiers publics. Ainsi le notaire, le greffier, l'huissier de justice, le magistrat, l'officier d'état civil, sont des officiers publics ayant qualité pour conférer authenticité en la forme à un acte juridique dans le cadre des missions qui leurs sont respectivement dévolues.

42. L'officier public exerçant une mission régaliennne de l'État est tenu de respecter la délégation de compétence qui en résulte. En effet, les officiers publics ne disposent pas d'une compétence générale est absolue, et doivent principalement respecter une double compétence<sup>167</sup>. Il s'agit en premier lieu de la compétence matérielle ou compétence *ratione materiae*. Cette compétence correspond aux matières, aux domaines ou encore au moment, dans lesquels l'officier public est, dans le cadre de sa mission, autorisé à intervenir par l'ordre juridique l'ayant institué comme officier public. L'officier public doit, en second lieu, respecter également une délégation de compétence géographique ou compétence *ratione loci*. Celle-ci correspond à l'aire géographique dans

<sup>163</sup> R. PERROT, B. BEIGNIER et L. MINIATO, Institutions judiciaires, LGDJ, 2020 (18<sup>ème</sup> édition), p. 340, n° 449

<sup>164</sup> L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 52, n° 29

<sup>165</sup> O. KAHN-FREUND, *Generals problems of private international law*, RCADI 1974-III, (Vol. 143), p. 139 s. spéc. p. 139 et s. - P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 43 s., n° 80

<sup>166</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 30, n° 28

<sup>167</sup> J-L. MOURALIS, Preuve : modes de preuve, Répertoire de droit civil [en ligne], janvier 2011 (Actualisation octobre 2017) [Consulté le 25 février 2018], Dalloz, n° 34

laquelle l'officier se voit déléguer les prérogatives de puissance publique qu'on lui accorde au titre de sa mission, et au-delà de laquelle, incompetent, son intervention se voit naturellement dénier son rôle authentifiant.

43. Concernant l'acte juridique, *negotium*, existent également des conditions impératives afin que celui-ci, couplé à l'intervention d'un officier public compétent, acquière définitivement un caractère authentique. En droit interne, l'article 1369 du Code civil dispose que celui-ci doit être « reçu » par l'officier public. Bien que la loi ne précise pas ce qu'elle entend par cela, pour la majorité des auteurs, cela correspond à l'idée de la présence nécessaire de l'autorité publique lors de la réalisation du *negotium* juridique afin que puisse lui être conféré l'authenticité. A ce propos, seules les constatations personnelles réalisées par l'autorité publique sont ainsi couvertes par l'authenticité<sup>168</sup>. De plus, l'acte juridique doit avoir été reçu avec les solennités requises. Il est clair qu'au vu de la diversité des actes juridiques, certaines solennités sont spécifiques à certains actes, toutefois, au-delà de ces spécificités existent certains éléments intangibles à tous les actes authentiques concernant les solennités requises. Ainsi par exemple, l'acte pour être authentique doit avoir été dressé en langue française, à l'encre indélébile. Tous les actes authentiques doivent être datés, préciser l'identité de l'autorité publique ayant instrumenté, ou encore comporter le paraphe et la signature de l'autorité publique intervenue<sup>169</sup>.

44. En droit interne, l'attribut le plus visible lié à l'authenticité d'un acte est la force probante renforcée dont il bénéficie par rapport aux actes réalisés sous signature privée. Ainsi et très simplement, il ne peut être prouvé contre le contenu d'un acte authentique. La seule voie envisageable, tant par les parties que par les tiers, pour détruire cette foi en l'acte public est la procédure d'inscription de faux. Hormis cette procédure, la foi due à l'acte juridique est à la fois intouchable et large puisqu'elle recouvre tant l'origine de l'acte c'est-à-dire la détermination de l'officier public à l'origine de cet acte, que le contenu de l'acte, mais également l'ensemble des énonciations personnellement constatées par l'officier public, ou encore la date de l'acte<sup>170</sup>. Enfin, caractère non négligeable, l'acte authentique est, au-delà de sa force probante renforcée, susceptible d'être revêtu de certains attributs encadrés et déterminés par la loi. Parmi ces attributs se retrouve la force exécutoire<sup>171</sup>, attribut généralement commun aux actes authentiques, au moins pour ceux se prêtant à exécution. En effet il existe certains actes juridiques n'ayant absolument rien à exécuter.

<sup>168</sup> L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 65 s., n° 42

<sup>169</sup> L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 62 s., n° 40

<sup>170</sup> L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 107 s., n° 80 s.

<sup>171</sup> V. *Infra*, p. 106 s., n° 155 s.

Ceux-là ne nécessitent pas l'apposition de la formule exécutoire<sup>172</sup>. La force exécutoire attachée à un acte juridique et matérialisée par la formule exécutoire en droit français permet de mettre en jeu directement la contrainte sociale (de recourir aux voies d'exécution forcées pour faire exécuter les dispositions qu'il contient)<sup>173</sup>. Enfin, l'autorité de la chose jugée constitue un attribut supplémentaire dont sont susceptibles d'être revêtus certains actes authentiques. Toutefois, à la différence de la force exécutoire, cet attribut est spécial car attaché à certains actes, spécifiques au regard de la fonction exercée par l'autorité publique. C'est le cas en droit interne s'agissant, par exemple, des décisions de justice contentieuses<sup>174</sup>.

45. Ces caractères généraux de l'acte public permettent donc de donner les conséquences essentielles, à l'égard d'un *negotium* juridique, du processus d'authentification d'un instrument. Ainsi, l'instrument public se distingue de l'instrument réalisé sous signature privée. Il s'en distingue non seulement dans son élaboration, mais également dans les attributs procéduraux dont il est doté. Ces attributs découlent directement de la loi<sup>175</sup> tels la force probante, la force exécutoire dans le cas où l'acte s'y prête, ou encore l'autorité de la chose jugée.

## 2. La présence d'une autorité non étatique

46. Les autorités étatiques ne sont pas les seules à pouvoir intervenir lors de la réalisation d'un acte juridique. En effet, il existe également des autorités ou organes non-étatiques, compétents pour instrumenter un acte juridique. A titre d'exemple l'arbitre constitue une autorité juridictionnelle non étatique<sup>176</sup> comme nous le verrons<sup>177</sup>. Cette autorité est généralement reconnue par les ordres juridiques étatiques qui lui accordent une fonction sociale. L'arbitre remplit une fonction juridictionnelle permettant à l'acte juridique résultant de son intervention d'acquérir certains attributs. Ces attributs pourront être les même que ceux attachés à la réalisation d'un instrument public comme l'autorité de la chose jugée<sup>178</sup>. Toutefois ils relèvent alors de l'intervention

<sup>172</sup> L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 114, n° 87

<sup>173</sup> G. CORNU, *op. cit.*, p. 428

<sup>174</sup> V. *Infra* p. 101 s., n° 148

<sup>175</sup> V. *Infra* p. 100, n° 145

<sup>176</sup> C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Thèse, LGDJ, 1987, Préface de B. Oppetit, p. 103, n° 183 - S. MANCIAUX, *L'arbitre est un juge*, in *Le juge et l'arbitre*, Pédone, Sous la direction de S. Bostanji, F. Horchani et S. Manciaux, 2014, p. 31 s., spéc. p. 34 - C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013 (1ère édition), p. 14, n° 7

<sup>177</sup> V. *Infra* p. 49 s., n° 63 s.

<sup>178</sup> J-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016 (1ère édition), p. 538, n° 847

d'un organe ou d'une autorité qui n'aura pas été instituée par un ordre étatique. Ainsi ces organes ou autorités ne représentent pas un État ou un ordre juridique étatique. Il s'agit d'autorités privées, non-étatiques.

Toutefois, au-delà de la présence d'une autorité, étatique ou non, la fonction exercée par celle-ci est nécessaire à la détermination de la nature des actes juridiques. En effet, dans le cadre de la circulation internationale des actes juridiques, la fonction exercée par le tiers instrumentaire, qui détermine la nature d'un acte juridique, est éventuellement susceptible d'engendrer des conséquences méthodologiques sur la circulation des actes juridiques dans l'ordre international. Il s'agit donc de déterminer quels peuvent être les différents rôles, essentiels et caractéristiques, permettant de les distinguer, tenus par les tiers instrumentaires. Il s'agit alors de déterminer les fonctions que sont susceptibles d'exercer les différentes autorités à même d'instrumenter un acte juridique.

## § 2. Les fonctions de l'autorité

47. Jusqu'à présent l'acception retenue de l'acte public ou authentique est une définition volontairement large. Toutefois, après avoir tout d'abord distingué l'acte sous signature privée de l'acte authentique, il convient désormais de dépasser cette simple distinction formelle et de tenter de préciser la nature de l'intervention du tiers instrumentaire. Pour cela, il convient de déterminer quelles sont, lors de la réalisation d'un rapport juridique déterminé, les fonctions précises assurées par le tiers instrumentaire mais également le rôle des parties. En somme, il s'agit désormais d'envisager une classification fonctionnelle des actes juridiques, basée sur la fonction exercée par le tiers ou rédacteur instrumentaire<sup>179</sup>. Il existe en droit international privé une dichotomie, classique depuis Motulsky<sup>180</sup>, consistant à distinguer entre les décisions et les actes qui n'en sont pas, soit entre les actes volitifs (A) et les actes réceptifs (C). Cette distinction, comme l'envisagent les présents développements, est fondée sur les fonctions assurées par le tiers instrumentaire. Cette dichotomie, devenue classique tant en doctrine qu'en droit international privé positif n'est pas sans conséquence<sup>181</sup> et entraîne l'application de règles différentes pour la circulation des actes et des décisions. Pour autant, la doctrine a pu suggérer de dépasser cette dichotomie classique issue des travaux de Motulsky en envisageant une troisième catégorie, les actes constatatifs (B). À cet égard, tout comme la classification issue des travaux de Motulsky, la considération d'une troisième

<sup>179</sup> Concernant le choix des termes « rédacteur instrumentaire », ceux-ci ont été utilisés par la doctrine voir B. NUYTTEN et L. LESAGE, *op. cit.*, spéc. n° 34

<sup>180</sup> H. MOTULSKY, *op. cit.*

<sup>181</sup> R. CRÔNE, *op. cit.*, spéc. p. 79, n° 11

catégorie d'actes juridiques, à côté des actes volitifs et réceptifs, résulte de la considération de la fonction exercée par le tiers instrumentaire.

#### A. La fonction volitive

48. Le terme volitif, qui n'est pas un terme spécifiquement juridique, a déjà été employé en doctrine. Par exemple, le Professeur Pamboukis, dans sa thèse de doctorat traitant de l'acte public étranger en droit international privé, évoque le caractère volitif des décisions de justice<sup>182</sup>. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois, avec le Professeur Pamboukis, que la doctrine utilise ce terme. On le retrouve employé dès le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle dans le fameux article de Motulsky sur les actes de juridiction gracieuse en droit international privé<sup>183</sup>. Le terme volitif fait référence à la volonté, à la volition<sup>184</sup>. La fonction volitive traduit donc une manifestation de volonté de la part du tiers instrumentaire dans la fonction que celui-ci assure. Trois principaux actes sont identifiés concernant cette fonction : l'acte de juridiction contentieuse (1), l'acte de juridiction gracieuse (2) et enfin la sentence arbitrale (3).

##### 1. Les actes de juridiction contentieuse

49. L'archétype de l'acte volitif est le jugement contentieux dont le contenu, *negotium* de l'acte juridique, est directement et sans hésitation, dans le cadre des compétences qui lui ont été dévolues et de la mission régaliennne qu'il assure, l'œuvre du tiers instrumentaire. En droit français cette fonction est par principe assurée par le juge. En effet, l'article 12 du Code de procédure civile (CPC) dispose que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Dans un cadre juridictionnel contentieux classique, les parties ayant, par définition, un litige qui les oppose, celles-ci ne sont plus en mesure de s'accorder sur le contenu exact du rapport juridique qui les relie et les oblige. Ainsi le juge, conformément à l'article 12 du Code de procédure civile<sup>185</sup>, vient pallier cette difficulté en tranchant lui-même, au regard des faits, des prétentions des parties et du droit applicable, quel est le contenu définitif du rapport juridique unissant ces derniers. En faisant cela, le juge fait œuvre de son pouvoir de *jurisdictio*<sup>186</sup>, c'est-à-dire de son pouvoir de dire le

<sup>182</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 54, n° 70

<sup>183</sup> H. MOTULSKY, *op. cit.*, spéc. p. 17 et 28

<sup>184</sup> Le petit Robert de la langue française, *op. cit.*, p. 2738

<sup>185</sup> J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, Droit judiciaire privé, LGDJ, 2019 (7<sup>ème</sup> édition), p. 238, spéc. n° 286

<sup>186</sup> L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, LexisNexis, 2020 (11<sup>ème</sup> édition), p. 98, spéc. n° 79

droit. Manifestant sa volonté, dans le cadre des règles qui régissent son fonctionnement et des compétences qui lui ont été dévolues, on peut dire qu'un « *jugement est l'œuvre intellectuelle du juge* »<sup>187</sup>. Sur ce point tant la législation que les auteurs semblent unanimes.

50. L'acte de juridiction contentieuse constituant l'archétype de l'acte volitif, il ressort que des liens intimes unissent la fonction volitive et la nature juridictionnelle d'un acte juridique. Ces liens sont les pouvoirs dont dispose le tiers instrumentaire, en l'espèce le juge, pour assurer sa fonction. Il dispose non seulement du pouvoir de dire le droit ou pouvoir de *jurisdictio*, mais aussi d'un pouvoir souverain d'appréciation. Ils constituent ses attributs principaux, selon l'article 12 du Code de procédure civile, pour la réalisation de sa mission<sup>188</sup>. Ces liens entre la fonction volitive et la nature juridictionnelle d'un acte, sont de nature à mettre en évidence les pouvoirs que l'on attend pour qu'un acte résultant de l'activité d'un tiers instrumentaire soit considéré comme un acte juridictionnel ou volitif. Ainsi la manifestation de volonté et les pouvoirs, non seulement de dire le droit mais également d'appréciation, du tiers instrumentaire, généralement le juge<sup>189</sup>, qui intervient majoritairement dans l'objectif de trancher le litige<sup>190</sup> qui lui est soumis<sup>191</sup>, sont constitutifs d'un acte juridictionnel traduisant sa fonction volitive. La doctrine attribue un caractère complet à ce type d'acte<sup>192</sup>. Cela signifie que tant le contenu, *negotium* de l'acte, que le contenant, *instrumentum*, sont l'œuvre de la même personne : le tiers instrumentaire, généralement le juge. Ainsi l'analyse des actes de juridiction contentieuse, pour lesquels la fonction volitive est assurément reconnue par le droit positif et la doctrine, nous permet de dire que la fonction se résume en la manifestation de volonté du tiers instrumentaire dans l'objectif de dire le droit, fonction pour laquelle il dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation.

51. Le résultat de l'intervention du juge dans les rapports juridiques contentieux des parties a également vocation à produire des effets. Ces effets sont susceptibles d'être directement

<sup>187</sup> L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 56, n° 34

<sup>188</sup> Pour l'exécution de la décision qu'il a rendu dans le cadre de sa fonction le juge dispose d'un autre pouvoir important, le pouvoir d'*imperium*. Celui-ci permet au juge de donner des ordres et de disposer de la force publique.

<sup>189</sup> Il ne s'agit pas exclusivement du juge, V. *Infra*, p. 56, n° 68

<sup>190</sup> Le juge n'intervient pas exclusivement dans l'objectif de trancher les litiges, V. *Infra* p. 41 s., n° 55 s.

<sup>191</sup> O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *Droit international privé*, Bruylant, 2021 (9ème édition), p. 416, n° 707 - D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé. Tome 1 Partie générale*, PUF, 2017 (4ème édition mise à jour), p. 275, n° 236 - Civ., 25 octobre 1905 : DP., 1906, I, p. 337 s., note Planiol, spéc. col. 1

<sup>192</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 54, n° 71

rattachés à la fonction volitive qu'il exerce. En effet, le Professeur Péroz, dans sa thèse de doctorat, distingue les effets de l'acte juridictionnel ou jugement, issus directement de l'activité du juge et les attributs du jugement, qui eux, n'en relèvent pas, mais sont octroyés par la loi<sup>193</sup>. Les attributs du jugement, à l'inverse des effets juridiques, ne découlent pas de l'activité directe du juge et ne peuvent ainsi être rattachés directement à sa fonction. Ils feront l'objet de développements postérieurs<sup>194</sup>. Le principal effet relevant de la fonction volitive est l'effet substantiel ou efficacité substantielle.

52. L'effet substantiel ou efficacité substantielle, s'analyse comme une modification de la situation juridique et des droits des parties<sup>195</sup>. Le juge dit le droit, et constate un droit préexistant ou crée une situation juridique nouvelle<sup>196</sup>. La notion d'efficacité substantielle a également pu être appréhendée comme consistant « *dans toutes les modifications que la décision fait subir au rapport de droit concerné et qui se réalisent par l'opération conjointe de la décision et de la loi sans que l'on ait, à proprement parler, à procéder à une exécution de la décision* »<sup>197</sup>. L'effet substantiel procède ainsi, non seulement d'une modification de la situation substantielle des parties, mais également d'une substitution dans la source de leurs droits<sup>198</sup>. Les parties en effet, une fois la décision rendue par la juridiction, tirent leurs prérogatives directement de la décision et non plus d'une règle qui, justement, aura été mise en œuvre et concrétisée par le juge lors de son activité. La règle se trouve, au regard des faits matériels et des prétentions juridiques des parties à une instance, systématiquement concrétisée par le juge tenu de dire le droit<sup>199</sup>.

53. À cet égard, il apparaît que les raisons justifiant une telle efficacité au profit des actes volitifs soient déterminées au regard de la fonction assurée par le juge, tiers instrumentaire, qui dans la conception française est chargée de dire et d'appliquer le droit. Pour ce faire, celui-ci opère une vérification juridictionnelle. Cette étape est fondamentale car c'est de celle-ci que découle

---

<sup>193</sup> H. PÉROZ, La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français, Thèse, LGDJ, 2005, Préface de H. Gaudemet-Tallon, p. 11 s., n° IX

<sup>194</sup> V. *Infra* p. 100 s., n° 145 s.

<sup>195</sup> M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ, 2020 (7<sup>ème</sup> édition), p. 524, n° 766

<sup>196</sup> H. MOTULSKY, *op. cit.*, spéc. p. 24 - N. FRICERO, Titre 42. L'efficacité du jugement, *in* Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen 2017/2018, Dalloz, Sous la direction de S. Guinchard, 2016 (9<sup>ème</sup> édition), p. 1363 s., spéc. p. 1363, n° 42.05

<sup>197</sup> D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, Masson, 1987, n° 927

<sup>198</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 21, n° 7

<sup>199</sup> V. *Supra* p. 41, n° 50



la concrétisation des règles générales et impersonnelles. La vérification juridictionnelle consiste en la vérification de la correspondance, ou non, au présupposé de la règle des faits matériels<sup>200</sup>. Le juge, lors de cette étape, applique les règles en vigueur aux faits matériels qui lui sont déférés, afin d'en vérifier la correspondance et l'imputabilité, ou non. Consécutivement à cela le juge rend sa décision<sup>201</sup>. La vérification juridictionnelle représente ainsi une étape caractéristique fondamentale dans la fonction exercée par le juge. De cette dernière dépend la décision rendue par le magistrat. La vérification juridictionnelle constitue la mise en œuvre et la manifestation de ses pouvoirs de dire souverainement le droit. L'affirmation d'un état de droit par le juge modifie directement l'ordonnement juridique, parce que cette affirmation constitue une norme juridique élaborée par ce dernier. C'est dans cette affirmation que réside l'effet de la décision proprement dit<sup>202</sup>. « *L'effet du jugement tient dans la proclamation et l'aménagement de l'effet juridique de la règle de droit* »<sup>203</sup> entraînant inévitablement des effets de nature substantiels sur la situation juridique des parties. Ainsi, pour madame Bléry, l'efficacité substantielle du jugement réside dans l'introduction dans l'ordre juridique d'une nouvelle norme qui concrétise l'effet juridique de la règle de droit appliquée par le juge<sup>204</sup>. Nous pouvons sur ce point conclure avec Hélène Péroz que c'est dans la décision rendue par le juge que se localise l'efficacité substantielle ou l'effet substantiel du jugement<sup>205</sup>, et que les attributs accordés aux décisions contentieuses<sup>206</sup> participent à renforcer le nouvel ordonnancement juridique tel qu'il résulte de l'intervention et des affirmations du juge. Enfin il convient de préciser un caractère fondamental, inhérent à l'efficacité substantielle : la normativité<sup>207</sup>. La normativité se caractérise par son obligatorité<sup>208</sup>, qui sous-tend que la solution rendue s'impose aux parties, et par son opposabilité, qui oblige les tiers également à respecter la décision rendue<sup>209</sup>. Comme le souligne

---

<sup>200</sup> J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, p. 285, n° 344 - H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 23 s., n° 10 - C. CHAINAIS, F. FERRAND et L. MAYER, Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, Dalloz, 2018 (34ème édition), p. 749, n° 1074

<sup>201</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 24 et s., n° 13

<sup>202</sup> S. BOLLÉE, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, Thèse, Economica, 2004, Préface de P. Mayer, p. 178, n° 253

<sup>203</sup> C. BLÉRY, L'efficacité substantielle des jugements civils, Thèse, LGDJ, 2000, Sous la direction de J. Héron, Préface de P. Mayer, p. 76 s., n° 104

<sup>204</sup> C. BLÉRY, *op. cit.*, p. 76 s., spéc. n° 104

<sup>205</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 26, n° 14

<sup>206</sup> V. *Infra* p. 100 s., n° 145 s.

<sup>207</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 32, n° 28

<sup>208</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 42, n° 47

<sup>209</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 44, n° 50 - N. FRICERO, Chapitre 421. Autorité du jugement, *in* Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen 2017/2018, Dalloz, Sous la direction de S. Guinchard, 2016 (9ème édition), p. 1364 s., spéc. p. 1384, n° 421.132

madame Péroz, « *l'efficacité substantielle du jugement n'a d'intérêt pour son bénéficiaire que si une certaine « valeur » lui est reconnue* »<sup>210</sup>.

54. Le jugement contentieux constitue sans conteste l'archétype de l'acte juridictionnel ou volitif traduisant la fonction volitive du tiers instrumentaire. Cette fonction se manifeste par les pouvoirs dont il dispose : le pouvoir de dire le droit et un pouvoir souverain d'appréciation, matérialisés par la vérification juridictionnelle à laquelle s'attache des effets de droit. Pour autant il existe certains actes juridiques pour lesquels une telle fonction ne se manifeste pas, comme pour le jugement contentieux, avec la force de l'évidence. On pense d'abord et en premier lieu aux actes rendus en matière gracieuse. Il est en droit français une norme étatique, rendue par la même autorité que celle intervenant en matière contentieuse, le juge. A cet égard, Pierre Hébraud affirme que l'on préfère le terme de juridiction gracieuse à celui de juridiction volontaire, cela marquant « *le rôle plus grand qui est assigné au magistrat, et aussi pour montrer qu'elle est son apanage* »<sup>211</sup>. Il convient donc de définir et analyser l'acte de juridiction gracieuse afin de déterminer si, eu égard à la fonction exercée par le tiers instrumentaire, celui-ci doit être intégré ou non à la catégorie des actes volitifs.

## 2. Les actes de juridiction en matière gracieuse

55. En droit interne la matière gracieuse est régie par les articles 25 à 29 CPC. Légalement, celle-ci est définie par l'article 25 comme une intervention du juge, qui « *statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige, il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle* ». Sont posés, par ce texte de portée générale, les critères de la matière gracieuse, qui requiert deux éléments : une absence de litige et un contrôle par le juge<sup>212</sup>. Toutefois ces critères ne sont pas suffisants à annihiler toute controverse quant à la nature de l'acte rendu en matière gracieuse. Les critères établis sont notamment insuffisants à déterminer si ce type d'acte constitue, ou non, un acte juridictionnel traduisant la fonction volitive du tiers instrumentaire comme c'est le cas pour l'acte rendu en matière contentieuse. La loi contient « *une définition de la juridiction gracieuse, mais elle s'abstient d'en caractériser la nature juridique* »<sup>213</sup>. Profitant de cette abstention, de nombreuses sensibilités doctrinales se sont exprimées sur la nature de l'acte

<sup>210</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 32, n° 28

<sup>211</sup> P. HÉBRAUD, Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil, D., 1946. 3, p. 333 s., spéc. p. 333, Col. 2

<sup>212</sup> V. en ce sens P. HÉBRAUD, *op. cit.*, p. 333, Col. 3 - C. CHAINAIS, F. FERRAND et L. MAYER, *op. cit.*, p. 1307, n° 1829

<sup>213</sup> P. HÉBRAUD, *op. cit.*, p. 333, Col. 1

rendu en matière gracieuse. Trois principaux courants doctrinaux se sont exprimés sur la nature de l'acte juridique rendu en matière gracieuse <sup>214</sup>.

56. La théorie de la nature administrative des actes de juridiction rendus en matière gracieuse, minoritaire en doctrine, part du principe d'une différence de nature entre les actes juridictionnels contentieux et les actes gracieux <sup>215</sup>. Cette différence de nature procéderait d'un critère fonctionnel. Le juge pour faire un véritable acte juridictionnel serait tenu de trancher un litige. L'existence d'une situation litigieuse s'avèrerait ainsi une nécessité à la détermination d'un acte juridictionnel, traduisant la fonction volitive du tiers instrumentaire. Pour certains, « *le lien entre litige et juridictionnel est si fondamental que l'on peut douter [...] du bien-fondé de la qualification de juridiction gracieuse* »<sup>216</sup>. Partant, les décisions gracieuses ne réuniraient pas les caractères d'un acte juridictionnel<sup>217</sup>. Cette position est également celle défendue par Jean Vincent et Serge Guinchard qui incluent les actes rendus en matière gracieuse au sein des actes administratifs judiciaires, actes pour lesquels le juge se livre à « *une activité purement administrative* »<sup>218</sup>. Pour ces auteurs les actes administratifs judiciaires, comprenant les actes rendus en matière gracieuse, s'ils ont des spécificités les uns les autres ont comme point commun de « *n'avoir rien de juridictionnel* »<sup>219</sup>, en ce sens que le juge lors de son intervention « *n'a pas dit le droit* »<sup>220</sup>. Il semble toutefois que la position de ces auteurs ait au fil du temps évoluée. Prenant en considération l'ouverture des voies de recours, ils tirent comme conclusion la volonté des rédacteurs du Code d'intégrer ces derniers au sein des actes juridictionnels par opposition aux simples mesures d'administration judiciaire<sup>221</sup>. La doctrine, divisée à ce sujet, envisage également, au regard des caractéristiques particulières de l'acte rendu en matière gracieuse, que ce dernier puisse être de nature hybride.

57. La théorie de la nature hybride des actes de juridiction rendus en matière gracieuse a rallié, durant une certaine époque, la majorité de la doctrine<sup>222</sup>. Dans ce cadre, « *le critère matériel*

<sup>214</sup> V. en ce sens C. JARROSSON, *op. cit.*, p. 38 s.

<sup>215</sup> G. COUCHEZ et X. LAGARDE, Procédure civile, Sirey, 2014 (17<sup>ème</sup> édition), p. 232, n° 216

<sup>216</sup> M-A. FRISON-ROCHE, Les offices du juge, in Jean Foyer, auteur et législateur. *Legis tulit, jura docuit* : écrits en hommage à Jean Foyer, PUF, 1997 p. 463 s., spéc. p. 466, n° 7

<sup>217</sup> A. POUILLE, Le pouvoir judiciaire et les tribunaux, Masson, 1985, p. 220

<sup>218</sup> S. GUINCHARD et J. VINCENT, Procédure civile, Dalloz, 1981 (20<sup>ème</sup> édition), p. 131, n° 95

<sup>219</sup> S. GUINCHARD et J. VINCENT, *op. cit.*, p. 132, n° 95

<sup>220</sup> S. GUINCHARD et J. VINCENT, *op. cit.*, p. 140, n° 99

<sup>221</sup> S. GUINCHARD et J. VINCENT, Procédure civile, Dalloz, 2003 (27<sup>ème</sup> édition), p. 218, n° 168.

<sup>222</sup> C. JARROSSON, *op. cit.*, p. 39, n° 66

*tend à faire de la matière gracieuse une matière administrative, les critères formels (organique et procédural) tendent à en faire une matière juridictionnelle* »<sup>223</sup>. C'est également la conclusion à laquelle aboutissent Solus et Perrot considérant que l'acte de juridiction gracieuse, dispose d'une nature hybride. Il participe de l'acte administratif par son objet, et de l'acte juridictionnel par sa forme et par l'organe dont il émane<sup>224</sup>. La position adoptée par ces auteurs n'est pas isolée puisque, comme nous l'avons évoqué, jusqu'à une certaine époque, la majorité de la doctrine adoptait cette position, attribuant une nature hybride, mi-administrative mi-juridictionnelle, à la décision gracieuse<sup>225</sup>. Pour autant cette vision semble aujourd'hui dépassée par la conception juridictionnelle de l'acte gracieux, qui obtient désormais l'adhésion de la majorité de la doctrine.

58. La position suivant laquelle l'acte rendu en matière gracieuse est de nature juridictionnelle, traduisant une fonction volitive du tiers instrumentaire, représente aujourd'hui la position dominante en doctrine. Si cette conception trouve un écho particulier de nos jours, celle-ci n'est pas nouvelle et a très rapidement été retenue en doctrine. L'un des premiers à envisager l'acte rendu en matière gracieuse comme un acte juridictionnel est le Professeur Hébraud. Son analyse réalisée dans le recueil Dalloz de 1946<sup>226</sup> est aujourd'hui quasi-systématiquement citée par la doctrine lorsqu'il s'agit de traiter de la nature des actes rendus en matière gracieuse. Le Professeur Hébraud part du constat que les auteurs qui ont en France cherché à préciser la nature juridictionnelle d'un acte ont, plutôt sous l'influence de la doctrine de droit public que par réelle nécessité, été amenés à l'opposer à l'acte administratif. Il en résulte, à regret, que l'acte gracieux devenait un acte administratif opposé par nature à l'acte juridictionnel<sup>227</sup>. Pour Pierre Hébraud « *les différences entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse qui sont de degrés plus que de nature, recouvrent une unité substantielle : il s'agit toujours de protéger les intérêts privés en les plaçant sous la tutelle du droit* »<sup>228</sup>. Cette similarité de nature entre l'acte contentieux et l'acte gracieux est aujourd'hui majoritaire en doctrine qui considère généralement qu'en cette matière le juge dispose non seulement de son

---

<sup>223</sup> C. JARROSSON, *op. cit.*, p. 39, n° 66

<sup>224</sup> SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*. Tome I. Introduction, notions fondamentales (action en justice, formes et délais, acte juridictionnel), organisation judiciaire, Sirey, 1961, p. 445 s., spéc. p. 447, n° 484

<sup>225</sup> P. CATALA et F. TERRÉ, *Procédure civile*, PUF, 1976, p. 51 - G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, 1996 (3<sup>e</sup> édition refondue), p. 133 s. - D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Thèse, LGDJ, 1994, Préface de G. Wiederkehr, p. 293

<sup>226</sup> P. HÉBRAUD, *op. cit.*

<sup>227</sup> P. HÉBRAUD, *op. cit.*, p. 333, Col. 3

<sup>228</sup> P. HÉBRAUD, *op. cit.*, p. 334, Col. 1

pouvoir d'*impérium* mais également de son pouvoir de dire le droit ou pouvoir de *jursidictio*<sup>229</sup>, caractéristique de la fonction volitive aboutissant à l'établissement d'un acte juridictionnel. Ainsi les tenants de cette position considèrent que « *l'acte du juge ne peut constituer une décision gracieuse que si le juge ne se contente pas d'un contrôle purement formel de la légalité, s'il ne se limite pas à recevoir un acte de pur droit privé, comme le ferait un notaire, sans exercer un contrôle approfondi sur la légalité* »<sup>230</sup>. En exerçant cette prérogative, intimement juridictionnelle, le juge rend alors en matière gracieuse un véritable acte juridictionnel<sup>231</sup>. Suivant cette conception le tiers instrumentaire, en l'espèce le juge, assure une fonction volitive productrice d'un acte de nature juridictionnelle lorsqu'il intervient en matière gracieuse.

59. De son côté la jurisprudence, même si elle a pu connaître certaines hésitations<sup>232</sup>, considère traditionnellement, et contrairement à l'acte juridictionnel contentieux, que les décisions gracieuses sont non seulement dépourvues de l'autorité de la chose jugée mais en plus ne dessaisissent pas le juge<sup>233</sup>. Cette solution affirmée dès le début du siècle dernier et réaffirmée à de nombreuses reprises tend à se perpétuer<sup>234</sup>, et est à même de donner des indications sur la manière dont la jurisprudence appréhende assez constamment ce type d'acte juridique. La Cour, ne lui accordant pas les attributs des décisions contentieuses, semble refuser de le voir comme un véritable acte juridictionnel.

60. De notre point de vue nous souscrivons à la vision considérant que « *la juridiction gracieuse est une véritable juridiction* »<sup>235</sup>. Comme précédemment évoqué, la matière gracieuse est régie par les articles 25 et suivants du CPC. Conformément à ses dispositions, et spécialement l'article 25 du Code de procédure civile, la loi exige dans certaines matières et même l'absence de litige,

<sup>229</sup> D. LE NINIVIN, *La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile*, Litec, 1984, n° 273

<sup>230</sup> C. CHAINAIS, F. FERRAND et L. MAYER, *op. cit.*, p. 1310, n° 1831

<sup>231</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, p. 111, n° 99 - J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, p. 278 s., n° 333 s. - C. JARROSSON, *op. cit.*, p. 71 s. - D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Thèse, LGDJ, 1975, Préface de P. Hébraud, p. 108 s. - Y. STRICKLER, Fasc. 500-45 : MATIÈRE ET PROCÉDURE GRACIEUSES [en ligne], Jurisclasseur Procédure civile, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 9 octobre 2020], 2 janvier 2020, Lexis360, spéc. n° 5 s.

<sup>232</sup> Civ. 1re, 6 février 1979 : JCP G, 1980, II, 19290, note R. Lindon

<sup>233</sup> Civ., 25 octobre 1905 : DP., 1906, I, p. 337 s., note Planiol - Civ 1re, 6 avril 1994, n° 92-15.170 : Bull. civ. 1994, I, n° 141 - Civ. 1re., 17 octobre 1995 : *Justices*, 1996, n°4, p. 266, chron. G. Wiederkehr

<sup>234</sup> C. CHAINAIS, F. FERRAND et L. MAYER, *op. cit.*, p. 1317, n° 1839

<sup>235</sup> P. HÉBRAUD, *op. cit.*, p. 333, Col. 3

l'intervention du juge. Il convient ici de mettre en évidence, point commun avec la matière contentieuse, que le juge en matière gracieuse est tenu par la loi d'intervenir. En outre l'article 4 du Code civil impose au juge de juger sous peine de déni de justice. Ces éléments sont de nature à assimiler ou confondre l'origine de l'intervention du juge en matière gracieuse et contentieuse. En effet tant dans l'une que dans l'autre des matières, l'intervention du juge résulte d'une obligation légale.

61. Par ailleurs, toujours suivant la lettre de l'article 25 CPC, la loi exige l'intervention du juge selon « *la nature de l'affaire* » et « *la qualité du requérant* ». Ainsi, « *le second élément qui caractérise la matière gracieuse est l'exigence légale d'un contrôle du juge* »<sup>236</sup>. Ce dernier peut être tenu d'exercer un contrôle de légalité ne serait-ce que pour vérifier l'exigence légale de son intervention. Dans ce cadre, le juge est tenu d'un contrôle d'opportunité, et participe, selon nous, à rapprocher les fonctions des juges en matière gracieuse et contentieuse. En effet, conformément aux dispositions du Code de procédure civile, le juge peut être tenu de contrôler l'opportunité d'une demande, et rejeter celle-ci s'il n'y reconnaît pas d'opportunité à la lumière des critères de la loi. Ainsi pour Jacques Héron, Thierry Le Bars et Karim Salhi « *la décision gracieuse repose toujours sur une vérification juridictionnelle, ainsi que l'indique expressément l'article 25 du nouveau Code* »<sup>237</sup>. Nous pouvons illustrer cela à travers différents exemples. Prenons celui de l'adoption, prévue à l'article 353 du Code civil. Cette disposition prévoit que « *l'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant, par le tribunal judiciaire qui vérifie [...] si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant* ». Conformément à ces dispositions, le juge peut ainsi refuser de prononcer une adoption s'il estime, par exemple, que celle-ci est contraire aux intérêts de l'enfant. En ce sens, on ne peut qu'acquiescer au point de vue exprimé par messieurs Héron, Le Bars et Salhi lorsqu'ils affirment qu'en exerçant cette prérogative, le juge effectue une vérification juridictionnelle puisque celui-ci vérifie effectivement, dans le cadre de son office, l'adéquation entre la mesure sollicitée et les prescriptions législatives. La solution rendue par la Cour d'appel de Bordeaux le 21 janvier 1988 au sujet d'une adoption par des grands-parents illustre cela. Dans cette affaire, les juridictions vont refuser d'accéder à la demande effectuée par des grands-parents d'adopter leur petit-fils. Pour justifier ce refus la Cour d'appel de Bordeaux se fonde notamment sur l'intérêt de l'enfant arguant qu'une telle adoption, faisant disparaître le lien de filiation vis-à-vis de sa mère, pourrait s'avérer contraire aux intérêts de l'enfant<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, p. 271, n° 322

<sup>237</sup> J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, p. 279, n° 333

<sup>238</sup> J. HAUSER, Dalloz, jurispr. gén., 1988, p. 453, note sous CA. Bordeaux, 21 janvier 1988

62. De ce point de vue, comme nous avons souhaité le démontrer, la vérification juridictionnelle constitue l'apanage de la fonction volitive donnant lieu à l'établissement d'un acte juridictionnel. En effet la vérification juridictionnelle constitue la concrétisation et la matérialisation des pouvoirs de dire le droit dont dispose le juge, auquel s'adjoint le pouvoir souverain d'appréciation du tiers instrumentaire, caractéristiques de la fonction volitive. Pour cela il est permis de penser, eu égard au pouvoir dont le tiers instrumentaire dispose en matière gracieuse et à la façon dont il le matérialise à travers la vérification juridictionnelle que la fonction attribuée par la loi au juge en matière gracieuse est de même nature, malgré l'absence de litige, que celle attribuée par la loi en matière contentieuse. Ainsi, et comme en matière contentieuse, « *le juge du gracieux n'est pas un juge inerte. Il est au contraire actif et ne se contente pas d'enregistrer l'accord qui lui est soumis* »<sup>239</sup>. On peut avec Charles Jarrosson affirmer que « *l'existence d'un litige n'est pas de l'essence de l'acte juridictionnel (...) dire le droit n'est pas forcément trancher un litige* »<sup>240</sup>. Ainsi en matière gracieuse le tiers instrumentaire exerce, comme en matière contentieuse, une fonction volitive dont il résulte un acte juridictionnel. Enfin, les sentences arbitrales peuvent également être intégrées à la catégorie des actes volitifs.

### 3. Les sentences arbitrales

63. Si nous appréhendons les actes de juridiction contentieuse et de juridiction gracieuse comme des actes juridictionnels eu égard à la fonction volitive jouée par le tiers instrumentaire, des interrogations demeurent, s'agissant notamment des sentences arbitrales. Les sentences arbitrales sont des actes particuliers en ce sens qu'ils sont, contrairement aux deux types d'actes évoqués précédemment, des actes privés<sup>241</sup>. En effet, s'agissant des sentences arbitrales, le tiers instrumentaire n'est pas une autorité publique, comme c'est le cas du juge en droit français intervenant tant en matière de juridiction contentieuse que de juridiction gracieuse. En ce sens les sentences arbitrales ne constituent pas des actes authentiques tels qu'ils ont été présentés<sup>242</sup>.

64. En droit interne l'arbitrage est régi par le livre quatrième du Code de procédure civile aux articles 1442 à 1527. Le dispositif législatif en la matière est élaboré et complet. Concernant les règles applicables à l'arbitrage le Code de procédure civile distingue l'arbitrage interne et l'arbitrage international. En effet le Code de procédure civile établit deux titres distincts.

<sup>239</sup> Y. STRICKLER, *op. cit.*, n° 55

<sup>240</sup> C. JARROSSON, *op. cit.*, p. 73, n° 138

<sup>241</sup> P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 557, n° 18

<sup>242</sup> V. *Supra*, p. 33 s., n° 35 s.

Le premier est relatif à l'arbitrage interne (Articles 1442 à 1503 CPC) et le second à l'arbitrage international (Articles 1504 à 1527 CPC). Les deux types d'arbitrages sont donc clairement distingués par le droit interne.

65. S'il existe une définition légale de la convention d'arbitrage ou de la sentence arbitrale, il n'existe pas de définition même de l'arbitrage<sup>243</sup>. La doctrine a donc pris soin d'apporter une définition à cette notion. Motulsky dès 1972 a défini l'arbitrage comme « *le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention* »<sup>244</sup>. Pour René David, « *L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée, et statuent sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission par l'État* »<sup>245</sup>. Enfin, spécialiste de l'arbitrage, le Professeur Jarrosson l'envisage comme « *l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci* »<sup>246</sup>.

66. Même si la littérature et le vocabulaire employés par les auteurs diffèrent, il ressort des définitions une communauté d'éléments permettant de dévoiler les critères essentiels à la qualification de l'arbitrage. Précisément trois critères communs aux différentes définitions semblent essentiels. Pour qualifier un arbitrage, il convient de constater la réalisation d'une convention, désignant une personne privée, dans l'objectif que cette dernière règle un litige opposant les auteurs de la convention. Pour autant certains auteurs, comme Jean-Baptiste Racine, n'identifient pas strictement les critères de l'arbitrage. En effet dans la conception qu'il retient, si certains critères s'avèrent primordiaux, aucun critère ne se suffit à lui-même pour qualifier un arbitrage. Pour réaliser cela, il s'agit plutôt de la technique du faisceau d'indices<sup>247</sup>. Il identifie alors différents critères qu'il s'avère pertinent de prendre en considération. Ainsi l'existence d'un litige, la mission juridictionnelle confiée à l'arbitre, la distinction des questions de fait et de droit dont seules les dernières relèvent de l'arbitrage, ou encore le caractère obligatoire de la sentence rendue par le tiers<sup>248</sup> comptent parmi ces critères les plus pertinents. Ce point de vue est à la fois partagé, et nuancé par le Professeur Jarrosson qui, dans sa thèse de doctorat, s'avère partisan du critère du

<sup>243</sup> J-B. RACINE, *op. cit.*, p. 3, n° 7

<sup>244</sup> H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes sur l'arbitrage*. Tome 2, Dalloz, 1974, p. 5

<sup>245</sup> R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris, 1982, p. 9

<sup>246</sup> C. JARROSSON, *op. cit.*, p. 372

<sup>247</sup> J-B. RACINE, *op. cit.*, p. 4, n° 9

<sup>248</sup> J-B. RACINE, *op. cit.*, p. 4 s., n° 10 s.



faisceau d'indices pour qualifier un arbitrage<sup>249</sup>. Toutefois, il tempère cette affirmation générale, puisque s'il concède que l'arbitrage s'identifie par un faisceau de critères, il estime que cette notion « *n'est pas incompatible avec une hiérarchie des critères. Certains critères que l'on appellera majeurs, bien qu'insuffisants à eux seuls, peuvent être plus importants que d'autres, qui ne sont que des critères d'appoint, c'est à dire des critères secondaires ou mineurs* »<sup>250</sup>.

67. Si les critères évoqués par les définitions doctrinales ne peuvent, de manière absolue, se suffire à eux-mêmes pour qualifier définitivement et sans doute un arbitrage, il semble que les critères mis en avant par ces dernières puissent être identifiés comme des « critères majeurs », c'est-à-dire des critères d'une particulière importance à la qualification d'un arbitrage. Ainsi la présence des trois critères évoqués œuvre en faveur de la reconnaissance et de la qualification d'un arbitrage, comme les différentes définitions retenues par la doctrine le démontrent. Toutefois, en cas de difficultés la mobilisation des critères mineurs permettra de lever tout doute persistant sur la qualification ou non d'arbitrage.

68. Concernant l'acte lui-même, c'est-à-dire la sentence arbitrale, les définitions retenues en droit interne et en droit international sont proches l'une de l'autre. Conformément aux articles 1478 et 1511 CPC le tribunal arbitral « *tranche le litige conformément aux règles de droit* ». Ce principe, s'il est dans l'un comme dans l'autre des cas atténué par des aménagements permettant, respectivement, au tribunal arbitral de statuer également en amiable composition ou conformément aux règles que les parties estiment appropriées, fonde dans le principe un rôle similaire à l'arbitre, que son intervention concerne un arbitrage interne ou un arbitrage international. L'arbitre est légalement tenu de trancher les litiges et dire le droit. Ainsi l'arbitre lorsqu'il rend un arbitrage opère sans conteste une vérification juridictionnelle que sa fonction lui impose. À l'image du juge étatique il fait œuvre d'un pouvoir de *jurisdictio*<sup>251</sup>. On peut ainsi dégager de l'arbitrage les mêmes conséquences que celles concernant les décisions contentieuses. Lors d'un arbitrage, l'arbitre rend un acte de nature juridictionnelle, traduisant *in fine* la fonction volitive ou mission juridictionnelle de celui-ci<sup>252</sup>. Il pourrait toutefois être opposé à cette affirmation que l'arbitre, comme le prévoit l'article 1478 CPC, et lorsqu'il statue en amiable composition, n'est pas systématiquement tenu de

<sup>249</sup> C. JARROSSON, *op. cit.*, p. 248, n° 512

<sup>250</sup> C. JARROSSON, *op. cit.*, p. 248, n° 513

<sup>251</sup> J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 5, n° 11

<sup>252</sup> H. MOTULSKY, *op. cit.*, spéc. n° 3 - G. CORNU, Le décret du 12 mai 1980 relatif à l'arbitrage. Présentation de la réforme, *Rev. arb.*, 1980, p. 585 s. - S. MANCIAUX, *op. cit.*, spéc. p. 34 - C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, p. 20, n° 14 - J. RUBELLIN-DEVICHI, L'arbitrage, nature juridique, Thèse, LGDJ, 1965, n° 307

dire le droit. Cela est vrai, dans une certaine mesure, puisque l'arbitre, même lorsqu'il statue en amiable compositeur est tenu de respecter les règles impératives<sup>253</sup>, participant encore à rapprocher l'activité juridictionnelle du juge en matière contentieuse et l'activité de l'arbitre.

69. Toutefois s'il rend un acte de nature juridictionnelle par la fonction volitive qu'il occupe, l'intervention de l'arbitre a, avant tout, une origine conventionnelle. En effet la juridiction arbitrale est volontaire, en ce sens que les parties s'accordent pour soustraire leur litige à la justice étatique. Ainsi l'intervention de l'arbitre est conditionnée à l'accord préalable des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage<sup>254</sup>.

À cet égard, il ressort que l'arbitrage a, élément faisant aujourd'hui consensus<sup>255</sup>, une nature juridique duale. En effet, si l'arbitre exerce incontestablement une mission juridictionnelle, celle-ci a une origine conventionnelle. L'arbitrage se trouve ainsi à mi-chemin entre le contractuel et le juridictionnel<sup>256</sup>.

70. Comme il vient d'être vu, si l'arbitrage a une nature juridique duale, l'arbitre pour l'exercice de sa mission dispose de compétences proches du juge étatique assurant sa fonction en matière contentieuse. Après s'être vu confier cette tâche par les parties, il assure une fonction volitive consistant à dire le droit, et bénéficie pour cela d'un pouvoir d'appréciation. Ainsi la sentence que rend l'arbitre est un acte de nature juridictionnelle. Les parties, pour les mêmes raisons que les actes rendus en matières contentieuses<sup>257</sup> tiennent donc directement leurs droits de la proclamation réalisée par l'arbitre dans sa sentence. En ce sens, de la même manière que les décisions étatiques contentieuses, l'arbitrage entraîne une modification substantielle des droits des parties. La sentence constitue, sauf recours éventuel, la norme dont les parties tiennent désormais leurs droits substantiels. Les attributs attachés par la loi aux sentences arbitrales<sup>258</sup> participent à renforcer cette norme.

Ainsi, les sentences arbitrales sont le fruit de l'activité juridictionnelle de l'arbitre, personne privée, exerçant une fonction volitive. Ce dernier, au regard des prétentions des parties, tranche un litige et concrétise une règle juridique générale et abstraite, hypothétique et permanente, ayant vocation

---

<sup>253</sup> Paris, 10 mars 1995 : Rev. Arb., 1996, p. 143 s., obs. Y. Derains

<sup>254</sup> Article 1442 CPC concernant l'arbitrage interne et articles 1507 et suivants concernant l'arbitrage international

<sup>255</sup> C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, p. 22, n° 15

<sup>256</sup> P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 14, n° 11

<sup>257</sup> V. *Supra*, p. 41 s., n° 51 s.

<sup>258</sup> V. *Infra*, p. 100, n° 145

à produire ses effets. En ce sens, les sentences arbitrales sont susceptibles d'entraîner une modification des droits des parties, et ainsi de l'ordonnancement juridique.

71. Il ressort de nos développements qu'un lien intime unit la fonction volitive à la nature juridictionnelle d'un acte. Il apparaît que ce lien réside dans les pouvoirs reconnus au tiers instrumentaire. En effet, si l'on peut affirmer que celui-ci assure une fonction volitive, c'est parce qu'il dispose non seulement et bien évidemment d'un pouvoir d'appréciation pour réaliser sa mission, mais en plus et surtout du pouvoir de dire le droit, ou pouvoir de *jurisdictio*, reconnu tant par le droit positif que par la doctrine<sup>259</sup>. Dans le cadre de la fonction qui lui est confiée l'arbitre est tenu de trancher un litige. L'arbitrage entraîne ainsi la réalisation d'un acte de nature juridictionnelle.

72. Il est permis de penser que les actes de juridictions contentieuses, les actes de juridictions gracieuses et les sentences arbitrales entrent dans ce schéma. En effet, pour ces trois types d'actes juridiques une fonction volitive est assurée par le tiers instrumentaire. La qualification de la fonction s'appréciant, comme les présents développements ont souhaité le démontrer, au regard des pouvoirs détenus par l'autorité, il s'agit en l'occurrence et pour chacun des actes traités d'un pouvoir de *jurisdictio* et d'un pouvoir d'appréciation. Toutefois, la fonction volitive, donnant ses caractères et ainsi sa nature à un acte ne représente pas l'ensemble des fonctions pouvant être confiées à un tiers qui instrumente un acte juridique. Afin d'apprécier cette diversité il convient de mettre en avant les autres fonctions que peut être tenu d'assurer un tiers instrumentaire, en commençant par la fonction constatative.

## B. La fonction constatative

73. Il convient de présenter la fonction (1) avant de déterminer les actes susceptibles de relever de celle-ci (2).

### 1. Présentation de la fonction

74. Le terme autant que la fonction ont été mis en avant par Charalambos Pamboukis dans sa thèse de doctorat<sup>260</sup>. Le terme « constatatif » employé par monsieur Pamboukis dans sa thèse pour déterminer le rôle joué par le tiers instrumentaire provient du verbe constater. La

<sup>259</sup> T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 83

<sup>260</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 202 s., spéc. p. 224, n° 342

fonction constatative relève donc de l'action de constater. Juridiquement, le verbe « constater » se définit comme le fait de « *faire une constatation ; tenir pour établi ; admettre un fait comme certain pour l'avoir soi-même observé* [...] »<sup>261</sup>. Pour mieux comprendre en quoi consiste donc cette activité il convient de déterminer et définir également ce en quoi consiste le fait de « *faire une constatation* ». La constatation est vue comme « *l'opération intellectuelle consistant, pour une personne, à relever l'existence d'un fait ou à caractériser en personne aussi objectivement que possible une situation de fait* [...] »<sup>262</sup>. Il s'agit donc de l'action consistant à relever l'existence d'un fait ou à caractériser personnellement une situation de fait.

75. S'agissant de faits ou de situations de faits, la classification des actes dans cette catégorie se réalise, *a priori*<sup>263</sup>, par la présence ou l'absence de manifestation de volonté de la part des parties à l'acte juridique<sup>264</sup>. En l'occurrence, seront intégrés à cette catégorie les actes dépourvus de manifestation de volonté de la part des personnes privées. En effet, la fonction constatative consiste à relever l'existence d'un fait ou d'une situation de fait, et non pas à recevoir une manifestation de volonté, élément caractéristique, non pas du fait juridique, mais de l'acte juridique. Ainsi, seuls les faits juridiques dépourvus de manifestation de volonté de la part des individus au rapport juridique seront susceptibles d'être intégrés dans cette catégorie.

76. Une nouvelle fois, la nature de l'acte sera donc à même de traduire la fonction assurée par le tiers instrumentaire intervenant lors de la réalisation d'un rapport juridique. Celui-ci est chargée de constater un évènement<sup>265</sup> et se borne à exercer une fonction certifiante<sup>266</sup>. Pour ces raisons nous parlons également de fonction « constatative » concernant le rôle joué par le tiers intervenant dans la réalisation d'un rapport juridique lié à la survenance d'un évènement, qui n'aura pas nécessairement été voulu par les individus, mais entraînant des conséquences juridiques.

77. Ainsi, tant le choix du terme par Charalambos Pamboukis que la fonction assurée par le tiers au rapport juridique, ainsi que les actes susceptibles d'être inclus dans cette catégorie apparaissent plus clairs. Suite à l'orientation prise par notre démonstration nous adhérons, sur ce point, et en accord avec la doctrine du Professeur Callé, à l'idée d'intégrer dans cette catégorie les actes ayant principalement pour objet de constater, relater et certifier des faits juridiques. Ainsi les

---

<sup>261</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 2020 (13<sup>ème</sup> édition mise à jour), p. 246

<sup>262</sup> G. CORNU, *op. cit.*, p. 246

<sup>263</sup> V. *Infra*, p. 56 s., n° 81

<sup>264</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 202, n° 301 - C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 235, n° 287

<sup>265</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 204, n° 303

<sup>266</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 202, n° 301

actes de naissance et de décès entrent sans conteste dans cette catégorie mise en avant par l'auteur<sup>267</sup>. En effet, ces actes relèvent, en principe, de la réalisation des faits juridiques que représentent la naissance et le décès<sup>268</sup>.

78. Concernant l'*instrumentum*, certains auteurs reconnaissent plus volontiers une fonction certifiante que constatative au tiers instrumentaire qui intervient pour l'établissement de la situation juridique. Ainsi le Professeur Bidaud explique que concernant les naissances et les décès, le changement d'état ne résulte pas de l'acte lui-même, mais de la réunion de conditions généralement plus médicales que juridiques. Par exemple, c'est de la naissance d'un enfant vivant et viable que découle la personnalité juridique et non de sa constatation par l'officier d'état civil<sup>269</sup>. Toutefois, la fonction certifiante et constatative ne nous semblent pas si éloignées. Au contraire elles sont très imbriquées. Il est vrai, comme l'indique le Professeur Bidaud, que la personnalité juridique ne résulte pas de la constatation, toutefois il nous semble que celle-ci s'avère fondamentale non seulement pour relater et certifier la réalité des faits qui sont présentés mais également pour établir l'état de la personne. De ce point de vue, il est nécessaire qu'une naissance ou un décès soit porté à la connaissance de l'Etat<sup>270</sup>. Il semble que l'objectif poursuivi par la nécessité de porter à la connaissance de l'Etat les faits juridiques comme les naissances ou les décès, consiste à permettre à celui-ci, par le prisme de ses officiers d'état civil, d'être informé de la réalisation d'un fait juridique. Partant, si ce fait juridique s'est effectivement réalisé et est constaté par l'officier d'état civil, celui-ci établit un acte, *instrumentum*, qui en certifie la réalité. Ainsi, et comme l'envisage le Professeur Bidaud, en dehors de toute déclaration permettant à l'officier de constater la réalité des faits, l'état de la personne n'existe pas juridiquement<sup>271</sup>. Il apparaît alors que la certification dépend intimement de la constatation préalable.

Il nous semble donc que la constatation de la réalisation d'un fait juridique avant l'établissement de l'acte en certifiant la réalité est caractéristique de la fonction assurée par les tiers intervenant dans la réalisation de la situation juridique, en l'espèce l'officier d'état civil.

79. La classification proposée par le Professeur Pamboukis dans sa thèse semble néanmoins renfermer quelques contradictions. Comme le met justement en avant madame Bidaud, la distinction entre les différents actes juridiques ne semble pas toujours aisée pour l'auteur de la

---

<sup>267</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 182, n° 354

<sup>268</sup> V. *Infra*, p. 62 s., n° 91 s.

<sup>269</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 258, n° 314

<sup>270</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 250, n° 304.

<sup>271</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 250, n° 304

proposition lui-même<sup>272</sup>. Il ne semble pas tirer les conséquences des distinctions qu'il propose, puisqu'en effet concernant les actes d'état civil, il semble intégrer l'ensemble de ceux-ci au sein de la catégorie des actes constatatifs<sup>273</sup>.

80. Monsieur Pamboukis intègre l'ensemble de actes d'état civil, sans même distinguer l'existence ou non d'une manifestation de volonté de la part des individus pour la réalisation d'une situation juridique. L'auteur ne distingue par la source génératrice du rapport juridique. Cette source (acte juridique ou fait juridique) semble pourtant primordiale dans l'objectif de classification des actes juridiques telle que proposée par le spécialiste<sup>274</sup>. En accord avec les professeurs Bidaud et Callé, il est possible d'affirmer que l'absence de distinction, de la part de l'auteur, aboutit à une proposition surprenante car contenant certains contresens avec sa proposition<sup>275</sup>.

81. Par ailleurs le Professeur Bidaud relève qu'il n'est pas aisé de distinguer suivant la manifestation de volonté. Elle expose qu'il serait peut-être plus favorable de distinguer non suivant la présence ou l'absence de manifestation de volonté, mais plutôt suivant les notions d'actes impliquant ou non un acte juridique au sens de *negotium*. La présence d'un acte juridique s'avérerait systématiquement révélatrice de la volonté d'établir un lien juridique et serait donc exclusive de la catégorie présentée. En revanche assurerait une fonction constatative l'officier public ou assimilé instrumentant un acte pouvant survenir par la volonté des intéressés ou par accident. Celui-ci serait donc considéré comme un acte constatatif<sup>276</sup>. Madame Bidaud met en avant, à l'appui de sa proposition, l'ensemble des réglementations concernant tant les naissances avec la contraception, les interruptions volontaires de grossesses ou les procréations médicalement assistées, que les décès notamment au regard de certaines règles étrangères en matière d'euthanasie. Ceux-ci ne sont pas systématiquement dépourvus de manifestation de volonté<sup>277</sup>. Pour ces raisons, il semble, sur ce point, extrêmement judicieux de distinguer suivant la réalisation ou non d'un *negotium* juridique plutôt que suivant la manifestation ou l'absence de manifestation de volonté. En effet, la réalisation d'un *negotium* juridique serait un marqueur systématique de la volonté d'établir un lien juridique, se distinguant des « évènements » intervenus volontairement ou non. Dans le cadre de notre travail nous nous fonderons sur cette conception du *negotium*, en tant qu'acte juridique. Ce qui n'empêche

---

<sup>272</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 236, n° 288

<sup>273</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 26, n°27, p. 203, n° 303

<sup>274</sup> V. à ce sujet C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 239 s., n° 292

<sup>275</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 236, n° 288 - P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 190, n° 373

<sup>276</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 241, n° 293

<sup>277</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 240, n° 293

bien évidemment pas les actes provenant d'un « évènement » ou d'un fait juridique de disposer également d'un contenu. Les actes constatatifs ne sont pas des coquilles vides. Ils relatent des évènements et établissent des éléments.

## 2. Détermination des actes constatatifs.

82. Pour éviter les difficultés liées à une classification des actes selon leur nature, telles que celles rencontrées par Charalambos Pamboukis dans ses travaux de thèse, il convient d'envisager à présent les actes juridiques pouvant être intégrés à la catégorie des actes constatatifs, traduisant la fonction jouée par le tiers instrumentaire intervenu lors de la constitution du rapport juridique. Sans surprise, il nous semble que certains actes de l'état civil donnent lieu à la réalisation d'un acte juridique au sens d'*instrumentum*, n'impliquant pas d'acte juridique au sens de *negotium*. Ces critères correspondent à ceux retenus concernant la détermination des actes constatatifs. Il convient donc de déterminer quels sont les actes d'état civil dépourvus de *negotium* juridique impliquant une fonction constatative certifiante de la part du tiers instrumentaire. Cette tâche nous permettra d'identifier les actes que nous considérons comme faisant partie de la catégorie des actes constatatifs. Cependant, avant cela, il s'agit de déterminer ce que sont les actes d'état civil. Une fois cette tâche réalisée, il sera possible de déterminer lesquels d'entre eux sont susceptibles d'entrer dans la catégorie présentée.

83. Les actes d'état civil jalonnent la vie des personnes privées de leur naissance à leur mort. Ils traduisent les bonheurs et malheurs de la vie privée et reflètent les choix personnels des individus<sup>278</sup>. Dans un sens large et par opposition aux droit politiques, l'état civil désigne la situation de la personne en droit privé de la naissance à la mort. De ce point de vue un certain nombre d'éléments différencient chaque personne au plan de la jouissance et de l'exercice des droits civils : la nationalité, la filiation, le nom, le mariage, le prénom, le domicile, la capacité, le sexe...<sup>279</sup> Ils jouent un rôle fondamental dans la garantie du principe de permanence de l'état des personnes et permettent aux individus d'établir leur état mais également leur identité<sup>280</sup>. En droit interne l'Instruction générale relative à l'état civil (IGREC), périodiquement mise à jour, constitue une

<sup>278</sup> C. BIDAUD-GARON, Fasc. 544 : ÉTAT CIVIL. – Autorités compétentes. – Loi applicable. – Réception des actes étrangers en France [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 3 novembre 2018], 15 février 2008, Lexis360, n° 1

<sup>279</sup> Y. FAVIER, Actes de l'état civil [en ligne], Répertoire de droit civil [Consulté le 10 décembre 2020], novembre 2020, Dalloz, n° 1

<sup>280</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, n° 2

véritable bible en matière d'état civil. Elle est à destination des personnels administratifs chargés de la rédaction des actes de l'état civil, de plus en plus nombreux et complexes<sup>281</sup>.

84. Il faut immédiatement mettre en avant le point suivant lequel chaque Etat souverain dispose de sa propre conception de l'état civil et de l'établissement des actes d'état civil. Celle-ci est généralement liée à l'histoire du pays concerné. Cela permet de comprendre et d'expliquer qu'encore aujourd'hui, certains Etats confient tout ou partie des fonctions liées à l'état civil à des autorités religieuses, comme Israël par exemple<sup>282</sup>. Ainsi, le fait pour un Etat de confier les fonctions d'état civil à des autorités religieuses ou à un service public de l'état civil mis en place par ses soins dépend étroitement des conceptions sociales, politiques, religieuses de ce dernier. Toutefois que ces fonctions soient attribuées à des officiers civils ou religieux, il existe, de manière générale, un dénominateur commun à l'ensemble des Etats. Ce dénominateur commun réside dans le fait qu'aujourd'hui presque tous les pays du monde ont mis en place un procédé officiel de constatation des événements concernant l'état des personnes qui viennent à se produire sur leur territoire, même si dans certains pays l'existence d'un service de l'état civil est relativement récent<sup>283</sup>. Les actes de l'état civil qui en résultent sont ainsi destinés à assurer la preuve de ces événements<sup>284</sup>. Il convient alors, afin de pouvoir les identifier, de déterminer ce que sont les actes d'état civil. Si l'ensemble des Etats ont mis en place un procédé de constatation officiel des événements intéressant l'état civil, les actes susceptibles d'entrer dans cette catégorie peuvent varier d'un Etat à l'autre. A ce titre, et contrairement à l'ordre juridique français certains Etats comme les Pays-Bas, la Finlande, le Danemark ou encore la Suède considèrent par exemple les partenariats enregistrés comme des actes d'état civil<sup>285</sup>. Ainsi la qualification de l'acte étranger en question, par le for, se révèle fondamentale en droit international. De cette dernière dépendra la classification ou non de l'acte étranger dans la catégorie des actes d'état civil.

85. Il est établi qu'en droit français les actes d'état civil sont des « *actes écrits destinés à constater les événements les plus marquants de la vie des personnes (naissance, mariage, décès, etc.) qui sont dressés sur des registres à partir des déclarations faites par les comparants à l'autorité publique (dans chaque commune*

<sup>281</sup> Y. FAVIER, *op. cit.*, n° 5

<sup>282</sup> C. BIDAUD-GARON, L'état civil en droit international privé, *op. cit.*, p. 13, n° 4

<sup>283</sup> A. CAMUZAT, La force probante des actes de l'état civil étrangers, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 311 s., spéc. p. 312, n° 241

<sup>284</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 197, n° 232

<sup>285</sup> A. DEVERS, Le concubinage en droit international privé, Thèse, LGDJ, 2004, Préface de H. Fulchiron, n°185 s., spéc. n° 188



*l'officier de l'état civil chargé de les recevoir, de les diriger, de les signer et de les conserver), soit comme actes originaires principaux (acte de naissance, de mariage, de décès), soit sous forme de mention en marge des précédents (reconnaissance d'enfant naturel, jugement de divorce) dont les mentions légalement déterminées varient d'un acte à l'autre et qui sont dotés d'une force probante variable (authenticité des énonciations vérifiées par l'officier d'état civil ; preuve contraire libre pour les autres) et d'une certaine publicité [...] »<sup>286</sup>. Les actes de l'état civil sont donc des actes prépondérants dans la garantie du principe de permanence de l'état des personnes. Ils permettent d'établir son identité et plus encore d'être reconnu comme sujet de droit<sup>287</sup>. Les actes d'état civil sont le mode de preuve par excellence de l'état des personnes<sup>288</sup>.*

86. Concernant les actes d'état civil pouvant être établis sur le sol français, en accord avec le droit positif et la doctrine, il est possible d'affirmer qu'ils sont au nombre de quatre. En effet, à la lecture du titre second du Code civil il est possible de recenser les quatre types d'actes d'état civil existant en droit positif français que sont : l'acte de naissance, l'acte de reconnaissance d'enfant naturel, l'acte de mariage et l'acte de décès. Au titre de l'article 79-1 du même code, à ces actes peuvent être ajoutés les actes d'enfant sans vie<sup>289</sup>. À cet égard, nous pouvons dès à présent relever que les officiers d'état civil sont des autorités particulières puisqu'elles peuvent exercer deux types de missions. Ils dressent des actes (*instrumentum*) dépourvus d'acte juridique lorsqu'ils instrumentent des naissances ou des décès. En revanche, ils dressent des actes (*instrumentum*) impliquant un acte juridique (*negotium*) lorsqu'ils instrumentent des mariages ou des reconnaissances volontaires d'enfants<sup>290</sup>. Cet élément est capital dans le cadre d'une classification fondée sur la nature des actes, et déterminée par la fonction assurée par le tiers intervenant lors de la réalisation d'une situation juridique. Enfin il s'agit, concernant les actes d'état civil tels qu'ils sont appréhendés par l'ordre juridique français, d'apporter une précision d'importance. Les officiers d'état civil ne sont pas les seules autorités compétentes en matière d'état civil. En effet, les magistrats peuvent aussi intervenir dans cette matière par le biais de jugements supplétifs, déclaratifs et rectificatifs ou d'annulation des actes d'état civil<sup>291</sup>.

87. Cette présentation a permis de mettre en exergue non seulement ce que représente, en droit positif, un acte d'état civil en droit interne. Mais plus encore, découlant de ces conceptions,

<sup>286</sup> G. CORNU, *op. cit.*, p. 419

<sup>287</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 15, n° 6

<sup>288</sup> A. CAMUZAT, *op. cit.*, spéc. p. 311, n° 240

<sup>289</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 133, n° 150

<sup>290</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 63, n° 67 - V. *Infra*, p. 67 s., n° 100

<sup>291</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 18, n° 11

cette présentation aura également permis de déterminer et mettre en évidence les actes d'état civil susceptibles d'être établis sur le sol français. Toutefois en droit comparé les actes intégrés dans la catégorie des « actes d'état civil » sont susceptibles de différer sensiblement d'un ordre juridique à l'autre. L'exemple des partenariats enregistrés est, à cet égard, particulièrement édifiant. Les exemples pourraient être multipliés. Dans une étude de droit international privé traitant de la circulation des actes cela pose toutefois une problématique. S'agissant de la réception en France d'actes étrangers, et puisque la catégorie des actes d'état civil est susceptible de différer suivant les ordres juridiques nationaux, quels seront ceux susceptibles d'être considérés par le for de reconnaissance comme des actes d'état civil ? Pour être plus clair, quels seront les actes étrangers qui seront appréhendés et qualifiés par le for français comme des actes d'état civil ?

88. La réponse à cette question a été apportée par la jurisprudence de la Cour de cassation dans un arrêt « *Subami C. Venture* » de 1983<sup>292</sup>. À cette occasion la cour donne la définition des documents devant être considérés comme des actes d'état civil, plus particulièrement s'agissant d'actes dressés à l'étranger. La haute juridiction précise que « *l'acte d'état civil est un écrit dans lequel l'autorité publique constate de manière authentique, un évènement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes* ». Depuis la jurisprudence *Subami*, pour être considéré comme un acte d'état civil, l'acte étranger doit tout d'abord et non seulement se rapporter à un évènement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes, mais doit également avoir été constaté de manière authentique. À cet égard, pour qualifier un acte étranger d'acte de l'état civil, il semble que la jurisprudence « *Suhami* » invite à rechercher une équivalence entre l'acte d'état civil français et l'acte étranger. Par ailleurs cette équivalence relève tant de l' « évènement » intéressant l'état civil que de la forme que doit revêtir l'acte étranger<sup>293</sup>.

89. Il convient de préciser ce que l'on doit entendre par « évènement ». Ce terme ne doit pas se limiter aux seules naissances et décès relevant des faits juridiques. Ces derniers constituent inévitablement des évènements intéressant l'état des personnes. Cependant, la logique commande d'intégrer également les mariages et les reconnaissances de filiations qui pour leur part ne sont pas des faits mais des actes juridiques, et qui pourraient ne pas correspondre au vocable « évènement » employé par la Cour de cassation. Toutefois, en droit interne les actes de mariage et les reconnaissances de filiation sont intégrés à la catégorie des actes d'état civil ; il n'y a donc pas

<sup>292</sup> Civ. 1re, 14 juin 1983, *Subami C. Venture* : Rev. crit. Dip, 1984, p. 316, note B. Ancel

<sup>293</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 221, n° 266

de raisons de les exclure pour les actes étrangers<sup>294</sup>. Concernant le premier critère dégagé pour déterminer si un acte étranger doit être considéré, ou non, comme un acte état civil, la jurisprudence *Subami* évoque un « événement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes ». C'est sur ce premier point que la cour invite, au regard des événements donnant lieu en droit interne à la réalisation d'acte d'état civil, à une recherche d'équivalence concernant l'évènement ayant donné lieu à la réalisation d'un acte à l'étranger. L'identification limitée en droit interne des actes faisant partie de la catégorie des actes d'état civil permet de mettre en évidence l'importance, à ce stade, de l'étape de qualification lors de la réception d'un acte étranger. En l'occurrence, de cette étape dépendra l'intégration ou non de l'acte étranger dans la catégorie des actes d'état civil connus du for requis. L'étape de qualification s'avère donc être une étape décisive. Ainsi concernant l'équivalence des « événements », seuls ceux qui auront fait l'objet d'un acte, assimilés à un acte de naissance, de mariage, de reconnaissance de filiation ou de décès, pourront se voir qualifier d'actes de l'état civil par le droit interne. C'est cette solution qui a été retenue et mise en œuvre par les juridictions du fond<sup>295</sup>. Toutefois à l'occasion de l'étape de qualification, celle-ci s'attache à l'évènement relaté dans l'acte étranger et non pas à la dénomination retenue par celui-ci. Ainsi a par exemple pu être reconnu comme valant acte de naissance un « acte de baptême »<sup>296</sup>. Enfin, pour conclure sur ce point, et conformément au principe du droit international privé en vigueur, la qualification s'effectue *lege fori*<sup>297</sup>.

90. S'agissant de l'équivalence des formes, qu'évoque également la jurisprudence *Subami*, ce critère semble, après l'équivalence des événements, former pour la Cour de cassation le deuxième critère nécessaire à la qualification d'acte d'état civil d'un acte étranger. La condition, retenue par l'arrêt « *Subami* », du caractère public de l'autorité ayant établi l'acte, est empreinte d'une hégémonie juridique française injustifiée. Il apparaît de ce point de vue souhaitable de s'en tenir à la formulation de principe suivant laquelle la loi étrangère est la seule compétente pour déterminer les autorités habilitées à établir les actes de l'état civil plutôt que d'ajouter l'exigence d'une autorité publique<sup>298</sup>. Il semble que cette solution soit celle retenue par la jurisprudence elle-même, qui s'écartant des critères strictement posés par la jurisprudence *Subami*, ne semble jamais

<sup>294</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 222, n° 267

<sup>295</sup> Instruction générale relative à l'état civil, Les éditions des journaux officiels, 2003, Titre IV - Chapitre 1er - Section 1, p. 2, n° 486-3

<sup>296</sup> Instruction générale relative à l'état civil, Les éditions des journaux officiels, 2003, Titre IV - Chapitre 1er - Section 1 - Sous-section 1, p. 2, n° 487

<sup>297</sup> Civ. 1re, 22 juin 1955, *Caraslanis* - B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 2006 (5<sup>ème</sup> édition), p. 245, n° 27

<sup>298</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 228, n° 275

avoir refusé la qualification d'acte d'état civil à un document étranger en raison de la nature de l'autorité l'ayant établi<sup>299</sup>. Ainsi pour la qualification d'actes d'état civil des actes étrangers le droit interne s'attache davantage à l'évènement en cause qu'à l'authenticité formelle de ce dernier. Cependant il convient de déterminer lesquels parmi ces actes d'état civil doivent être considérés comme des actes constatatifs. Pour cela nous raisonnons, une nouvelle fois, conformément aux dispositions du droit interne.

91. Comme on l'évoquait, il semble que les actes de naissance et de décès, dépourvus de *negotium* juridique, doivent être intégrés dans la catégorie des actes constatatifs. En revanche les actes de mariage et de reconnaissance volontaire de filiation, requérant pour leur part la réalisation d'un acte juridique, *negotium*, ne correspondent pas à la définition retenue de l'acte constatatif et doivent ainsi être exclus de cette catégorie<sup>300</sup>. Les actes de naissance et de décès sont, comme l'ensemble des actes d'état civil, régis par le Titre second du Livre premier du Code civil. Spécialement, les premiers sont régis par les articles 55 et suivants, les seconds par les articles 78 et suivants.

92. L'acte de naissance est un acte qui résulte de la naissance d'un enfant né vivant et viable. Si la naissance d'un enfant résulte, sans aucun doute, le plus souvent, d'une volonté parentale, il n'en est pas toujours ainsi. Il arrive parfois en effet qu'une naissance n'ait pas été initialement prévue par les futurs parents. Certes, l'avortement est aujourd'hui un droit en droit interne. Toutefois, on ne peut éluder le fait que tout d'abord l'acte d'avortement est un acte important que certaines personnes se refuseront d'accomplir. Par ailleurs l'avortement ne constitue pas systématiquement un droit en droit comparé. Il s'agit donc de prendre en considération le fait que la naissance puisse certes résulter d'une situation volontaire, prévue par les futurs parents, mais qu'elle puisse aussi résulter d'une absence de volonté initiale de ces derniers lors de la conception de l'enfant. Cela est compréhensible dans la mesure où la naissance résulte d'un fait matériel ou plus précisément d'un fait naturel, ce qui entraîne sa classification parmi les faits juridiques. Les faits juridiques sont généralement définis comme des « *faits quelconques (agissements intentionnels ou non de l'homme, évènement social, phénomène de la nature, fait matériel) [...] auxquels la loi attache une conséquence juridique [...] qui n'ont pas nécessairement été recherchée par l'auteur du fait* »<sup>301</sup>. L'acte de naissance a justement pour objectif de relater le fait juridique que constitue la naissance. En ce sens l'acte de

---

<sup>299</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 229, n° 276

<sup>300</sup> V. *Infra*, p. 77 s., n° 118 s.

<sup>301</sup> G. CORNU, *op. cit.*, p. 444

naissance, relatant un fait juridique, est un acte dépourvu de *negotium* juridique. En effet la réalisation d'un *negotium* juridique constitue le marqueur incontestable de la volonté des auteurs de l'acte et ainsi de l'acte juridique. Cependant la naissance est un fait juridique qui doit être l'objet de l'établissement d'un acte, l'acte de naissance.

93. La déclaration de naissance doit, conformément à l'article 55 du Code civil, être effectuée dans les cinq jours suivant l'accouchement. Le jour de naissance n'est pas compris dans le délai des cinq jours. Selon le même article la déclaration de naissance doit s'effectuer auprès de l'officier d'état civil de la mairie du lieu de naissance de l'enfant. L'acte de naissance relate l'évènement, le situe dans l'espace, dans le temps et dans la famille<sup>302</sup>. Ainsi l'acte est tenu de mentionner la date et l'heure de la naissance, le lieu de naissance, la désignation de l'enfant, le sexe, la filiation et enfin la date et heure de la déclaration et, le cas échéant, le nom du déclarant (Article 57 du Code civil). La lecture de l'article 34 du Code civil, commun à l'ensemble des actes d'état civil, informe de la nécessité de mentionner également l'identité de l'officier d'état civil instrumentant l'acte de naissance. Conformément au paragraphe 109 de l'IGREC, celui-ci peut être le maire, mais également l'un de ses adjoints ou un conseiller municipal délégué, *etc...*<sup>303</sup>. Concernant la filiation, depuis l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, l'article 311-25 du Code civil prévoit que le nom de la mère porté dans l'acte de naissance établit la filiation à son égard. Concernant l'établissement de la filiation à l'égard du père le code prévoit une présomption de paternité du mari lors de la déclaration de naissance (Article 312 du Code civil). En revanche si les parents ne sont pas mariés il convient pour le père d'effectuer une déclaration de reconnaissance de paternité (Article 316 du Code civil). Toutefois, la reconnaissance de paternité est, contrairement à la naissance, un véritable acte juridique<sup>304</sup>. Si l'acte de naissance est réalisé dans l'objectif de relater et certifier un fait juridique que constitue la venue au monde d'une nouvelle personnalité juridique, il en est autrement pour l'acte de décès qui a lui l'objectif contraire, c'est-à-dire de relater et certifier la fin de la personnalité juridique d'une personne physique.

94. Tout comme la naissance, le décès peut résulter d'un fait volontaire. Toutefois le décès peut lui aussi certainement résulter d'un fait naturel (maladie, mort naturelle, *etc...*) ou encore

---

<sup>302</sup> M. QUIDELLEUR et M. GUARINOS, Questions/ Réponses. Etat civil, Berger-Levrault, 2016 (5ème édition), p. 37, n° 6

<sup>303</sup> Instruction générale relative à l'état civil, Les éditions des journaux officiels, 2003, Titre 2 - Chapitre 1er - Section 3, p. 1, n° 109

<sup>304</sup> V. *Infra*, p. 80 s., n° 122 s.

d'un fait matériel extérieur (accident, homicide, *etc.*). Ainsi le décès, tout comme la naissance, ne résulte pas systématiquement d'un acte volontaire. En ce sens le décès s'apparente également à un fait juridique nécessitant l'établissement d'un acte permettant de relater la réalisation du fait juridique que constitue le décès : l'acte de décès. Il est tenu de relater et certifier le décès d'une personne. Relatant un fait juridique, l'acte de décès s'apparente donc lui aussi à un *instrumentum* dépourvu de *negotium* juridique. Le décès ne résultant pas systématiquement d'une manifestation de volonté, l'acte qui en résulte est dépourvu de *negotium* juridique. Suivant le droit interne, l'acte de décès doit être dressé par l'officier d'état civil du lieu où la mort est survenue (Article 78 du Code civil) et se doit de satisfaire à des mentions obligatoires, telles que le jour, l'heure et le lieu du décès, les prénoms, nom, date et lieu de naissance, profession et domicile de la personne décédée, les prénoms, noms professions et domiciles de ses père et mère, *etc.*. L'ensemble des mentions obligatoires à porter à l'acte de décès sont précisées par les dispositions de l'article 79 du Code civil. Enfin précisons que concernant tant les actes de naissance que de décès, les règles attribuant compétence à l'officier d'état civil du lieu où est survenu l'évènement sont qualifiées de lois de police. Elles sont donc impératives.

95. Ainsi, il semble que les actes de naissance et de décès qui viennent d'être présentés, découlant d'un fait juridique et dépourvus de *negotium* juridique, entrent sans difficulté dans le schéma des actes constatatifs. Cette détermination découle de la fonction constatative et certifiante exercée par le tiers au rapport juridique lors de la réalisation de celui-ci. Cette fonction est exercée par l'officier d'état civil qui est, dans le cadre du droit interne, un officier public. Cependant, il est tout à fait concevable en droit comparé que celle-ci soit exercée par une personne privée, une autorité religieuse, *etc.*... compétente suivant un ordre juridique étranger.

96. Si, comme l'objet des présents développements ont souhaité le démontrer, l'attribution d'une fonction constatative au tiers instrumentaire semble pertinente, il convient de préciser que cela ne semble pas être le cas pour l'ensemble de la doctrine. En effet, concernant spécifiquement les actes présentés, le Professeur Bidaud reconnaît volontiers une fonction volitive au tiers instrumentaire intervenue dans la réalisation du rapport juridique<sup>305</sup>. Pour cela, il convient d'établir le rôle assuré par l'officier, afin de déterminer la nature de l'acte en présence<sup>306</sup>. Suivant l'auteur, concernant les actes d'état civil dépourvus de *negotium* juridique que sont les actes de naissance et de décès, l'officier dispose d'un rôle volitif. En effet, lors de l'élaboration de l'acte et

<sup>305</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 262 s., n° 319 s.

<sup>306</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 20, n° 13

de l'enregistrement de la naissance, par exemple, l'officier d'état civil devra se livrer à l'appréciation juridique de la situation et déterminer le droit applicable au fond. En présence d'un enfant étranger, il devra notamment rattacher la question de la détermination du nom à la loi nationale de l'enfant conformément à l'article 3 du Code civil. Ainsi, le nom que portera l'enfant dépendra fortement de l'appréciation qu'aura eu l'officier d'état civil. Au service de sa démonstration, le Professeur Bidaud met en avant le pouvoir d'appréciation dont dispose l'officier d'état civil. Ce pouvoir, comme on l'a évoqué<sup>307</sup>, appartient sans conteste aux tiers instrumentaires assurant une fonction volitive. Toutefois, ce pouvoir n'est pas le seul dont les autorités exerçant une fonction volitive disposent. En effet, il a souhaité être démontré que le pouvoir caractéristique dont dispose l'autorité qui assure une mission volitive, est un pouvoir de *jurisdictio*, lui permettant de, non seulement porter une appréciation sur la situation, mais également dire le droit. Pour cela, l'autorité dispose de la faculté, souvent même de l'obligation, d'effectuer une vérification juridictionnelle qui matérialise l'exercice de ses pouvoirs. Or, prenant appui sur les dispositions de l'article 57 du Code civil, la jurisprudence a déjà pu affirmer, s'agissant spécialement des naissances, que l'officier d'état civil ne disposait pas du pouvoir de *jurisdictio*. En substance est affirmé que l'officier d'état civil est seulement tenu de se faire donner les divers renseignements qui doivent être énoncés dans l'acte de naissance, mais que toutefois il n'a pas à en vérifier la valeur juridique et matérielle<sup>308</sup>. Ainsi, en accord à la fois avec la jurisprudence mais également avec le Professeur Bidaud, qui n'évoque qu'un pouvoir d'appréciation, il est permis de penser que l'officier d'état civil lorsqu'il enregistre une naissance ou un décès, étant dépourvu de tout pouvoir de *jurisdictio*, n'exerce pas de fonction volitive. De plus, les actes instrumentés par l'officier d'état civil, donc l'acte de naissance, ne font pas l'objet de voies de recours, comme c'est le cas des actes juridictionnels traduisant une fonction volitive, mais sont susceptibles d'être l'objet d'une action en annulation. Cela participe à renforcer le point de vue suivant lequel l'officier d'état civil ne dispose pas du pouvoir de *jurisdictio*, mais seulement d'un pouvoir d'appréciation ; et que l'existence de ce seul pouvoir est insuffisant à qualifier le caractère volitif de l'intervention du tiers instrumentaire. Ses prérogatives apparaissent insuffisantes à caractériser la fonction volitive de l'officier d'état civil.

97. Pour conclure, il a été possible d'identifier deux types d'actes illustrant les actes intégrés à cette catégorie, les actes de naissance et les actes de décès. Précisons qu'à la différence du Professeur Pamboukis nous excluons de cette catégorie les « *différents certificats, attestation et*

---

<sup>307</sup> V. *Supra*, p. 41, n° 50

<sup>308</sup> Douai, 10 avril 1940 : S. 1941, 2, p. 39

*documents publics* »<sup>309</sup>, comprenant notamment les certificats de nationalité. Nous excluons ces actes pour une raison simple, mise en évidence par Charalambos Pamboukis lui-même. L'exclusion résulte du fait que dans ces actes, l'organe, en réalité, ne constate pas véritablement. Il ne fait en réalité que relater des constatations antérieures<sup>310</sup>. La création de la situation juridique ne découle pas, à proprement parler, de l'*instrumentum* juridique. Celui-ci, au contraire, n'est là que pour relater une situation déjà constituée. Ne nous focalisant que sur les actes participant de la constitution d'une situation juridique, nous excluons leur considération.

98. Si une différence d'analyse est susceptible de se révéler s'agissant de la fonction, il faut tout de même relever une convergence d'analyse avec les travaux de Christine Bidaud quant aux effets produits par les actes constatatifs. Comme cela a également été réalisé à propos des effets découlant de la fonction volitive, il convient de mettre en avant les effets issus directement de l'activité assurée par le tiers instrumentaire - et non pas ceux que la loi accorde à l'instrument public qu'il réalise, qui s'apparentent à des attributs.

99. Contrairement à Charalambos Pamboukis, qui ne reconnaît qu'une efficacité formelle aux actes constatatifs<sup>311</sup>, il est possible de penser, conformément à l'analyse du Professeur Bidaud, que ceux-ci possèdent également une efficacité substantielle. En effet, les actes de l'état civil participent à la détermination de l'état des personnes et ne sont ainsi pas dépourvus d'efficacité substantielle. Un élément (nom, prénom, etc...) se réalisant par l'acte peut être mis en cause et reste contestable directement. Cependant en dehors de toute contestation c'est l'acte d'état civil qui permet l'établissement de l'élément en question<sup>312</sup>, il dispose ainsi d'une normativité certaine. En effet, tant qu'aucune contestation de l'acte n'aura aboutie à son annulation, l'obligatorité des éléments que détermine ce dernier semble certaine. Partant, contester la production d'effet substantiel à ces actes semble difficile, même pour monsieur Pamboukis qui, non sans contradiction avec sa proposition initiale, semble contraint de leur reconnaître ce type d'effet<sup>313</sup>. D'autres auteurs, à l'image d'Amélie Panet, reconnaissent également une efficacité substantielle aux actes d'état civil et notamment aux actes constatatifs qui retiennent notre attention<sup>314</sup>. Comme madame Panet le relève, « *si l'acte d'état civil peut-être remis en question au regard de sa validité substantielle,*

<sup>309</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 213

<sup>310</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 213, n° 321

<sup>311</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 272 s. spéc. p. 272, n° 410

<sup>312</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 270, n° 330

<sup>313</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 40, n° 49

<sup>314</sup> A. PANET, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne. Contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, Thèse dactyl., Lyon, 2014, p. 429 s.



*y compris dans l'ordre juridique d'émission, il n'en demeure pas moins efficace, c'est-à-dire apte à produire des effets juridiques, tant qu'il n'a pas été judiciairement contesté* »<sup>315</sup>. Les noms, prénoms, etc... attribués dans un acte de naissance seront, aux yeux de l'État et de la société, ceux de la personne désignée, tant qu'aucune contestation judiciaire n'aura pas aboutie. Il semble ainsi difficile de ne pas voir d'efficacité substantielle dans la réalisation des actes constatatifs. Nous pensons donc en accord avec ces auteurs que les actes que nous venons de présenter sont dotés, non seulement d'une efficacité formelle, mais également d'une véritable efficacité substantielle. Cette position diffère de la proposition du Professeur Pamboukis de ne reconnaître à ces actes qu'une simple efficacité formelle.

### C. La fonction réceptive

100. Concernant la fonction réceptive, existe une dichotomie qu'il conviendra de préciser<sup>316</sup>. Il s'agit ici, comme cela a été fait précédemment, d'identifier les critères fonctionnels généraux du tiers instrumentaire, permettant la classification des actes dans la catégorie des actes réceptifs. Concernant le choix des termes ceux-ci ne nécessitent pas, semble-t-il, de développements exhaustifs. La fonction réceptive, comme le terme le présume, correspond à la fonction de réception. Encore s'agit-il de déterminer ce que signifie la réception et de déterminer ce qu'il s'agit de réceptionner. En un sens courant, la réception correspond au fait matériel de recevoir un objet, une communication, des nouvelles...<sup>317</sup>.

101. Si la fonction réceptive, déterminant la nature d'un acte, est présente dans la classification des actes réalisée par le Professeur Pamboukis dans sa thèse<sup>318</sup>, celle-ci avait déjà été mise en lumière auparavant par la doctrine. En effet, dès le milieu du siècle dernier, Motulsky, dans son article traitant des actes de juridiction gracieuse, a mis en avant cette fonction. Il la distingue de la fonction volitive en considérant qu'en matière gracieuse « *le magistrat fait figure, de témoin, ou d'organe de décision* »<sup>319</sup>. C'est donc de la fonction exercée par le tiers instrumentaire que se détermine la nature juridique de l'acte, et ainsi sa classification.

<sup>315</sup> A. PANET, *op. cit.*, p. 436, n° 1132

<sup>316</sup> V. *Infra*, p. 70 s., n° 107 s.

<sup>317</sup> G. CORNU, *op. cit.*, p. 849

<sup>318</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 225 s.

<sup>319</sup> H. MOTULSKY, Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé, *op. cit.*, spéc. p.

102. Le premier élément fondamental à l'identification de la fonction réceptive est l'existence d'un *negotium* juridique dans l'acte instrumenté. En effet, comme le dit le Professeur Goré, « ... dans l'acte authentique, l'autorité joue un rôle « réceptif » [...] produit de volontés privées auxquelles elle confère une régularité apparente »<sup>320</sup>. On peut penser que lorsqu'elle évoque les actes authentiques, l'auteur n'englobe pas nécessairement les actes d'état civil, et notamment les actes de naissance et de décès. En effet, comme nous avons souhaité le démontrer<sup>321</sup>, la naissance et la mort ne sont pas systématiquement le fruit de volontés privées et peuvent découler d'un fait naturel ou juridique. En ce sens, ils ne sont pas systématiquement le « produit de volontés privées ». Pour autant, l'existence d'un *negotium* juridique constitue le premier élément fondamental permettant l'identification d'un acte réceptif. L'existence de cet élément permet de distinguer les actes réceptifs des actes constatatifs qui, comme il a été dit, sont pour leur part dépourvus de *negotium* juridique. Ainsi les actes réceptifs découlent systématiquement de la volonté des personnes privées et sont composés d'un *negotium* juridique. Toutefois, l'acte réceptif n'est pas le seul acte composé d'un *negotium* juridique puisque, comme on l'a vu, l'acte volitif en est également doté, issu de la manifestation de volonté du tiers instrumentaire à l'acte. Comme le dit Marie Goré et comme il a été préalablement présenté, dans le cadre d'un acte juridictionnel ou décision, le tiers instrumentaire est aussi bien l'auteur du *negotium* que de l'*instrumentum*<sup>322</sup>. Il s'agit donc de s'interroger sur le point de savoir ce qui dissocie l'acte réceptif de l'acte volitif.

103. La fonction réceptive se distingue de la fonction volitive ou de l'acte volitif en ce sens que lorsqu'il exerce un rôle réceptif et à la différence de la fonction volitive, le tiers instrumentaire ne fait pas œuvre de volonté<sup>323</sup>. Pour reprendre Motulsky, à la différence des actes volitifs, le tiers instrumentaire qui intervient pour la constitution d'une situation juridique n'a pas le rôle « d'organe de décision »<sup>324</sup>. Cet élément constitue le second élément caractéristique et fondamental à l'identification de la fonction réceptive et partant des actes réceptifs. En effet, s'il existe un *negotium* juridique dans les actes réceptifs, celui-ci, contrairement à l'exercice de la fonction volitive, n'est pas le fruit de l'activité de l'autorité. Le tiers instrumentaire ne manifeste ici aucunement sa volonté. La fonction assurée par le tiers instrumentaire permet de distinguer les actes réceptifs des actes volitifs.

---

<sup>320</sup> M. GORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 25

<sup>321</sup> V. *Supra*, p. 62 s., n° 91 s.

<sup>322</sup> M. GORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 25

<sup>323</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 32, n° 37

<sup>324</sup> H. MOTULSKY, *op. cit.*, spéc. p. 17

104. Considérant que les différentes catégories présentées mettent en avant une fonction caractéristique exercée par l'autorité, nous nous éloignons de la vision de M. Pamboukis. Effectivement, ce dernier considère sur ce point que les actes réceptifs et constatatifs, qu'il regroupe sous le terme « d'actes quasi-public », appartiennent tous les deux à la catégorie des actes réceptifs<sup>325</sup>. À l'inverse, nous pensons que ces différentes catégories d'actes traduisent chacune une fonction caractéristique spéciale assurée par le tiers instrumentaire, exclusive les unes des autres.

105. Il a, en introduction de ce paragraphe, été évoqué l'idée que les activités exercées par le tiers instrumentant sont susceptibles de se chevaucher les unes les autres. Comme l'envisage le Professeur Pamboukis, il semble évident que lorsqu'un tiers, officier public ou autre, reçoit un *negotium* juridique traduisant une volonté privée, il constate également, dans une certaine mesure, cette volonté. Toutefois, dans le cadre de la démarche ce qu'il convient de déterminer et mettre en avant, c'est la fonction principale ou caractéristique exercée par le tiers instrumentaire. Prenons l'exemple d'un contrat de vente immobilière. Dans le cadre du droit interne, lorsque deux ou plusieurs personnes décident par exemple de formaliser leur consentement à être liées à un contrat de vente immobilière contre paiement d'un prix devant un notaire, tiers instrumentaire, celui-ci reçoit la manifestation de volonté des individus et la consigne dans l'instrument juridique qu'il est habilité à dresser, soit un acte notarié. Le contrat de vente immobilière dispose d'un *negotium* juridique qui est la convention conclue par les parties ce qui, dans notre démonstration, l'exclut de la catégorie des actes constatatifs précédemment présentée<sup>326</sup>. Néanmoins, lorsque le notaire reçoit un *negotium* juridique comme c'est le cas dans notre exemple, il exerce également une certaine fonction constatative. En effet, si le notaire reçoit un *negotium* juridique traduisant la volonté des individus à être liés par un contrat de vente immobilière engendrant des droits et des obligations pour chacun d'eux, on ne peut nier qu'il constate également, dans une certaine mesure, la volonté de ces derniers. Le point primordial réside dans le fait que selon nous, dans le cadre des actes disposant d'un *negotium* juridique, la fonction réceptive de volontés privées prime sur la fonction constatative de l'acte juridique ; c'est donc celle-là qu'il convient de retenir et prendre en considération comme fonction caractéristique. À l'inverse lorsqu'un officier d'état civil ou assimilé constate et instrumente une naissance il reçoit également, dans une certaine mesure, la situation telle qu'elle découle d'un fait juridique ou naturel. Toutefois, un fait étant ou n'étant pas, sa fonction première consiste selon nous à constater ou non l'existence de celui-ci. En l'occurrence, s'agissant du fait juridique de la naissance, il nous apparaît que la fonction caractéristique assurée par le tiers

---

<sup>325</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 32

<sup>326</sup> V. *Supra*, p. 57 s., n° 82 s.

instrumentant réside dans la fonction constatative. Le tiers instrumentaire est, avant de dresser l'acte de naissance certifiant le fait, tenu de le constater. Ainsi, à la différence du Professeur Pamboukis, il s'agit, de notre point de vue, de mettre en évidence la fonction caractéristique exercée par le tiers instrumentaire. S'il semble donc possible de déceler l'existence de certains chevauchements dans les fonctions exercées par l'officier public ou assimilé instrumentant un acte juridique, cela ne semble pas entraîner de bouleversements décisifs sur la classification des actes telle qu'établie. Ainsi l'existence, dans un acte juridique, d'un *negotium* n'étant pas l'œuvre du tiers instrumentaire mais des parties privées, est de nature à caractériser la fonction réceptive jouée par le tiers instrumentaire. Celui-ci reçoit des volontés privées, les constate, et les consigne. Sa fonction caractéristique est une fonction réceptive. À l'inverse, l'absence de *negotium* caractérise la fonction constatative jouée par le tiers instrumentaire. Celui-ci constate un fait juridique ou naturel puis le consigne. Sa fonction caractéristique est une fonction constatative.

106. Pour conclure, on peut, en s'autorisant à récupérer les propos du Professeur Pamboukis, affirmer que : « Les actes réceptifs ont « *systématiquement* »<sup>327</sup> pour objet la réception d'une volonté, ce qui les distingue des actes constatatifs, qui n'émane pas de l'autorité publique « *ou plus généralement du tiers instrumentaire* »<sup>328</sup>, ce qui les distingue des décisions »<sup>329</sup>. Toutefois il convient de concéder que si cette classification est en mesure de mettre en évidence les différentes catégories d'actes juridiques à raison de leur nature, des sous-classifications peuvent exister. C'est notamment le cas des actes réceptifs qui regroupent des catégories d'actes variés. Les actes juridiques susceptibles d'entrer dans cette catégorie sont larges puisque peuvent être envisagés tant le contrat de vente de marchandise, la constitution d'une hypothèque, la réalisation d'un acte de mariage, l'acte de reconnaissance d'enfants, la réalisation d'un testament authentique, la donation, *etc.* ... Il convient donc, une nouvelle fois avec l'appui de la doctrine, de distinguer parmi les actes réceptifs.

## Section 2. La nature des actes liée au rapport entre la forme et le fond.

107. C'est au Professeur Charalambos Pamboukis que l'on doit la distinction des actes réceptifs suivant le rapport qu'entretiennent la forme et le fond<sup>330</sup>. En effet, dans ses travaux, il dissocie, au sein des « actes quasi publics réceptifs », les actes « quasi-publics constitutifs » et les

<sup>327</sup> C'est nous qui ajoutons le terme « *systématiquement* »

<sup>328</sup> C'est nous qui ajoutons le terme « *ou plus généralement du tiers instrumentaire* »

<sup>329</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 225, n° 343

<sup>330</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 225 s.

actes « quasi-publics déclaratifs ». Comme le met en avant le Professeur Laurent Barnich, « *les premiers sont dits « constitutifs » parce que l'organe public participe à la constitution du rapport de droit privé, comme dans l'acte de mariage. Les seconds ne sont que « déclaratifs » car l'organe public n'intervient que pour renforcer leur efficacité probatoire ou leur opposabilité* »<sup>331</sup>. C'est donc l'impérativité ou non de l'intervention d'un tiers instrumentaire qui permet d'effectuer la classification et d'envisager une sous-distinction des actes réceptifs : entre les actes réceptifs déclaratifs (paragraphe 1) et les actes réceptifs constitutifs (Paragraphe 2). Précisons une nouvelle fois que concernant la classification nous prenons appui sur les dispositions du droit interne. Les solutions présentées sont susceptibles de différer en droit comparé. Pour autant, l'intérêt de la présentation réside dans la détermination des catégories plus que dans la classification stricte des actes dans telle ou telle autre catégorie.

### § 1. Les actes réceptifs déclaratifs

108. Les droits patrimoniaux sont des droits cessibles, transmissibles et saisissables<sup>332</sup>. Ces caractères sont susceptibles d'être mis en lumière en droit des contrats par le principe du consensualisme qui s'applique en droit interne. Sauf exceptions, par principe, en droit des contrats, seule compte la manifestation de volonté des parties, aucun formalisme n'est imposé par le législateur<sup>333</sup>. Cependant à côté du consensualisme de principe, le formalisme, à l'inverse, suppose, en plus de l'accord des volontés entre les parties, le recours à certaines formes impératives. On peut le définir comme « *l'exigence qui consiste à subordonner la validité d'un acte au respect d'une forme particulière ou à l'accomplissement de formalités déterminées* »<sup>334</sup>. Ce sont les alinéas 2 et 3 de l'article 1109 du Code civil qui établissent à côté des contrats consensuels les contrats formels, que le législateur nomme contrats solennels et contrats réels. Comme le prévoient les alinéas 2 et 3 de l'article 1172 du Code civil, le formalisme impératif en matière contractuelle est une exception par rapport au principe du consensualisme. Ainsi, en matière de contrat, nous pouvons, avec la doctrine affirmer que « *les dispositions légales qui exigent des solennités à peine de nullité constituent donc des exceptions au principe du consensualisme* »<sup>335</sup>.

<sup>331</sup> L. BARNICH, Les actes juridiques en droit international privé : essai de méthode, Thèse, Bruylant Bruxelles, 2001, p. 158, n° 137

<sup>332</sup> L. COLLET, La notion de droit extrapatrimonial, Thèse dactyl., Paris, 1992, p. 7, n° 2

<sup>333</sup> V. *Supra*, p. 30, n° 31

<sup>334</sup> B. NUYTEN et L. LESAGE, *op. cit.*, spéc. n° 11

<sup>335</sup> Y. FLOUR et A. GHOZI, *op. cit.*, spéc. n° 3

109. Comme il vient d'être évoqué, les contrats formalistes sont classiquement divisés en deux catégories : les contrats solennels et les contrats réels<sup>336</sup>. Il convient d'apporter immédiatement une précision importante. Le formalisme tel que nous l'envisageons est susceptible d'être l'objet d'une seconde acception. Il arrive en effet que le formalisme soit exigé non pas pour la validité même d'un acte juridique mais dans un souci de protection et notamment un souci de preuve et d'opposabilité des actes juridiques<sup>337</sup>. On parle à cet égard de formalisme indirect ou de formalisme souple<sup>338</sup>. L'exigence d'un écrit pour prouver toute chose excédant 1500 euros<sup>339</sup> relève de ce formalisme souple ou indirect. En résumé le formalisme « *ad probationem* » est requis pour permettre aux particuliers de faire la preuve de l'acte juridique et ainsi rendre opposable ce dernier. En revanche, le formalisme « *ad validitatem* » ou « *ad solemnitatem* » est impératif, et exigé pour la validité même d'un acte juridique<sup>340</sup>. Il convient de ne pas négliger les implications pratiques de ce formalisme souple : il est dans bien des cas équivalent de ne pas pouvoir prouver son droit et de ne pas avoir de droit<sup>341</sup>.

110. Il est vrai que lorsque la loi impose le respect de certaines formes, c'est toujours pour répondre à des exigences de fond. De ce point de vue le formalisme imposé par la loi peut avoir pour objectif de protéger le consentement de l'une ou l'autre des parties, ou encore de protéger les tiers à l'acte juridique<sup>342</sup>.

111. Prenant toujours comme base de réflexion le droit interne, la forme notariée n'est requise *ad validitatem* que pour un petit nombre de contrats, et classiquement sont cités la donation (Art. 931 Code civil), la subrogation par la volonté du débiteur (Art. 1346-2 du Code civil), l'hypothèque conventionnelle (Art. 2416 du Code civil), le testament (Art. 967 et suivants du Code civil), ou encore le contrat de mariage (Art. 1394 du Code civil)<sup>343</sup>. À noter que ce dernier contrat est particulier puisqu'il se situe à la frontière du droit des contrats et du droit de la famille. Il convient de préciser que même s'ils demeurent limités, les hypothèses d'actes où existe un lien nécessaire entre la forme et le fond se sont multipliées à l'époque contemporaine en matière

<sup>336</sup> B. NUYTTEN et L. LESAGE, *op. cit.*, spéc. n° 12

<sup>337</sup> V. *Supra*, p. 30 s., n° 31 s.

<sup>338</sup> B. NUYTTEN et L. LESAGE, *op. cit.*, spéc. n° 19

<sup>339</sup> Article 1359 du Code civil - Montant précisé par Décret n° 80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du Code civil

<sup>340</sup> Sur la distinction entre formalisme « *ad probationem* » et « *ad validitatem* » V. B. NUYTTEN et L. LESAGE, *op. cit.*, spéc. n° 9

<sup>341</sup> B. NUYTTEN et L. LESAGE, *op. cit.*, spéc. n° 21

<sup>342</sup> B. NUYTTEN et L. LESAGE, *op. cit.*, spéc. n° 20

<sup>343</sup> B. NUYTTEN et L. LESAGE, *op. cit.*, spéc. n° 23

patrimoniale<sup>344</sup>. En effet, outre les actes que nous venons de citer, la renonciation anticipée à agir en réduction (Art. 930 du Code civil) mais également de très nombreux actes, en particulier du domaine du droit de la consommation, sont désormais solennels : vente d'immeuble à construire (CCH, art. L. 261-11), démarchage et vente à domicile (C. consom., art. L. 121-23), offres de crédit mobilier ou immobilier (C. consom., art. L. 311-10 s. et 312-7 s.), *etc.*<sup>345</sup>.

112. On peut illustrer ce formalisme par les dispositions relatives à la forme des testaments en droit français. Le testament est un engagement unilatéral qui permet, et a pour objectif principal, d'organiser sa succession future. Outre le testament mystique ou international, les articles 967 à 972 du Code civil permettent et prévoient respectivement la réalisation d'un testament soit par acte sous signature privée (testament olographe) soit par acte authentique (testament authentique)<sup>346</sup>. Le législateur impose donc en matière de testament la réalisation d'un écrit, composé de diverses mentions obligatoires. C'est parfois donc un simple écrit sous-signature privée qui est requis « *ad validitatem* »<sup>347</sup>. Ainsi, comme l'a très bien dit monsieur Jacques Flour concernant le formalisme des contrats solennels, et comme l'illustre très bien le testament en l'espèce : « *Formalisme ne signifie pas forme compliquée mais forme impérative* »<sup>348</sup>.

113. Mis à part les conventions et contrats identifiés qui relèvent du formalisme des contrats solennels ou réels, le principe en droit des contrats repose sur le consensualisme qui traduit une libre disposition de leurs droits patrimoniaux par les individus. Ainsi on considère dans ce cas de figure que l'instrumentation par un tiers instrumentaire, tel un notaire par exemple, aura une simple valeur déclarative dans la mesure où elle ne participe pas de la validité de la situation juridique. Il existe dans ce cas une séparabilité du *negotium* et de l'*instrumentum*. Voilà pourquoi ils constituent la catégorie des actes que l'on nomme « réceptifs déclaratifs ».

En effet, pour ces derniers, et à la différence des actes « réceptifs constitutifs », l'instrument est réalisé dans un objectif probatoire mais n'influe pas sur la validité de l'acte. Par principe ils interviennent dans les matières où les personnes ont la libre disponibilité de leurs droits<sup>349</sup>, ce que

---

<sup>344</sup> C. BRENNER et S. LEQUETTE, Acte juridique [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 13 octobre 2020], février 2019, Dalloz, n° 206

<sup>345</sup> C. BRENNER, Acte juridique, Répertoire de droit civil, janvier 2013, Dalloz, n° 182

<sup>346</sup> P. MALAURIE et C. BRENNER, Droit des successions et des libéralités, LGDJ, 2020 (9<sup>ème</sup> édition), p. 293 s., n° 382 s.

<sup>347</sup> B. NUYTEN et L. LESAGE, *op. cit.*, spéc. n° 24

<sup>348</sup> J. FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *in* Le droit privé français au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle : études offertes à Georges Ripert, tome 1, LGDJ, 1950, p. 95 s., n° 9

<sup>349</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 183, n° 356

traduit le principe du consensualisme. Ainsi nous pouvons nous avancer à dire que les actes « réceptifs déclaratifs » sont des actes relevant, par principe, du consensualisme qui, dans un objectif probatoire et d'opposabilité, mais non de validité même du rapport juridique, ont été, par la volonté des parties, instrumentés par un tiers instrumentaire, compétent pour recevoir ces derniers.

114. Les actes réceptifs déclaratifs, concernant par principe des droits cessibles, il s'agit d'envisager les distinctions en matière patrimoniale, et notamment donc en matière conventionnelle, entre la formation du contrat et l'exécution de celui-ci. Comme le dit Olivier Penin, concernant la matière contractuelle et plus globalement la matière patrimoniale, il faut bien comprendre que l'efficacité ou les effets substantiels dépendent de l'exécution de la convention. Selon l'auteur, il s'agit de « *distinguer la formation et l'exécution du contrat, de sorte que la seconde est une action sous la stricte dépendance de la première, garantit que la prestation fournie est une application fidèle du contrat. On s'assure ainsi que l'action réalise le projet formé, qu'elle produit l'effet attendu. Or, précisément, l'efficacité s'entend de cette dernière manière. La distinction de la formation et de l'exécution du contrat prolonge donc une conception de l'efficacité en matière contractuelle dans laquelle sont séparés deux moments : le premier temps est celui de la prévision de l'effet et le second celui de l'action afin de le réaliser* »<sup>350</sup>. Ainsi, comme le montre Olivier Penin dans sa thèse, distinguant formation et exécution du contrat, c'est cette seconde action qui permet, après l'action prévisionnelle que constitue la formation du contrat, que l'acte juridique produise son efficacité substantielle, soit l'effet attendu par les parties<sup>351</sup>. Cette affirmation ne concerne toutefois pas obligatoirement l'ensemble des actes réceptifs, c'est pourquoi il convient d'envisager les « actes réceptifs constitutifs » tels qu'ils ont été dégagés par la doctrine.

## § 2. Les actes réceptifs constitutifs

115. Nous ne pouvons, mieux que monsieur le Professeur Gian Paolo Romano, résumer l'objet du présent paragraphe : « *Les domaines qui nous intéressent sont ceux où l'intervention d'une autorité [...] est une condition nécessaire pour créer une situation juridique par la modification du statut des intéressés* »<sup>352</sup>. Ainsi, dans le cadre des présents développements, l'intervention de l'autorité est constitutive, en ce sens que l'intervention d'un tiers instrumentaire à l'acte juridique est indispensable à la création d'une situation juridique nouvelle. Cette situation diffère des actes réceptifs déclaratifs que nous

<sup>350</sup> O. PENIN, La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision, Thèse, LGDJ, 2012, Préface de Y. Lequette, p. 126, n° 304

<sup>351</sup> V. *Infra*, p. 172 s., n° 265 s.

<sup>352</sup> G. P. ROMANO, La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes, Rev. crit. DIP, 2006, p. 457 s., spéc. p. 461



venons de présenter dans la mesure où l'intervention ne se réalise non plus par principe dans un objectif probatoire et d'opposabilité mais de validité même du rapport juridique en droit interne. Ces actes, mis à part les exceptions présentées en matière patrimoniale<sup>353</sup>, interviennent principalement, comme nous allons le voir, en matière droits extrapatrimoniaux.

Enfin, il convient de préciser qu'il existe des situations juridiques pour la constitution desquelles l'intervention d'une autorité compétente s'avère nécessaire, sans que cette dernière soit tenue, strictement, d'instrumenter l'acte juridique en question. On peut logiquement s'interroger sur le point de savoir en quoi consiste alors l'intervention du tiers requis. Il s'agit des situations pour lesquelles l'autorité peut être tenue de procéder à l'enregistrement ou l'immatriculation d'un acte sans qu'elle n'ait strictement à l'instrumenter. Il conviendra donc de distinguer les actes réceptifs constitutifs « *stricto sensu* » (A) des actes réceptifs constitutifs « *lato sensu* » (B).

#### A. Les actes réceptifs constitutifs « *stricto sensu* »

116. Comme évoqué, les actes réceptifs constitutifs sont les actes pour lesquels l'intervention d'un tiers instrumentaire s'avère une condition impérative de validité du rapport juridique concerné. Cela renvoie au formalisme impératif concernant les actes solennels et réels<sup>354</sup>. En droit interne, ces actes se retrouvent en matière de droits politiques et de libertés publiques, en matière de droit de la famille et enfin dans le domaine des droits de la personnalité<sup>355</sup>, qui constituent le domaine privilégié des droits extrapatrimoniaux<sup>356</sup>. Ces derniers exemples renvoient à ce qui peut se regrouper sous la notion classique de statut personnel. Le statut personnel permet à l'individu de se situer, soit en tant que tel (capacité, état civil), soit dans sa relation à son environnement social (état civil, statut familial, filiation...)<sup>357</sup>. En ce sens, l'ensemble des matières regroupées sous la notion de statut personnel s'entend de l'état et la capacité des personnes et de la situation familiale extrapatrimoniale. En sont exclues les régimes matrimoniaux et les successions qui relèvent respectivement de la catégorie des « actes juridiques » et du « statut réel »<sup>358</sup>. La position

<sup>353</sup> V. *Supra*, p. 72, n° 109

<sup>354</sup> V. *Supra*, p. 71 s., n° 108 s.

<sup>355</sup> L. COLLET, *op. cit.*, p. 69, n° 62

<sup>356</sup> Qui sont généralement, par opposition aux droits patrimoniaux, qualifiés d'incessibles, intransmissibles et insaisissables, V. L. COLLET, *op. cit.*, p. 8, n° 5 – La notion de droit extrapatrimonial est une notion universellement connue en droit comparé, V. L. COLLET, *op. cit.*, p. 16, n° 15

<sup>357</sup> É. CORNUT, Qu'est-ce qui circule (la notion de « statut personnel »)?, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 29 s.

<sup>358</sup> É. CORNUT, *op. cit.*, spéc. p. 30

dont jouit l'individu au sein de la société politique ou de la société familiale est appelé *status* et renvoie au *status personae* soit aux droits, obligations ou pouvoirs attachés à un individu en ce qui concerne son identification personnelle (nom, état civil) et ses relations de famille (filiation, mariage, etc....)<sup>359</sup>. En effet, mis à part les exceptions précédemment exposées<sup>360</sup>, en droit interne les actes solennels se retrouvent traditionnellement en droit des personnes et de la famille (mariage, reconnaissance d'enfant, émancipation, convention de procréation médicalement assistée, etc.) à raison de la prépondérance de l'ordre public de direction en la matière<sup>361</sup>. Savigny lui-même admettait sans difficultés l'impérativité des règles en matière personnelle et familiale et déclarait à ce sujet que « *le droit de la famille a beaucoup de ressemblances avec l'état de la personne en soi, et il se distingue essentiellement des rapports concernant les biens qui mettent les personnes en contact avec des objets extérieurs arbitrairement choisis — D'un autre côté, des considérations morales et religieuses et des considérations politiques exercent sur ce droit une grande influence. Aussi trouve-t-on dans son domaine beaucoup de lois positives ayant un caractère rigoureusement obligatoire* »<sup>362</sup>. Cette position est également partagée par madame Maya Bouyahia qui estime que les relations familiales extrapatrimoniales sont sensibles aux considérations socio-culturelles, voire aux aspects religieux, qui peuvent influencer la réglementation des différents Etats<sup>363</sup>.

117. Pour ces raisons, on peut expliquer que dans les matières touchant aux droits des personnes ou de la famille, sensibles aux considérations socio-culturelles, la constitution d'une situation juridique requiert l'observation de règles impératives. En droit français le respect de ces règles se manifeste souvent par un impératif formel supposant l'intervention d'une autorité publique pour la constitution d'un rapport de droit. Cette intervention consiste soit en la réalisation d'un acte juridique (reconnaissance volontaire en droit français par exemple), soit au prononcé d'une décision judiciaire (procédure d'adoption par exemple). En effet, concernant par exemple la reconnaissance volontaire, celle-ci doit impérativement être réalisée par acte authentique comme le prévoit l'article 316 du Code civil<sup>364</sup>. Une reconnaissance sous-signature privée n'est pas valable et la jurisprudence est constante sur ce point. De même, une adoption ou la mise en œuvre d'une

<sup>359</sup> R. BARATTA, La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales, RCADI, 2011 (Vol. 348), p. 265 s., spéc. p. 265 s., n° 1 s.

<sup>360</sup> V. *Supra*, p. 71 s., n° 108 s.

<sup>361</sup> C. BRENNER et S. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 206

<sup>362</sup> F. C. SAVIGNY, *Traité de droit romain* (Tome huitième), Editions Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 320, § 379

<sup>363</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *La proximité en droit international privé de la famille*, Thèse, L'Harmattan, 2015, Préface de L. Chedly et M. Goré, p. 26, n° 8

<sup>364</sup> V. à ce sujet Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction Biens Personnes, Famille*, Dalloz, 2019 (21<sup>ème</sup> édition), p. 985, n° 2175

mesure de protection requièrent la réalisation d'un acte authentique en droit français puisqu'elles doivent être prononcées par un magistrat. Pour prendre l'exemple de la procédure d'adoption en droit interne, celle-ci se réalise par un jugement d'adoption prononcé par le tribunal judiciaire statuant gracieusement. La mission du tribunal est de vérifier que toutes les conditions sont réunies, pour cela il dispose notamment d'un pouvoir souverain d'appréciation dans le cadre de ses fonctions. On peut l'illustrer en précisant que le magistrat peut prononcer l'adoption même en l'absence d'agrément<sup>365</sup>. De même et enfin, les mesures de protection des personnes en droit français (tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice) sont, comme pour l'adoption, judiciaires. Elles sont conformément à l'article 430 du Code civil ordonnées par un juge<sup>366</sup>. Ces exemples nous démontrent qu'en matière tant de droits de la personnalité que de droits de la famille, la réglementation est généralement formellement impérative et, dans le cadre du droit français, placée sous le contrôle d'autorités ou d'officiers publics chargés d'instrumenter la réalisation de ces situations. Pour conclure sur la réglementation impérative en matière de droits extrapatrimoniaux, on peut dire que « *le formalisme, qu'il implique une forme solennelle ou une forme réelle, est qualifié de strict, de direct ou encore de substantiel. C'est en ce sens qu'il s'oppose au consensualisme* »<sup>367</sup>. Ainsi, les actes « réceptifs constitutifs » sont des actes qui, dans un objectif de validité formelle au regard de la loi qui s'est appliquée ont été instrumentés par un tiers instrumentaire compétent conformément à la loi qui l'a institué. Concernant ces actes, il existe une inséparabilité entre le fond et la forme de l'acte juridique, en ce sens que la forme aura un caractère rigoureusement impératif pour déterminer la validité et l'opposabilité du rapport juridique considéré.

118. Au-delà des contrats solennels identifiés précédemment<sup>368</sup> intervenant en matière patrimoniale et représentant des exceptions au principe du consensualisme, il semble que l'on puisse en droit français illustrer les actes réceptifs constitutifs intervenant en matière extrapatrimoniale par des exemples tels que l'acte de mariage ou encore l'acte de reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité.

119. Le mariage a une importance particulière, il représente l'institution principale, fondatrice de la famille. C'est une position qu'il occupe toujours aujourd'hui malgré la concurrence

---

<sup>365</sup> Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, spéc. p. 1080, n° 2368 et n° 2370

<sup>366</sup> V. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, spéc. p. 584, n° 1348 et p. 606, n° 1408

<sup>367</sup> B. NUYTEN et L. LESAGE, *op. cit.*, spéc. n° 14

<sup>368</sup> V. *Supra*, p. 72, n° 109

d'autres modes de conjugalités (PACS, concubinage)<sup>369</sup>. Depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 l'institution est définie comme « *l'Union légitime entre personnes de sexe différent ou de même sexe en vue de vivre en commun et de fonder une famille, un foyer* »<sup>370</sup>. Le mariage est une institution marquée par l'ordre public. En effet c'est une institution qui obéit à des conditions de formation très rigoureuses toujours sanctionnées par la nullité<sup>371</sup>.

120. Quatre conditions de fond sont nécessaires pour contracter mariage. Ces conditions sont régies par les articles 143 et suivants du Code civil. Comme on le sait au regard des débats ayant eu lieu en 2013, pendant très longtemps le mariage était réservé aux couples de sexes opposés ou couples hétérosexuels. Toutefois, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a ouvert l'union matrimoniale aux couples de même sexe. Aujourd'hui, conformément à l'article 143 du Code civil, le mariage est l'union entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe. La condition tenant à la différence de sexe a donc disparu du dispositif législatif français en matière de mariage. L'article 144 du Code civil ajoute à cela que « *le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus* ». Il s'agit de la seconde condition de fond pour contracter mariage, condition relative à l'âge. Cette condition n'appelle pas de commentaires exhaustifs si ce n'est qu'au regard de la condition d'âge, pour contraindre les futurs époux à faire la preuve de celui-ci, le Code civil prévoit en son article 70 que les époux devront remettre à l'officier d'état civil chargé de célébrer le mariage une copie de leur acte de naissance. La troisième condition, prévue par l'article 146 du Code civil, tient au consentement au mariage des futurs époux<sup>372</sup>. En effet si cela est nécessaire de le rappeler, le mariage est un contrat. Dès sa conclusion, comme tout contrat il faut être conscient de son engagement<sup>373</sup>. Il faut notamment à cet égard prendre garde aux différentes causes d'incapacité, que celles-ci concernent des mineurs ou des majeurs protégés<sup>374</sup>. L'intégrité du consentement est donc protégée par le Code civil qui prévoit dans les dispositions de son article 180 que le mariage encourt la nullité si le consentement qui a abouti à sa conclusion a été obtenu par violence ou qu'il découle d'une erreur. Enfin, ultime condition de fond posée par la droit interne pour contracter mariage, l'absence de mariage antérieur non dissout (Article 147 du Code civil). En droit français

---

<sup>369</sup> Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction Biens Personnes, Famille*, Dalloz, 2019 (21<sup>ème</sup> édition), p. 651, n° 1499

<sup>370</sup> G. CORNU, *op. cit.*, p. 641

<sup>371</sup> Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, p. 651, n° 1499

<sup>372</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, 2020 (7<sup>ème</sup> édition), p. 135 s., n° 171 s.

<sup>373</sup> F. TERRÉ, D. FENOUILLET et C. GOLDIE-GENICON, *Droit civil. La famille*, Dalloz, 2018 (9<sup>ème</sup> édition), p. 86, n° 92

<sup>374</sup> A ce sujet V. F. TERRÉ, D. FENOUILLET et C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 87 s., n° 95 s.

le mariage est exclusivement monogame. Ainsi, tant la bigamie que la polygamie sont exclues du droit français. La monogamie est définie comme un système juridique où un homme ou une femme ne peuvent avoir plusieurs conjoints en même temps<sup>375</sup>. Précisons également que le Code civil prohibe et protège des mariages incestueux. En effet, tant le mariage entre ascendants (Article 161 du Code civil), qu'entre collatéraux (Article 162 du Code civil) et même entre oncle ou tante et neveu ou nièce (Article 163 du Code civil) est strictement prohibé. Toutefois certaines dispenses à ces prohibitions peuvent être prononcées par le Président de la République (Article 164 du Code civil).

121. Si le législateur impose, au fond, des conditions que nous venons de présenter pour contracter mariage, existent également des conditions de forme impératives. Elles sont celles qui retiennent particulièrement notre attention dans le cadre de nos présents développements. En effet le rapport qu'entretiennent le fond et la forme constitue ici l'élément décisif. S'agissant des conditions de forme du mariage en droit interne, celles-ci sont régies par les articles 165 et suivants du Code civil. La condition de forme intangible prévue par le Code civil est la célébration républicaine et laïque du mariage. La célébration du mariage en droit français, conformément aux dispositions de l'article 165, relève de la compétence exclusive de l'officier d'état civil du domicile ou de la résidence d'un ou des deux époux. Cette condition est centrale dans le cadre de notre démonstration puisqu'elle met en évidence la solennité du mariage en droit français qui requiert, pour sa validité, une célébration républicaine devant l'officier d'état civil compétent. En effet, l'intervention de l'officier d'état civil compétent est une condition de forme impérative dont le non-respect est de nature à entraîner la nullité du mariage. En ce sens il s'agit d'un acte réceptif constitutif qui, contrairement aux actes consensuels, dispose d'une forme impérative. En effet la forme prévue par le législateur, en l'espèce l'intervention de l'officier d'état civil et la célébration républicaine, est une condition impérative pour la constitution de la situation juridique du mariage. L'article 191 du Code civil prévoit que le mariage qui n'aurait pas été contracté publiquement devant l'officier d'état civil compétent pourra être attaqué. Il s'agit ici d'un vice de forme. Certes le juge appréciera ces conditions et ne prononcera pas systématiquement la nullité de l'acte. A ce propos, il convient de mettre en avant « *la sagesse de la jurisprudence des tribunaux en la matière* »<sup>376</sup>. En effet, les juridictions du fond ont déjà estimé que si la délégation des fonctions d'état civil à un conseil municipal a été réalisée sans observer l'ordre prescrit par la loi, cela n'entraînera pas

---

<sup>375</sup> G. CORNU, *op. cit.*, p. 663

<sup>376</sup> F. TERRÉ, D. FENOUILLET et C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 135, n° 139

nécessairement la nullité de l'acte de mariage concerné par cette délégation<sup>377</sup>. Ces conditions doivent donc parfois faire l'objet d'une appréciation très fine de la part de la jurisprudence, opération à laquelle cette dernière ne manque pas de se livrer. À l'inverse, il semble que le mariage qui serait célébré clandestinement dans un lieu privé, par une personne privée, encourrait nécessairement la nullité. La doctrine a même, dans le cadre de mariages non célébrés par un officier d'état civil, fait appel à la théorie de l'inexistence, toutefois la Cour de cassation n'a jamais eu l'occasion de se prononcer à ce sujet<sup>378</sup>. À partir de ces éléments, il est possible d'affirmer que le mariage, qui impose une forme impérative, en l'occurrence une célébration républicaine et laïque réalisée par l'officier d'état civil compétent, est un acte entrant dans la catégorie des actes réceptifs constitutifs telle que nous la présentons. Tout d'abord ils sont issus de la volonté des parties et l'acte dispose d'un *negotium* juridique que constitue la convention comprise dans l'acte. Ceci le distingue des actes constatatifs. La volonté qui s'exprime dans l'acte n'est pas celle du tiers instrumentaire mais celle des parties à l'acte<sup>379</sup>. Ceci exclut le mariage de la catégorie des actes volitifs. Enfin, en droit interne l'intervention de l'officier d'état civil compétent est une condition formelle impérative de la formation du mariage. On parle ainsi de formalisme *ad validitatem*. Le respect de la forme prescrite conditionne la validité même du rapport juridique. Son inobservation est susceptible d'entraîner la nullité du mariage. Cela permet enfin, semble-t-il, de distinguer le mariage en tant qu'acte juridique, des actes entrant dans la catégorie de actes réceptifs déclaratifs. En effet, la forme du mariage ne repose pas sur le principe du consensualisme, mais au contraire, sur celui du formalisme. Le mariage est donc un acte solennel<sup>380</sup> ayant une forme impérative. Toutefois le mariage n'est pas le seul acte juridique intégré en droit interne à la catégorie des actes réceptifs constitutifs. Il en est par exemple de même concernant un autre acte de l'état civil, la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité.

122. L'établissement de la filiation par la reconnaissance est régi par l'article 316 du Code civil. L'ordonnance de 2005 fait de la reconnaissance un mode d'établissement de la filiation en mariage ou hors mariage, au titre de l'établissement volontaire de la paternité et de la maternité<sup>381</sup>. L'acte de reconnaissance est donc un acte permettant l'établissement volontaire, par son auteur, d'un lien de filiation. C'est un acte volontaire, personnel, unilatéral, qui peut intervenir à tout

<sup>377</sup> TGI Paris, 10 novembre 1992 : RTD. civ., 1993, p. 562, obs. J. Hauser

<sup>378</sup> V. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, p. 702, n° 1621

<sup>379</sup> V. *Supra*, p. 64, n° 96

<sup>380</sup> V. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, p. 658, n° 1507

<sup>381</sup> P. SALVAGE-GEREST, La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005, Dr. famille, 2006, p. 13 s., n° 4

moment. Enfin c'est également un acte solennel. Tout d'abord l'acte de reconnaissance est un acte volontaire dans la mesure où celui-ci émane des père ou mère d'un enfant, sans que cet acte ne puisse leur être imposé. Il est ainsi un acte réalisé de manière parfaitement volontaire par son auteur<sup>382</sup>. Il découle de ce premier caractère le caractère personnel de la reconnaissance volontaire. La reconnaissance émane personnellement du parent de l'enfant reconnu, et aucune condition de capacité particulière n'est exigée. La reconnaissance peut donc être faite par un mineur ou un majeur protégé<sup>383</sup>. Le caractère unilatéral de la reconnaissance découle du fait que pour réaliser cet acte, il n'est nécessaire d'obtenir, ni le concours de l'enfant, ni celui de la mère<sup>384</sup>. Enfin, condition qui nous intéresse particulièrement dans le cadre de la classification réalisée, l'acte de reconnaissance est, en droit interne, un acte solennel. En effet la reconnaissance doit impérativement être réalisée par acte authentique. Elle peut être faite par acte de l'état civil, notarié ou judiciaire<sup>385</sup>. Toute reconnaissance volontaire qui serait réalisée par acte sous signature privée est nulle et la jurisprudence est constante<sup>386</sup>. La reconnaissance volontaire est donc, en droit français, revêtue d'une forme impérative. En l'occurrence il s'agit de la nécessité de réaliser un acte authentique dont le non-respect s'avère être une cause de nullité absolue de l'acte<sup>387</sup>.

123. Ainsi, tout comme le mariage, la reconnaissance volontaire relève et dépend strictement de la volonté de son auteur. L'acte qui en résulte dispose d'un *negotium* juridique qui le distingue des actes constatatifs. La manifestation de volonté est celle de l'auteur de la reconnaissance et non du tiers instrumentaire, ce qui distingue la reconnaissance volontaire de l'acte volitif. L'acte de reconnaissance est donc, conformément à la classification exposée un acte réceptif. Enfin, en droit interne la reconnaissance volontaire doit impérativement s'effectuer par la réalisation d'un acte authentique, forme impérative à peine de nullité. Ce dernier élément constitue le critère de l'acte réceptif constitutif tel que mis en avant par la doctrine et tel que nous le concevons également. L'acte de reconnaissance volontaire, tout comme le mariage, entre donc, en droit français et suivant les catégories dégagées, dans la catégorie des actes réceptifs constitutifs. Toutefois, tout comme en matière d'actes constatatifs, certaines interrogations ou oppositions peuvent demeurer quant au rôle joué par le tiers instrumentaire. Il convient donc de se pencher sur cette problématique, et de déterminer, quelle est la fonction caractéristique jouée par le tiers

---

<sup>382</sup> Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, p. 986, n° 2178

<sup>383</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 567, n° 893

<sup>384</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 568, n° 894

<sup>385</sup> Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, p. 985, n° 2175 - P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 565, n° 1187

<sup>386</sup> Civ. 1re, 14 janvier 2003 ; RJP 2003, 3/43, obs. T. Garé

<sup>387</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 574, n° 909

instrumentant un mariage ou une reconnaissance volontaire. Cette étape devra nous permettre de confirmer ou, au contraire, infirmer la classification telle que nous l'avons envisagée pour ces actes juridiques.

124. Le Professeur Bidaud expose que le mariage, comme les actes de reconnaissance de filiation, modifient sans aucun doute la situation substantielle des parties. Dans le premier cas l'acte entérine le passage du statut de célibataire à celui d'époux et dans l'autre de celui d'enfant sans filiation à enfant de monsieur ou madame X. Ce changement d'état implique dans l'un comme dans l'autre des cas des droits et des obligations nouveaux, ce qui caractérise la modification substantielle des situations juridiques<sup>388</sup>. Ces actes modifient l'état de droit antérieur à son établissement, ce qui lui confère une nature constitutive<sup>389</sup>. Au regard des exemples retenus on ne peut s'opposer à ce constat. Ainsi et par exemple, l'intervention de l'office d'état civil compétent, établissant un acte de mariage lors de la cérémonie de mariage, participe à modifier directement et substantiellement, tant que l'éventuelle nullité du mariage n'aura pas été prononcée, la situation juridique des parties. Le mariage dispose, tant que son éventuelle nullité n'aura pas été prononcée d'une normativité difficilement contestable au regard des droits et obligations qu'il fonde, ce qui est le cas également de l'acte de reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité. Comme nous avons souhaité le mettre en avant sur le fondement des dispositions du droit interne, les actes réceptifs constitutifs « *stricto sensu* » interviennent, sauf exceptions, principalement en matière extrapatrimoniaire et notamment en matière de droits de la personne et de la famille. Les actes extrapatrimoniaires ont la particularité de produire leurs effets substantiels *ipso facto ipso jure*, c'est-à-dire dès leur instrumentation, immédiatement<sup>390</sup>. Il apparaît toutefois que la présentation serait incomplète sans évoquer certains actes relevant d'une manifestation de volonté des parties à l'acte disposant d'un formalisme impératif, sans pour autant que l'acte se révèle être strictement instrumenté par le tiers au rapport juridique. C'est la raison pour laquelle les concernant il a été choisi le terme d'actes réceptifs constitutifs « *lato sensu* ».

## B. Les actes réceptifs constitutifs « *lato sensu* »

125. Il semble possible d'évoquer la problématique que pose ce type d'actes juridiques à travers l'exemple de deux actes. Il s'agit en premier lieu du pacte civil de solidarité (PACS) qui est la forme de partenariat enregistré retenue et mise en œuvre par le législateur français en 1999. Le

<sup>388</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 249, n° 304

<sup>389</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 314, n° 390

<sup>390</sup> V. *Infra*, p. 168 s., n° 257 s.



PACS, à l'image du mariage, entraîne pour les parties à la fois des effets personnels ou extrapatrimoniaux, mais également un certain nombre d'effets patrimoniaux. Celui-ci est un contrat qui peut être rédigé sous signature privée ou par acte authentique. Toutefois il semble que l'obligation, en droit français, de faire procéder à l'enregistrement du pacte civil de solidarité par une autorité publique, l'officier d'état civil ou le notaire, puisse amener à considérer le PACS comme faisant partie de la catégorie des actes réceptifs constitutifs, pour le moins entendus largement. Le deuxième exemple concerne les sociétés et plus particulièrement en matière de contrat de sociétés. Cette proposition peut, au premier abord, surprendre. En effet, nous avons eu l'occasion d'affirmer que les actes réceptifs constitutifs intervenaient principalement en matière extrapatrimoniaux. À cet égard la notion de droits extrapatrimoniaux semble, au premier abord, très éloignée du droit des sociétés. Cependant, à l'image de l'enregistrement d'un pacte civil de solidarité la nécessité en droit français de devoir faire procéder à l'immatriculation des statuts d'une société par une autorité publique est également de nature à permettre d'envisager le contrat de société comme un acte réceptif constitutif, « *lato sensu* ». En outre, les droits extrapatrimoniaux ne semblent pas totalement exclus de cette problématique. En effet, l'immatriculation d'une société sur un registre public concerne également, comme nous allons le voir, l'acquisition de la personnalité morale de cette dernière. La personnalité morale concerne certains droits extrapatrimoniaux, même en matière de société. Cela concerne des éléments tel que le nom de la société, son siège social, sa nationalité ou encore sa capacité, notamment à ester en justice. Ainsi, la conclusion d'un contrat de société n'engendre pas, exclusivement, une problématique en matière de droits patrimoniaux mais concerne également certains droits extrapatrimoniaux.

126. Il a été choisi d'intégrer ces actes à la catégorie des acte réceptifs constitutifs entendus largement et de l'illustrer avec eux, même si ce ne sont pas des actes publics, en ce sens qu'ils sont instrumentés par une autorité publique établissant un acte authentique, mais parce que l'intervention du tiers dont ils sont l'objet si elle ne se révèle pas une véritable instrumentation de l'acte se révèle pour autant indispensable à la validité du rapport juridique en droit interne.

127. Le pacte civil de solidarité, ou PACS, est une forme d'organisation de la vie de couple ou conjugale mise en œuvre en droit français par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité. Cependant la loi adoptée à cette date fût jugée par un certain nombre d'observateurs comme de piètre qualité pour diverses raisons, que celles-ci tiennent aux

difficultés pratiques de mise en application des textes<sup>391</sup>, ou aux paradoxes créés par les dispositions de la loi du 15 novembre 1999<sup>392</sup>. En 2004, la mise en œuvre d'un groupe de travail conduit par le Professeur Beignier démontrait la volonté de réformer la loi de 1999. Cette réforme allait intervenir en 2006 à travers la loi n° 2006-728 portant réforme des successions et des libéralités. Transformant profondément le PACS, celui-ci s'analyse désormais en véritable partenariat enregistré. La loi de 2006 modifie en profondeur les dispositions antérieures, non seulement celles relatives à la situation patrimoniale des partenaires, mais participe également à leur offrir désormais un véritable statut de couple<sup>393</sup>.

128. Le PACS, comme tout acte juridique est soumis à des conditions de validité au fond et en la forme, prévues aux articles 515-1 et suivants du Code civil. Il est défini par l'article 515-1 du Code civil comme « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.* ». Le PACS est donc défini comme un contrat même si pour certains auteurs il relève, quoi que l'on puisse en dire, de l'état des personnes<sup>394</sup>.

129. Au-delà du respect des conditions de fond – qu'il n'est pas, dans le cadre des présents développements, nécessaire de présenter<sup>395</sup> – la conclusion d'un PACS doit également satisfaire des conditions de forme. À cet égard, la réalisation certaine de ces conditions s'avère absolument impératives à la conclusion d'un pacte civil de solidarité. Les conditions de forme du pacte civil de solidarité sont principalement prévues par l'article 515-3 du Code civil. Classiquement la forme du PACS est présentée comme se réalisant en trois temps. Tout d'abord la réalisation d'un pacte civil de solidarité requiert la rédaction d'un contrat, ensuite que celui-ci fasse l'objet d'une déclaration, et enfin qu'il soit enregistré notamment à des fins de publicité<sup>396</sup>. Comme nous venons de l'évoquer ces conditions de forme sont impératives dans la mesure où leur réalisation conditionne la validité même du PACS entre deux partenaires. Parmi les exigences formelles à la conclusion d'un PACS, la première d'entre elles réside dans la réalisation d'un contrat écrit. En effet la rédaction d'un contrat entre les futurs partenaires est une condition relevant de l'article 515-3 alinéa 3 du Code civil qui dispose qu'« *À peine d'irrecevabilité, les personnes qui concluent un pacte civil de*

<sup>391</sup> F. GRANET-LAMBRECHTS, Articles 515-1 à 515-7-1 - Fasc unique : LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ [en ligne], Jurisclasseur Civil Code, Encyclopédies JurisClasseur, 1er décembre 2017 [consulté le 16 octobre 2018], Lexis360, spéc. n° 9

<sup>392</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 232, n° 300

<sup>393</sup> V. à ce propos H. FULCHIRON, Le nouveau PACS est arrivé !, Defrénois, 2006, p. 1621 s.

<sup>394</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 235, n° 306

<sup>395</sup> V. F. GRANET-LAMBRECHTS, *op. cit.*, spéc. n° 23 s.

<sup>396</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 241, n° 317 s.

*solidarité produisent au greffier la convention passée entre elles* ». Il ressort de ces dispositions que la convention de PACS doit faire l'objet d'un écrit<sup>397</sup>. En revanche le droit français ne s'enferme pas dans un formalisme exacerbé puisque la convention de pacte civil de solidarité peut être rédigée soit par acte sous-seing privé, soit par acte authentique<sup>398</sup>. Cependant, si la réalisation d'un écrit est une condition nécessaire, ce n'est pour autant une condition suffisante à la formation d'un pacte civil de solidarité. Comme nous l'avons évoqué le formalisme lié au PACS est régulièrement présenté comme un formalisme en trois temps. La rédaction de la convention ne représente que le premier temps de la réalisation formelle du PACS. La seconde étape consiste en la réalisation d'une déclaration de ladite convention, soit auprès de l'officier d'état civil, soit devant un notaire. Cette exigence est également prévue par l'article 515-3 du Code civil qui prévoit que les personnes concluant un pacte civil de solidarité doivent en faire la déclaration à l'officier d'état civil de la commune dans laquelle celles-ci fixent leur résidence, ou devant l'officier d'état civil de la commune où se trouve la résidence de l'une des parties à la convention de PACS. Le choix de l'autorité compétente pour recevoir cette déclaration a été l'objet d'une réforme récente, puisqu'avant la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle la déclaration devait s'effectuer au greffe du tribunal d'instance. Depuis cette réforme, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2017, la déclaration doit désormais s'effectuer auprès de l'officier d'état civil désigné compétent pour recevoir cette déclaration<sup>399</sup>. Précisons enfin que concernant les conventions de partenariat enregistré conclu devant notaire, sous la forme authentique, la procédure est quelque peu différente. En effet, lorsque la convention est conclue devant notaire, il ressort de l'article 515-3 al. 5 que ce dernier est tenu de procéder à la réception de la déclaration conjointe des futurs partenaires<sup>400</sup>. Ainsi, dans le cadre d'une convention réalisée devant notaire la déclaration peut, à la différence des conventions conclues sous-seing privé, ne pas être présentée à l'officier d'état civil désigné compétent, mais réalisée directement devant le notaire. Toutefois la distinction entre une convention réalisée sous-seing privé ou par acte authentique n'influence pas seulement la procédure relative à la déclaration conjointe du PACS mais entraîne également des différences quant à l'autorité compétente pour procéder à l'enregistrement de la convention. Après vérification de la

---

<sup>397</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, spéc. p. 241, n° 318

<sup>398</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, spéc. p. 241, n° 318 - P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Sirey, 2017 (7<sup>ème</sup> édition), spéc. p. 82, n° 234 - H. BOSSE-PLATIÈRE, *Formation de PACS*, in *Droit de la famille 2020/21*, Dalloz, Sous la direction de P. MURAT, 2019 (8<sup>ème</sup> édition), p. 570 s., spéc. p. 574, n° 152.52 - V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, LexisNexis, 2020 (3<sup>ème</sup> édition), spéc. p. 268 s., n° 526 s.

<sup>399</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, spéc. p. 242, n° 319 - P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, spéc. p. 82, n° 237 - F. TERRÉ, D. FENOUILLET et C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, spéc. p. 316, n° 362

<sup>400</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, spéc. p. 242, n° 319

recevabilité de la déclaration conjointe des futurs partenaires, l'officier d'état civil inscrit celle-ci sur ses registres et fait procéder aux formalités de publicité. Une fois ce enregistrement réalisé, l'officier d'état civil restitue aux partenaires l'original de la convention, ou, dans le cas où la convention aurait été réalisée par acte authentique l'expédition de l'acte authentique<sup>401</sup>. Dans le cas où le PACS est conclu par acte notarié il appartiendra, conformément à l'article 515-3 al. 5, au notaire de procéder à l'enregistrement de la convention de PACS. La convention est enregistrée par le notaire dans le « registre des conventions notariées de pacte civil de solidarité » prévu par le décret n° 2012-966 du 20 août 2012. Cette étape d'enregistrement constitue une étape fondamentale. Effectivement l'enregistrement constitue une véritable condition de validité du pacte civil de solidarité. En effet, à l'image de la célébration du mariage par l'officier d'état civil qui constitue une condition de validité du mariage, en matière de PACS, la déclaration enregistrée constitue également une condition de validité<sup>402</sup>. À cet égard, la doctrine a déjà pu s'interroger sur le point de savoir si le pacte civil de solidarité mis en œuvre par le droit français devait s'analyser comme un contrat consensuel ou solennel<sup>403</sup> ? Il semble qu'aujourd'hui cette problématique soit dépassée par les auteurs qui considèrent, très majoritairement, le PACS comme étant un contrat solennel. Un certain nombre d'auteurs, pour affirmer leur position, s'appuient sur le nouvel article 515-3-1 du Code civil disposant que « *Le PACS ne prend effet entre les parties qu'à compter de son enregistrement qui lui confère date certaine* ». Ils en concluent, pour poursuivre l'analogie avec le mariage, que de la même manière que c'est la célébration du mariage qui « fait » le mariage, c'est l'enregistrement du PACS qui « fait » le PACS<sup>404</sup>. Ainsi, à l'instar du mariage, la convention de PACS ne produira effet, même entre les partenaires qu'à compter du jour où les formalités d'enregistrement auront été effectuées<sup>405</sup>. Il ressort de cela que si le PACS ne doit pas, à la différence du mariage, être obligatoirement instrumenté par une autorité publique, l'intervention de cette dernière, en la personne soit de l'officier d'état civil, soit d'un notaire, s'avère une condition absolument nécessaire à la conclusion de celui-ci. En effet, l'enregistrement de la convention constitue une condition de validité. Pour ces raisons il semble nécessaire de devoir intégrer le pacte civil de solidarité au sein de la catégorie des actes réceptifs constitutifs. Toutefois ici ce n'est pas l'instrumentation par un tiers instrumentaire, autorité publique, qui est requise mais seulement l'enregistrement par celle-ci. Si le PACS apparaît devoir intégrer la catégorie des actes réceptifs

---

<sup>401</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, spéc. p. 243, n° 320 - P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, spéc. p. 83, n° 240

<sup>402</sup> P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p. 84, n°242

<sup>403</sup> J. HAUSER, *Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou solennel ?*, Defrénois, 2001, p. 673 s.

<sup>404</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 245, n° 324

<sup>405</sup> H. BOSSE-PLATIÈRE, *op. cit.*, spéc. p. 574, n° 152.51

constitutifs entendue de façon large, il semble que le droit des sociétés, et notamment le contrat de société, généralement matérialisé par la rédaction de statuts en constitue un autre exemple

130. Les dispositions générales relatives aux sociétés se retrouvent, en droit français, aux articles 1832 et suivants du Code civil. Pour citer l'article 1832, disposition générale en droit des sociétés : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.*

*Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.*

*Les associés s'engagent à contribuer aux pertes. ».*

131. Le contrat de société est un contrat qui peut être librement formé. Comme tout contrat, celui-ci requiert le consentement de contractants capables sur un objet licite. Par ailleurs les particularités du contrat de société se révèlent par l'obligation de participer à la fois aux bénéfices et aux pertes. Comme l'évoquent certains auteurs la loi impose, au-delà des conditions de fond, des règles de constitution et prescrit une publicité révélant la création de la société. On est, par cela, tenté de voir dans l'élément formel le caractère essentiel de la société<sup>406</sup>. Par ailleurs l'élément formel représente l'élément central dans le cadre de notre démonstration. En effet, l'étude de l'élément formel de la société permettra de mettre en avant la nécessité ou non de l'intervention d'un tiers lors de la constitution d'une société et le cas échéant le rôle joué par ce dernier. Pour ces raisons, les conditions de fond mises en avant par l'article 1832 du Code civil ne seront pas plus développées ici. Il s'agit ici simplement de conserver à l'esprit que le contrat de société est un acte juridique. En cela sa validité suppose la réunion de différentes conditions, à la fois classiques du droit commun des contrats (consentement, capacité, objet...), mais également des conditions spécifiques (*affectio societatis*)<sup>407</sup>. Nous allons pour notre part nous focaliser sur les formalités requises pour la constitution d'une société en droit français.

---

<sup>406</sup> M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, p. 13, n° 1508

<sup>407</sup> V. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2020 (33<sup>ème</sup> édition), p. 61, n° 168 - Pour une bibliographie, non exhaustive V. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2019 (8<sup>ème</sup> édition), spéc. p. 91 s., n° 94 s. - M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, spéc. p. 14 à 29, n° 1509 s. - M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, p. 61 s., n° 168 s. - D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, Ellipses, 2012 (4<sup>ème</sup> édition), spéc. p. 33 à 55, n° 40 s.

132. L'acte de société a pris dans la pratique le nom de statuts<sup>408</sup>. Le terme de « statuts » revêt deux sens, à la fois un sens formel renvoyant à l'*instrumentum* du contrat de société mais également au contenu de celui-ci soit à son *negotium*<sup>409</sup>. Ils doivent être établis par écrit et publiés. À défaut d'écrit qui peut, à la discrétion des associés, se réaliser soit sous-seing privé soit par acte authentique devant notaire, la société est nulle<sup>410</sup>. La nécessité d'établir le contrat de société ou les statuts par écrit ressort très clairement de l'article 1835 du Code civil. Comme tout acte juridique, les statuts doivent être signés par l'ensemble des associés, ceux-ci pouvant envisager de confier cette tâche à un mandataire dûment désigné, et ayant reçu pouvoir à cet effet. Seulement ces formalités ne sont pas les seules à devoir effectuer lors de la constitution d'une société. En effet, le contrat de société doit également faire l'objet d'une publicité. Celle-ci a notamment pour objectif d'informer les tiers de la constitution d'une nouvelle société<sup>411</sup>. La publicité entraîne la réalisation d'effets extrêmement importants au sein desquels l'un des principaux est l'acquisition de la personnalité morale par la société.

133. En matière de publicité une place majeure est réservée au greffe du tribunal de commerce. C'est lui qui est tenu de procéder aux différentes mesures visant à la publicité des sociétés. Parmi celles-ci l'une des plus importantes est l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. À ce sujet, selon l'article 1842 du Code civil, « *Les sociétés autres que les sociétés en participation jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation* ». Ainsi, dès que la société est définitivement constituée elle fait l'objet d'une inscription au registre du commerce et des sociétés par le greffe du tribunal de commerce compétent. Cette immatriculation lui confère la personnalité morale. À cet égard, dans une perspective comparatiste, il est intéressant de relever que, comme en France, « *dans la plupart des cas un organe étatique participe à la création d'une société. Dans les pays anglo-saxons seules les sociétés « enregistrées » (incorporated) c'est à dire inscrites sur un registre public, sont des personnes morales* »<sup>412</sup>. Comme l'évoque le texte de l'article 1842 du Code civil, seules les sociétés en participation sont exonérées des mesures de publicité. Toutefois cette exonération demeure logique dans la mesure où la société en participation, à la différence des autres formes de sociétés, ne détient pas la personnalité morale. On peut, avec l'appui de la doctrine spécialisée en la matière, affirmer que malgré la diversité des formes juridiques existantes en matière de sociétés, il existe un caractère commun à toutes : elles ont toute la personnalité morale. Une seule ne l'a pas, il s'agit de

<sup>408</sup> M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, p. 66, n° 1571

<sup>409</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, p. 248, n° 332

<sup>410</sup> D. GIBIRILA, *op. cit.*, p. 59, n° 92

<sup>411</sup> D. GIBIRILA, *op. cit.*, p. 60, n° 94

<sup>412</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 725, n° 1115

la société en participation<sup>413</sup>. La publicité requise en matière de société permet notamment au tiers de connaître l'existence de la personne morale. De ce point de vue « *Il ne s'agit pas ici d'une simple formalité destinée à régler les conflits de droits, mais d'une règle constitutive de la société* »<sup>414</sup>. Elle comporte la publication d'un extrait dans la presse et l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Cette dernière étape, réalisée sous le contrôle du greffier du tribunal de commerce confère, une fois la société définitivement constituée, la personnalité morale à cette dernière. Une fois l'immatriculation réalisée le greffier fait publier l'immatriculation par l'insertion d'un avis au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC)*. L'immatriculation est une étape fondamentale dans la mesure où elle entraîne, à l'égard de la société personne morale, l'acquisition des attributs de la personnalité juridique, adaptés aux personnes morales. La société est désormais un sujet de droit. En tant que tel, la société peut être titulaire de droits et d'obligations. Elle est également en mesure de reprendre les actes et engagements pris par les personnes physiques pendant la période où elle demeurait en formation. On peut dire que l'immatriculation d'une société au registre du commerce et des sociétés a une véritable portée substantielle<sup>415</sup>. Parmi les attributs de la personnalité dont disposent les sociétés on retrouve le nom, comme pour les personnes physiques. La société dispose d'un siège social qui est le pendant, pour les personnes morales, du domicile des personnes physiques. La société dispose comme toute personne juridique d'un patrimoine ainsi que de la capacité juridique. Il est d'ailleurs à remarquer que la société dispose sans restriction de la pleine capacité juridique, et n'a pas à s'inquiéter des incapacités juridiques qui frappent les individus<sup>416</sup>. Enfin, ultime attribut, la société dispose également d'une nationalité<sup>417</sup>.

134. Les sanctions des irrégularités de constitution peuvent avoir, suivant l'irrégularité envisagée, des conséquences très importantes. Il existe tout d'abord des causes de nullités inhérentes au contrat de société. Ces causes sont celles que l'on retrouve classiquement en droit des contrats<sup>418</sup>. Par ailleurs il existe également des sanctions concernant les irrégularités relatives à la publicité de la société lors de sa constitution. Dans ce cas, les effets sont radicaux. À défaut d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés par le greffier du tribunal de commerce

<sup>413</sup> M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, p. 144, n° 1649

<sup>414</sup> M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, p. 68, n° 1575

<sup>415</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, p. 267, n° 371

<sup>416</sup> M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, p. 156, n° 1666

<sup>417</sup> Pour approfondir sur les attributs de la personnalité morale V. M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, p. 149 à 158, n° 1660 s. - P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, p. 291 s., n° 414 s. - M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, p. 133 s., n° 344 s. - D. GIBIRILA, *op. cit.*, p. 67 à 82, n° 108 s.

<sup>418</sup> Concernant ces notions V. M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, p. 72 s., n° 1582 s. - P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, p. 274 s., n° 384 s.

compétent, la société est inexistante en tant que personne morale<sup>419</sup> et cette inexistence s'impose à tous<sup>420</sup>. La gravité de la sanction des irrégularités de publicité encourage à voir dans le contrat de société un véritable acte solennel. Cette position dépasse le seul fait que le contrat de société doit faire l'objet d'un écrit. En effet, à l'image du PACS, si le contrat de société peut être rédigé sous-seing privé ou par acte authentique, l'immatriculation de ce contrat de société par le greffier du tribunal de commerce est un élément indispensable à l'acquisition de la personnalité morale de la société. À défaut, plus qu'une question de la validité de constitution de la société, celle-ci ne disposera d'aucune existence juridique. Elle demeurera lettre-morte. L'immatriculation conditionne également l'opposabilité aux tiers et administrations publiques des faits et actes sujets à mention dans le registre du commerce et des sociétés qui dans le cas contraire seraient inopposables. À l'inverse les tiers et administrations publiques pourraient eux s'en prévaloir. Enfin, l'immatriculation permet la reprise par la société des engagements qui ont été souscrits en son nom pendant la période de sa formation<sup>421</sup>. Ainsi l'immatriculation d'une société en droit français ne s'avère pas être une simple exigence probatoire mais une véritable condition d'existence de la personnalité morale des sociétés et entraînant des effets importants, notamment en matière d'opposabilité. Pour certains auteurs, en matière de formalités de publicité des sociétés il s'agit véritablement « d'une règle constitutive de la société »<sup>422</sup>. Pour l'ensemble de ces raisons il nous semble que le contrat de société, à l'instar de la convention de PACS, est un acte juridique qui doit faire l'objet d'une classification parmi les actes réceptifs constitutifs entendus largement. Pour s'en assurer il convient comme il a été fait précédemment de déterminer le rôle joué par le tiers, qui n'instrumente pas à proprement parlé, tant en matière de PACS avec l'officier d'état civil ou le notaire qu'en matière de contrat de société avec le greffier du tribunal de commerce.

135. À l'image des actes réceptifs constitutifs « *stricto sensu* » il apparaît que concernant tant la réalisation d'un PACS que la création d'une société, personne morale, l'intervention d'une autorité se révèle indispensable en droit interne. Toutefois à la différence des premiers, l'intervention du tiers est indispensable non plus pour instrumenter directement l'acte mais pour procéder à l'enregistrement ou à l'immatriculation de celui-ci. Il est à présent établi que si cette formalité n'est pas réalisée, le PACS est considéré comme non valablement constitué. La société

---

<sup>419</sup> M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, p. 72, n° 1582

<sup>420</sup> M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, p. 70, n° 1579

<sup>421</sup> D. GIBIRILA, Articles 1832 à 1844-17 - Fasc. 20 : SOCIÉTÉ. - Dispositions générales. - Immatriculation de la société, Jurisclasseur Civil Code [en ligne], Encyclopédies JurisClasseur, 2 avril 2020 (Mis à jour le 27 août 2020) [consulté le 14 octobre 2020], Lexis360, spéc. n° 36

<sup>422</sup> M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, p. 68, n° 1575



sera pour sa part tenue pour inexistante. Il est donc acquis que l'intervention de l'officier d'état civil dans le premier cas, et du greffier du tribunal de commerce dans le second, sont indispensables. Cependant, il demeure légitime de s'interroger sur la fonction du tiers lors de la conclusion d'un pacte civil de solidarité ou dans la création d'une société.

136. S'agissant tout d'abord du PACS, l'officier d'état civil n'assure pas une simple mission d'enregistrement. En effet, celui-ci peut être emmené à refuser d'enregistrer la déclaration dans le cas où cette dernière serait réalisée sans production de la convention de PACS. Cette solution est prévue par l'article 515-3 alinéa 3 du Code civil. L'officier d'état civil peut encore refuser de procéder à l'enregistrement de la déclaration qu'on lui présente dans le cas où l'une des parties ne rempliraient pas les conditions de capacité, ou encore qu'un empêchement résultant d'un inceste ou qu'une situation de polygamie se révélerait à lui<sup>423</sup>. Ainsi en droit français le tiers instrumentaire requis pour l'enregistrement de la déclaration de PACS, l'officier d'état civil, ne joue pas un simple rôle d'enregistrement de la convention mais s'assure que les conditions les plus élémentaires pour la conclusion d'un PACS sont bien remplies. C'est en cas de défaut de l'une de ces conditions que l'officier d'état civil rend une décision motivée d'irrecevabilité. La déclaration de PACS ne sera pas, dans ce cas, enregistrée. On peut également s'interroger sur le point de savoir si l'officier d'état civil lors de l'enregistrement d'une déclaration de PACS n'assure pas une fonction volitive ou juridictionnelle, entraînant la réalisation d'un acte juridictionnel ou acte volitif. Sur ce point nous savons déjà que l'acte rendu par l'officier d'état civil n'est pas un acte administratif<sup>424</sup>. Cependant cela ne tarit les interrogations relatives à la fonction exercée par l'officier d'état civil qui, comme le greffier du tribunal d'instance, n'est pas une juridiction.

137. Il est à présent établi les critères permettant de déterminer la fonction juridictionnelle ou volitive. Celle-ci comprend nécessairement un double pouvoir : De *jurisdictio* et d'appréciation<sup>425</sup>. Or, s'il est vrai que l'officier d'état civil peut, dans une certaine mesure, apprécier la déclaration qu'il lui revient d'enregistrer, notamment au regard des conditions les plus élémentaires, il ne dispose pas en revanche, à l'image de l'officier d'état civil exerçant une fonction constatative<sup>426</sup> du pouvoir de dire le droit ou pouvoir de *jurisdictio*. En effet, l'officier d'état civil ne

---

<sup>423</sup> H. BOSSE-PLATIÈRE, *op. cit.*, spéc. p. 576, n° 152.71 s.

<sup>424</sup> CE 23 mai 2003, req. n° 248982 - R. PERROT, La notion d'acte juridictionnel : le pacte civil de solidarité et le rôle du greffier, RTD civ., 2003, p. 546 s.

<sup>425</sup> V. *Supra*, p. 41, n° 50

<sup>426</sup> V. *Supra*, p. 64, n° 96

peut apprécier le contenu de la convention de PACS et ne dispose sur ce point d'aucun pouvoir<sup>427</sup>. Il apparaît à cet égard que l'on ne peut alors affirmer que l'officier d'état civil qui enregistre une convention de PACS assure une fonction volitive. Les deux pouvoirs attribués à la fonction juridictionnelle, le pouvoir de *jurisdictio* et le pouvoir souverain d'appréciation, se révèlent pleinement nécessaires à la détermination de la fonction volitive ou juridictionnelle. De l'absence de l'un de ces pouvoirs la qualification juridictionnelle de la fonction exercée par l'officier d'état civil à l'occasion de l'enregistrement d'un PACS apparaît alors douteux.

138. Ces doutes se manifestent également s'agissant de la fonction exercée par le greffier du tribunal de commerce à l'occasion de l'enregistrement d'un contrat de société. Pour certains auteurs en effet, à l'occasion de la procédure d'immatriculation d'une société, le greffier ne réalise pas une simple formalité, mais rend une véritable décision juridique lorsqu'il exerce son contrôle<sup>428</sup>. Peut-on ainsi considérer que le greffier du tribunal de commerce assure par ses prérogatives une fonction volitive lorsqu'il procède, ou non, à l'immatriculation d'une société au registre du commerce et des sociétés ? Le contrôle opéré par le greffier comprend trois aspects. Il contrôle tout d'abord que les énonciations soient conformes aux dispositions législatives et réglementaires et correspondent aux pièces et actes déposés en annexe. Il vérifie que la constitution des sociétés commerciales est conforme aux dispositions législatives et réglementaires et enfin contrôle la présence dans le dossier des déclarations, autorisations, *etc.* ... requises pour l'exercice de l'activité envisagée<sup>429</sup>. Il peut refuser d'immatriculer une société parce que le dossier de constitution qui lui est remis est irrégulier ou incomplet. Toutefois le contrôle qu'il est en mesure d'exercer s'arrête ici. De cela, il est possible d'en déduire que le greffier est simplement tenu d'un contrôle de régularité à l'exclusion de tout contrôle d'opportunité<sup>430</sup>. A cet égard la jurisprudence a déjà affirmé qu'il ne lui appartient pas « *de juger de l'opportunité de l'immatriculation d'une société à responsabilité limitée dès lors qu'il n'a pas relevé le caractère incomplet du dossier d'immatriculation ou la violation des règles impératives régissant cette forme de société, ou encore la violation d'une règle d'ordre public* »<sup>431</sup>. Il apparaît que, même la crainte d'un vice du consentement de l'un des associés ou toute autre crainte perçue par le greffier, échappe à son contrôle. De notre point de vue, l'impossibilité pour le greffier de se livrer à tout contrôle de ce type, l'exclut de la fonction juridictionnelle ou volitive. En effet le contrôle d'opportunité fait partie intégrante de la fonction juridictionnelle et notamment du pouvoir de *jurisdictio*. Le parallèle

<sup>427</sup> H. BOSSE-PLATIÈRE, *op. cit.*, p. 577, n° 152.73

<sup>428</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, p. 268, n° 371

<sup>429</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, p. 239, n° 373

<sup>430</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, p. 270, n° 373

<sup>431</sup> CA. Douai, 8 février 1996 : RJDA, 12/1996, n° 1476

avec les pouvoirs d'appréciation de l'intérêt des parties dont dispose, parfois expressément, le juge en matière gracieuse semble à cet égard opportun<sup>432</sup>. Enfin, il convient de préciser également que pour certains auteurs le contrôle effectué par le greffier se révèle être un simple contrôle formel<sup>433</sup>, nécessairement exclusif de la fonction juridictionnelle. Pour l'ensemble de ces raisons, et malgré les doutes qui peuvent subsister il apparaît que tant le greffier du tribunal de commerce lorsqu'il immatricule une société que l'officier d'état civil lorsqu'il enregistre un PACS n'exercent, à cette occasion, une fonction juridictionnelle ou volitive. L'acte qui en résulte ne pourra, en droit français s'analyser en un acte juridictionnel ou volitif. S'il a été possible de déterminer la nature du PACS et du contrat de société comme des actes réceptifs constitutifs « *lato sensu* » eu égard non seulement aux formalités requises mais également à la fonction exercée par le tiers les concernant, qu'en est-il des effets produits par ces actes ? Les exemples du PACS et du contrat de société, une nouvelle fois, serviront ici de guide.

139. Il apparaît que l'enregistrement de la convention de PACS et l'immatriculation d'une société personne morale peuvent se rapprocher, notamment dans les effets qu'ils produisent, d'autres actes juridiques déjà présentés. Concernant la convention de PACS, celle-ci est un des modes d'organisation de la vie conjugale prévue par le droit français. Elle est en concurrence avec le mariage ou le concubinage. Il semble alors, eu égard à son objet, que le PACS puisse se rapprocher du mariage et des effets du mariage même si certains d'entre eux diffèrent entre la situation d'époux et de partenaires. La convention de PACS dûment enregistrée, comme l'acte de mariage convenablement célébré, entérine le passage du statut de célibataire à celui de partenaires. Cette situation entraîne, comme en matière de mariage, des droits et des obligations nouveaux à l'égard de ces derniers, symbole de la modification substantielle de leur situation juridique conjugale. Ainsi il semble que pour les mêmes raisons que celles développées en matière de mariage<sup>434</sup>, le PACS entraîne la réalisation d'effets substantiels et participe à modifier sans doute la situation des parties, tant que l'acte juridique, en l'espèce la convention, n'aura pas fait l'objet d'une action en nullité ayant aboutie. On peut à cet égard évoquer l'obligation pour les partenaires d'organiser leur vie commune, l'assistance ou encore la solidarité des partenaires à l'égard des tiers pour les dettes contractées pour les besoins de la vie courante. Il s'agit ici des effets personnels du PACS<sup>435</sup>. De ce point de vue, il semble donc difficile, comme en matière de mariage, de dénier

---

<sup>432</sup> V. *Supra*, p. 47 s., n° 60 s.

<sup>433</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, p. 119, n° 322

<sup>434</sup> V. *Supra*, p. 82, n° 124

<sup>435</sup> À cet égard V. P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 247 s., n° 331 s. - F. TERRÉ, D. FENOUILLET et C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 317, n° 364 s.

quelque effet substantiel que ce soit au pacte civil de solidarité. Il modifie directement le statut et la situation juridique des parties. Les individus passent du statut de célibataires à celui de partenaires, avec les droits et obligations immédiatement attachés à ce statut. La conclusion d'un PACS entraîne également des effets en matière patrimoniale<sup>436</sup>. Les partenaires disposent notamment de la possibilité de déterminer le régime patrimonial qui les unira. Pour résumer, le PACS « consacre socialement la relation des partenaires, avec les droits et devoirs attachés à leur nouveau statut »<sup>437</sup>. Il nous apparaît difficile de nier le fait que tant socialement que juridiquement la conclusion d'un PACS modifie la situation substantielle des partenaires et constitue leur situation juridique conjugale tant que la nullité du PACS n'a pas été prononcée. Ainsi, à l'image du mariage précédemment évoqué, il nous apparaît que la conclusion d'un PACS, dûment réalisé, entraîne inévitablement la production d'effets substantiels. Cette modification concerne tant, et dans une certaine mesure, la situation personnelle des partenaires, que leur situation patrimoniale, tant que la nullité du PACS n'aura pas été prononcée. Ce statut s'impose à tous.

140. Il semble que l'on puisse en dire autant concernant l'acquisition de la personnalité morale par une société. La publicité, et notamment l'immatriculation des statuts d'une personne morale en formation par le greffe du tribunal de commerce, permet la naissance d'une nouvelle personnalité juridique, la personnalité de la société. Il nous semble que certains parallèles avec l'acte de naissance peuvent être réalisés. Tout d'abord, à l'image du contrat de société, l'acte de naissance permet l'acquisition des éléments de la personnalité juridique tel le nom par exemple. Cependant, à la différence de l'acte de naissance, le contrat de société ne concerne pas l'acquisition de la personnalité juridique par une personne physique mais par une personne morale. L'origine même de l'acte, au sens d'*instrumentaux*, diffère. Concernant les actes de naissance ils dépendent de la réalisation ou non d'un fait juridique, la naissance. En revanche la « naissance » des personnes morales dépend strictement de la volonté de ses auteurs. Elle est dépendante d'un acte juridique, non pas d'un fait juridique ou naturel. Mis à part ces différences quant à l'origine de la personnalité juridique il semble que l'on puisse rapprocher les effets produits par un acte de naissance et par un contrat de société. En effet, comme en matière d'acte de naissance, la conclusion d'un contrat de société qui fait l'objet d'une immatriculation, telle que le prévoient les règles applicables, permet l'acquisition par la société d'attributs à la fois patrimoniaux et extrapatrimoniaux, de la même manière qu'un acte de naissance attribue des droits patrimoniaux (un patrimoine par exemple) et

---

<sup>436</sup> À cet égard V. P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 250 s., n° 336 s. - F. TERRÉ, D. FENOUILLET et C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 323 s., n° 372 s.

<sup>437</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 244, n° 322

des droits extrapatrimoniaux (l'attribution d'un nom ou la détermination du sexe par exemple). Les attributs patrimoniaux de la société concernent principalement l'attribution d'un patrimoine à la société, le patrimoine social. Celui-ci est propre à la société et distinct de celui de ses fondateurs. Concernant les attributs extrapatrimoniaux, ces derniers permettent d'individualiser la société et concerne, à l'image des personnes physiques, l'attribution d'un siège social (l'équivalent du domicile des personnes physiques), la détermination d'un nom ou encore d'une nationalité<sup>438</sup>. Nous ne voyons pas, *a priori*, de raison d'analyser les attributs extrapatrimoniaux de la société différemment que ceux étudiés en matière de personnes physiques. Certes il est vrai, à l'image des éléments établis dans l'acte de naissance des personnes physiques, qu'un élément de la société qui a été établie peut être mis en cause, et reste contestable. Cependant, en dehors de toute contestation, c'est bien le contrat de société ou les statuts, tels qu'ils ont été immatriculés par l'officier public qui permettront l'établissement d'un élément de la personne morale et détermineront les attributs de cette dernière, comme son nom par exemple<sup>439</sup>. Ainsi, pour les mêmes raisons que celles concernant les actes de naissance des personnes physiques, tant qu'aucune contestation n'aura abouti, l'obligatorité des éléments établis par les statuts de la société semble certaine. Tant qu'aucune contestation n'aura abouti, tant la personnalité morale de la société, que les éléments de sa personnalité, tel son nom, son siège social ou sa nationalité seront établis par les statuts de la société dûment immatriculée. Ces éléments s'imposent à tous. Il semble ainsi, au regard des seuls attributs extrapatrimoniaux des sociétés personnes morales, qu'il est difficile de contester en droit français la production d'effets substantiels les concernant.

---

<sup>438</sup> V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, Dalloz, 2019 (9ème édition), p. 85, n° 129

<sup>439</sup> V. *Supra*, p. 66 s., n° 98 s.

## Conclusion du chapitre 1

141. La classification des actes juridiques à raison de leur nature n'est pas unidimensionnelle et renvoie à la diversité. Tout d'abord le terme d'acte juridique lui-même est polysémique. Il est susceptible de désigner tant l'enveloppe d'un rapport juridique que son contenu ce qui justifie de les distinguer. Dans le premier cas il s'agit de l'acte juridique au sens formel du terme, soit l'*instrumentum* ou le support formel. Dans le second, il s'agit du contenu du rapport juridique ou *negotium*. Pour appréhender cette multiplicité nous avons classé les actes juridiques en raison de leur nature suivant un triple critère : formel, fonctionnel et matériel. Cette classification nous a permis de mettre en évidence qu'en droit français, par principe, les actes juridiques reposent sur le principe du consensualisme. Il signifie qu'en droit français, et par principe, les actes juridiques se formalisent par le seul échange des consentements de leurs auteurs, sans formalisme particulier. Pour autant, par dérogation au principe du consensualisme, le droit interne impose parfois, pour des raisons de preuve ou de validité des actes juridiques un formalisme particulier. Le formalisme impose alors généralement la réalisation d'un écrit. Celui-ci peut, suivant les dispositions de la loi ou la volonté des individus, se réaliser entre les parties seules, on parle alors d'acte sous signature privée, ou avec la présence d'un tiers instrumentaire. Ce tiers instrumentaire peut être institué par un ordre juridique étatique, on parle alors généralement d'autorité publique, ou peut simplement se voir reconnaître certains pouvoirs par un ordre juridique étatique sans que celui-ci ne l'ait institué dans les fonctions qu'il assure. En droit interne, la présence d'un tiers instrumentaire institué par l'ordre juridique étatique français donne généralement lieu à la réalisation d'un acte dit authentique ou public, entraînant de nombreuses conséquences au premier rang desquelles une force probante renforcée de l'instrument. Si ce premier critère permet de distinguer formellement les actes juridiques, encore convient-il de voir que les fonctions assurées par le tiers instrumentaire à un rapport juridique sont susceptibles de différer. De ce point de vue la classification fonctionnelle des actes juridiques, qui à la différence de la classification formelle suppose nécessairement la présence d'un tiers instrumentaire, permet de distinguer les principales fonctions susceptibles d'être exercée par le tiers instrumentaire en droit interne. Ainsi nous avons identifié trois catégories d'actes juridiques eu égard à la fonction exercée par le tiers instrumentaire en droit interne. Les premiers sont les actes volitifs ou juridictionnels qui supposent que le contenu de l'acte juridique, *negotium*, soit l'œuvre du tiers instrumentaire conformément au pouvoir de dire le droit ou pouvoir de *jurisdictio* et au pouvoir souverain d'appréciation dont il dispose et qui caractérisent sa fonction. Ainsi en va-t-il des actes de juridictions contentieuses, des actes de juridictions gracieuses ou encore des sentences arbitrales pour lesquels le tiers instrumentaire exerce

assurément une fonction volitive. Les seconds sont les actes constatatifs qui supposent la constatation par le tiers instrumentaire d'un fait juridique ou naturel et requièrent la réalisation d'un acte juridique, au sens d'instrument, par ce dernier. Nous l'avons illustré à travers la fonction de l'officier d'état civil en droit français lorsqu'il instrumente les actes de naissance ou de décès et pour lesquels il assure, selon nous, une fonction constatative. Enfin les troisième, les actes réceptifs supposent pour leur part la réception d'une volonté privée, *negotium*, par le tiers instrumentaire, laquelle est consignée dans l'acte, *instrumentum*, formellement dressé par celui-ci. À la différence de l'acte volitif par exemple, le contenu demeure l'œuvre des parties. Sont intégrés à cette catégorie les contrats de vente notarié, les actes de mariage ou encore la renonciation anticipée à l'action en réduction par exemple, pour lesquels le tiers instrumentaire assure une fonction réceptive de volonté. Pour autant, s'agissant de cette dernière catégorie, la doctrine, notamment, a pu mettre en évidence une distinction visant à considérer l'impérativité ou non de l'intervention du tiers instrumentaire dans sa fonction réceptive pour constituer un rapport juridique. En considérant les dispositions du droit interne ont ainsi pu être distingués les actes réceptifs déclaratifs pour lesquels l'intervention du tiers instrumentaire est conditionnée à la volonté des parties qui y recourent généralement dans un objectif probatoire, des actes réceptifs constitutifs qui supposent impérativement, notamment à titre de validité, l'intervention d'un tiers instrumentaire compétent identifié. Les premiers, pour le moins en droit interne, se retrouvent plus habituellement en matière de droit patrimoniaux, pour lesquels les individus disposent librement de leurs droits alors que les droits extrapatrimoniaux, plus sensibles aux considérations socio-culturelles imposent plus généralement un formalisme impératif. Toutefois, cette répartition n'est que schématique et ne reflète pas une réalité absolue. En effet ce schéma, plutôt traditionnel, est, toute proportion gardée, mis à mal en droit interne par le développement du formalisme en matière patrimoniale dans le droit contemporain. Pour autant, eu égard à notre postulat de départ, l'enjeu à présent est de déterminer si le droit positif attache des conséquences méthodologiques à une telle classification, et, le cas échéant, de savoir lesquelles, sur la circulation internationale des actes juridiques en droit international privé.

## Chapitre 2. Les conséquences méthodologiques de la classification des actes en fonction de leur nature

142. En droit international privé positif la méthode de la reconnaissance s'applique incontestablement à la circulation des jugements et autres décisions étatiques, c'est-à-dire aux actes juridictionnels étatiques pour lesquels le tiers instrumentaire assure une fonction volitive (Section 1). En est-il de même concernant les actes publics non revêtus d'autorité<sup>440</sup>, tels ceux ne disposant pas de l'autorité de la chose jugée attribuée aux actes juridictionnels, et *a fortiori* des actes sous-signature privée ? Par principe, s'agissant tant des actes publics que des actes sous-signature privée l'efficacité est soumise, comme nous allons le voir, au respect des règles de conflit de lois et de la loi désignée par le droit international privé du for (Section 2). Cela tient au fait qu'en matière d'actes publics l'auteur de l'acte, contrairement au juge, ne se prononce pas avec autorité<sup>441</sup>. En effet en droit positif seules les décisions de justice étrangère et les actes publics assimilés, et eux seuls, sont soumis à la méthode de reconnaissance d'efficacité<sup>442</sup>. Il convient toutefois d'y ajouter également les sentences arbitrales, qui constituent des actes privés.

### Section 1. Les actes soumis à la méthode de la reconnaissance

143. La méthode de reconnaissance d'efficacité constitue, avec les règles de compétence directe, l'une des méthodes applicables au double problème que posent les conflits de juridictions, à savoir les problèmes de compétence directe et de compétence indirecte des tribunaux dans l'ordre international. En l'occurrence, la méthode de la reconnaissance d'efficacité est la méthode utilisée en droit positif pour déterminer la compétence indirecte des tribunaux étrangers et l'effet en France des décisions de justice étrangères<sup>443</sup>. L'emploi du procédé du conflit de juridictions qui utilise la méthode de reconnaissance d'efficacité pour régler la question de l'effet en France des jugements

---

<sup>440</sup> P. MAYER, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, *in* Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes, Dalloz, 2005, p.547 s., spéc. p. 549, n° 5

<sup>441</sup> P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 556, n° 15 - D. BUREAU et H. MUIR-WATT, Droit international privé. Tome 1 Partie générale, PUF, 2017 (4ème édition mise à jour), p. 740, n° 595

<sup>442</sup> S. FULLI-LEMAIRE, Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations, Thèse dactyl., Paris II, 2017, p. 22, n° 2

<sup>443</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, Droit international privé, LGDJ, 2019 (12ème édition), p. 265 s., n° 373 s.



étatiques étrangers contentieux ou gracieux, ne rencontre aucune hésitation<sup>444</sup>. Concernant les sentences arbitrales qui demeurent des décisions ou actes juridictionnels particuliers, puisque ce ne sont pas des décisions prononcées par des organes étatiques, a pu se poser la question de savoir si elles appellent la mise en œuvre du conflit de juridictions ou du conflit de lois. Toutefois, le droit français a nettement tranché en faveur de la première branche de cette alternative<sup>445</sup>. Ainsi il s'agit d'envisager non seulement les justifications de la soumission des actes volitifs à la méthode de reconnaissance d'efficacité (paragraphe 1) mais également, pour appréhender l'application et la mise en œuvre de la méthode, de déterminer les conditions auxquelles ils sont soumis pour établir leur régularité internationale (paragraphe 2) et leur permettre ainsi de circuler et produire leurs effets en France.

### § 1. Les justifications de la soumission des actes volitifs à la méthode de reconnaissance

144. L'élaboration d'un jugement, acte juridictionnel, se réalise en deux étapes<sup>446</sup>. La première étape est celle de la vérification juridictionnelle qui matérialise la fonction volitive du tiers instrumentaire et consiste en la vérification des conditions du présupposé de la règle, soit en la confrontation entre les faits matériels déférés et les conditions ou critères d'application de la règle de droit. La deuxième étape, qui fait suite à l'étape de vérification juridictionnelle, est la décision, qui concerne l'effet juridique de la règle de droit<sup>447</sup>. C'est de ce mode particulier d'élaboration que découlent non seulement les caractères de la décision de justice ou de l'acte juridictionnel mais également l'adjonction de certains attributs par la loi, comme l'autorité de la chose jugée ou encore la force exécutoire lorsque la décision de justice s'y prête. Précisons qu'en matière de jugements étrangers, la qualification d'acte juridictionnel ne dépend pas de la nature de l'autorité ou du tiers instrumentaire mais bien d'un critère purement fonctionnel. Ainsi une décision individuelle prise par un organe législatif ou encore administratif exerçant une fonction volitive<sup>448</sup> est un véritable acte juridictionnel.

<sup>444</sup> P. MAYER, La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, Thèse, Dalloz, 1973, Préface de H. Batiffol, p. 143, n° 197

<sup>445</sup> S. BOLLÉE, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, Thèse, Economica, 2004, Préface de P. Mayer, p. 8, n° 9

<sup>446</sup> V. *Supra*, p. 41 s., n° 51 s.

<sup>447</sup> H. PEROZ, La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français, Thèse, LGDJ, 2005, Préface de H. Gaudemet-Tallon, p. 54, n° 74

<sup>448</sup> D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *op. cit.*, spéc. p. 281 s., n° 240 s. et p. 746 s., n° 602 s.

145. La décision de justice a tout d'abord vocation à produire des effets juridiques et notamment des effets substantiels. Ces effets relèvent directement de l'activité du tiers instrumentaire<sup>449</sup>, généralement le juge. Ils sont rattachables à sa fonction. Cependant au-delà de leurs effets il est admis, notamment en doctrine, que les actes juridictionnels disposent généralement de certains attributs en droit interne. Ces attributs, à la différence des effets juridiques du jugement, ne découlent pas directement de l'activité du juge mais de la loi. Ils sont en principe accordés à tous les actes juridictionnels par la loi<sup>450</sup>. On peut dire avec Sylvain Bollée que l'attribut présente, par rapport à la décision, un caractère extrinsèque<sup>451</sup>. Toutefois, cette distinction fondamentale entre les effets et les attributs d'une décision, mise en avant par les Professeurs Bléry et Péroz dans leurs travaux de thèse a auparavant été mise en avant par la doctrine processualiste. Selon le Professeur Bollée<sup>452</sup> c'est notamment grâce aux travaux de Jean Foyer<sup>453</sup> et Daniel Tomasin<sup>454</sup> que l'on doit l'émergence de la notion d'attribut du jugement en doctrine. Aujourd'hui les attributs attachés aux décisions de justice sont unanimement admis<sup>455</sup> même si certains auteurs continuent à parler à leur propos « d'effets du jugement »<sup>456</sup>.

146. De notre côté, il apparaît que l'existence de décisions dépourvues de l'autorité de la chose jugée pour certaines ou de la force exécutoire pour d'autres, incline à cette distinction. Les effets du jugement, notamment les effets substantiels, sont à même de se produire sans que les attributs, autorité de la chose jugée et force exécutoire, ne soient attribués à la décision. A cet égard, l'exemple des décisions provisoires, qui ne sont pas dotées de l'autorité de la chose jugée, ou des décisions étrangères concernant l'état et la capacité des personnes qui ne disposent pas de la force exécutoire, sont particulièrement instructives. Elles produisent leurs effets substantiels sans bénéficiaire, dans l'un des cas, de l'autorité de la chose jugée, dans l'autre, de la force exécutoire. Comme les Professeurs Héron, Le Bars et Salhi, il est possible de penser que cela tend à démontrer

---

<sup>449</sup> V. *Supra*, p. 41 s., n° 51 s.

<sup>450</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 11 s., spéc. n° IX - C. BLÉRY, L'efficacité substantielle des jugements civils, Thèse, LGDJ, 2000, Sous la direction de J. Héron, Préface de P. Mayer, p. 138 s., n° 206 s.

<sup>451</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 181, n° 257

<sup>452</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 180, n° 257

<sup>453</sup> J. FOYER, De l'autorité de la chose jugée en matière civile, Thèse dactyl., Paris, 1954

<sup>454</sup> D. TOMASIN, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, Thèse, LGDJ, 1975, Préface de P. Hébraud

<sup>455</sup> J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, Droit judiciaire privé, LGDJ, 2019 (7ème édition), p. 289, n° 349 - N. FRICERO, Chapitre 421. Autorité du jugement, *in* Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen 2017/2018, Dalloz, Sous la direction de S. Guinchard, 2016 (9ème édition), p. 1364 s., spéc. p.1366, n° 421.05

<sup>456</sup> O. CACHARD et P. KLÖTGEN, Droit international privé, Bruylant, 2021 (9ème édition), p. 420, n° 719

qu'une distinction entre les effets du jugement, relevant de l'activité du juge, et les attributs de celui-ci, relevant de la loi, est nécessaire<sup>457</sup>.

147. Selon la doctrine spécialisée ces attributs peuvent, pour certains, être détachés de l'efficacité substantielle du jugement comme le dessaisissement du juge ou la force probante de l'acte juridictionnel. D'autres, au contraire, y sont rattachés comme la force exécutoire ou l'hypothèque judiciaire<sup>458</sup>... De notre côté nous allons nous focaliser sur deux attributs, la force exécutoire et l'autorité de la chose jugée. Les raisons de ce choix découlent du fait que tant la force exécutoire que l'autorité de la chose jugée font partie des attributs principaux accordés au jugement ou à la sentence arbitrale<sup>459</sup>. Cet élément est d'une importance capitale dans le cadre de cette étude. En effet, nous supposons que la méthode applicable à la réception d'une décision étrangère dépend non seulement de la fonction exercée par le tiers instrumentaire, c'est-à-dire la nature de l'acte, mais également des attributs accordés à ce dernier, qui découlent précisément de cette fonction. Il convient donc d'analyser ces attributs, et notamment les attributs rattachés à l'efficacité substantielle de l'acte juridictionnel. Cette analyse permettra de mettre en évidence les éléments qui, semble-t-il, justifient l'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité pour la réception des actes juridictionnels étrangers en droit positif. Nous avons ainsi décidé de nous focaliser sur l'analyse de l'autorité de la chose jugée et de la force exécutoire comme attributs des décisions de justice. Non seulement parce qu'ils font partie des principaux attributs accordés aux actes volitifs mais également parce qu'ils se rattachent directement à son efficacité substantielle. C'est donc l'analyse de ces attributs qui apparaît à même de fournir des indications sur les justifications à l'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité concernant les actes juridictionnels ou volitifs. Avant d'analyser ces attributs, précisons que tant l'autorité de la chose jugée que la force exécutoire ont une vocation fonctionnelle, ils visent une fonction pratique. Le premier de ces attributs a pour objet de mettre fin au litige et empêche les parties de renouveler incessamment le contentieux. Le second vise à permettre l'exécution de la décision, s'il le faut de manière forcée<sup>460</sup>.

148. En droit interne l'autorité de la chose jugée est régie par les articles 122, 480 et 482 du Code de procédure civile ainsi que par l'article 1355 du Code civil issu, pour ce dernier texte, de l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. La principale disposition relative à l'autorité de la

---

<sup>457</sup> V. J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, p. 290 s., n° 350 s.

<sup>458</sup> V. C. BLÉRY, *op. cit.*, p. 141 s., n° 212 s.

<sup>459</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 181, n° 257

<sup>460</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 111, n° 195 s.

chose jugée est l'article 480 du Code de procédure civile qui dispose que : « *Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche.*

*Le principal s'entend de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par l'article 4 ».*

149. Contrairement à certains auteurs qui la rattachent à l'efficacité substantielle du jugement, Hélène Péroz rattache l'autorité de la chose jugée à la vérification juridictionnelle<sup>461</sup>. Il semble que cette solution soit également celle de messieurs Héron, Le Bars et Salhi lorsqu'ils affirment que « *l'autorité de la chose jugée se présente donc comme l'immuabilité que le législateur confère à ce que le juge a tranché dans son jugement* »<sup>462</sup>. Le juge donne sa décision conformément à la vérification juridictionnelle à laquelle il se livre, matérialisant ainsi ses pouvoirs de *jurisdictio* et d'appréciation souveraine. Ainsi, l'autorité de la chose jugée est un attribut du jugement qui a pour objet la vérification juridictionnelle<sup>463</sup> effectuée par le tiers instrumentaire exerçant fonction volitive. Sa reconnaissance comme attribut de certains actes juridiques est donc intimement liée et dépendante de la nature de la fonction exercée par le tiers instrumentaire. Attachée à la vérification juridictionnelle qui est, semble-t-il, le pouvoir exclusif d'un tiers exerçant une fonction volitive<sup>464</sup>, on peut dire que l'autorité de la chose jugée est un attribut exclusif de l'acte juridictionnel.

150. Ces éléments n'épuisent pas les interrogations relatives à l'autorité de la chose jugée, en premier lieu desquelles se trouvent celles relatives à son domaine. L'article 480 du Code de procédure civile dispose que le jugement a « *dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche* ». Tout d'abord, une précision d'ordre temporel relative au moment de l'attribution de l'autorité de la chose jugée. L'autorité de la chose s'acquiert dès le prononcé du jugement. Elle est donc attribuée sans délai par la loi. L'article 480 précise qu'elle recouvre « *la contestation qu'il tranche* ». Cette formulation n'a cessé d'interroger, notamment la doctrine, sur le domaine à proprement parler de l'autorité de la chose jugée. En effet comme le dispose la lettre de l'article 480 il s'agit de trancher une contestation. Cela pose donc question sur la matière non contentieuse, ou matière gracieuse, où le juge se contente de procéder à une homologation d'un accord conclu en l'absence de contestation. Les jugements rendus en matière gracieuse disposent-ils de l'autorité de la chose jugée ?

<sup>461</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 116, n° 203

<sup>462</sup> J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, p. 295, n° 353

<sup>463</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 137, n° 253

<sup>464</sup> V. *Supra*, p. 28 s., n° 27 s.

Même si certains auteurs ne voient pas d'incompatibilité entre la matière gracieuse et l'autorité de la chose jugée<sup>465</sup>, force est de constater que le droit positif à travers la jurisprudence se refuse à accorder l'autorité de la chose jugée aux décisions rendues en matière gracieuse<sup>466</sup>. L'autorité de la chose jugée n'est, d'ailleurs, pas le seul attribut traditionnellement reconnu aux actes juridictionnels qui n'est pas accordé aux décisions rendues en matière gracieuse. En effet, la décision rendue en matière gracieuse n'entraîne pas non plus le dessaisissement du juge<sup>467</sup>. Le lien entre autorité de la chose jugée et dessaisissement du juge étant très fort si l'acte juridictionnel rendu en matière gracieuse ne dispose pas de l'autorité de la chose jugée, il ne doit pas non plus entraîner le dessaisissement du juge<sup>468</sup>. C'est ce que confirme une décision de la Cour de cassation du 6 avril 1994<sup>469</sup>. Concernant précisément l'autorité de la chose jugée, la jurisprudence a classiquement affirmé l'absence pour les décisions rendues en matière gracieuse<sup>470</sup>. Elle a, par la suite, plusieurs fois eu l'occasion de réaffirmer sa solution<sup>471</sup>, parfois de manière expresse<sup>472</sup>.

151. Précisons qu'en matière contentieuse l'attribution de l'autorité de la chose jugée suppose que le jugement ne soit pas un jugement provisoire. En d'autres termes, il faut que la décision soit définitive. Madame Natalie Fricero nous enseigne qu'« *Un jugement est définitif lorsqu'il tranche tout le principal, ou certains éléments du procès, ou certains incidents (exceptions de procédure, fin de non-recevoir) de telle sorte que le juge n'a plus à examiner les points jugés* »<sup>473</sup>. À cet égard, les jugements provisoires ne disposent pas de l'autorité de la chose jugée. De même, les jugements mixtes n'en disposent pas non plus concernant le ou les points provisoirement tranchés<sup>474</sup>. Ces solutions relèvent des articles 482 et suivants du Code de procédure civile.

152. Une fois reconnue à la décision de justice, il est admis que l'autorité de la chose jugée développe un double effet, négatif et positif. Toutefois ce second aspect semble moins

<sup>465</sup> V. P. HÉBRAUD, Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil, D., 1946. 3, p. 333 s. - C. CHAINAIS, F. FERRAND et L. MAYER, Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, Dalloz, 2018 (34ème édition), p. 1315 s., n° 1838

<sup>466</sup> J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, p. 314, n° 378 - C. CHAINAIS, F. FERRAND et L. MAYER, *op. cit.*, p. 1317, n° 1839

<sup>467</sup> C. CHAINAIS, F. FERRAND et L. MAYER, *op. cit.*, p. 1317, n° 1839

<sup>468</sup> À ce propos V. J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, p. 319 s., n° 382

<sup>469</sup> Civ. 1re, 6 avril 1994, n° 92-15.170 : Bull. Civ. I, n° 141

<sup>470</sup> Civ., 25 octobre 1905 ; DP., 1906, I, p. 337 s., note Planiol

<sup>471</sup> Civ. 1re, 27 octobre 1992, Bull. Civ. I, n° 272

<sup>472</sup> Civ. 1re, 3 janvier 1996, n° 94-04.069

<sup>473</sup> N. FRICERO, *op. cit.*, p. 1369, n° 421.31

<sup>474</sup> Sur ces notions V. C. CHAINAIS, F. FERRAND et L. MAYER, *op. cit.*, p. 852 s., n° 1202 s. - N. FRICERO, *op. cit.*, spéc. p. 1370 s., n° 421.33 s.

unanimement accepté, tant par la doctrine que la jurisprudence<sup>475</sup>. L'effet négatif de l'autorité de la chose jugée a pour objectif d'éviter que la même cause portant sur un même objet ne soit débattue et remise en question indéfiniment entre les mêmes parties<sup>476</sup>. La reconnaissance de l'autorité de la chose jugée et la mise en œuvre de son aspect négatif est conditionnée par la règle de la triple identité d'objet, de cause et de parties<sup>477</sup>. La réunion nécessaire de ces trois éléments ressort très clairement des dispositions de l'article 1355 du Code civil<sup>478</sup>. À cet égard, il convient de mentionner la jurisprudence « *Cesareo* »<sup>479</sup>, qui a bouleversé la possibilité de présenter de nouvelles demandes sur des fondements différents. En effet, cette jurisprudence impose au demandeur, lors de l'instance relative à la première demande, de présenter l'ensemble des moyens permettant d'établir sa prétention. C'est l'établissement par la Cour de cassation du principe de concentration des moyens en droit processuel. Si la position de l'Assemblée plénière semble suivie par la première<sup>480</sup> et la troisième chambre civile de la Cour de cassation - cette dernière a même étendue cette obligation au défendeur à l'instance initiale<sup>481</sup> -, il semble en revanche que la seconde chambre civile soit plus hésitante. Si elle a appliqué le principe de concentration des moyens pour le demandeur dans une décision rendue en 2007<sup>482</sup> elle est revenue, plus récemment, sur cette solution en 2011<sup>483</sup>. Ainsi, l'effet négatif de la chose jugée continue d'interroger la jurisprudence notamment sur le point de savoir si celle-ci couvre des prétentions ultérieures fondées sur des moyens distincts. En bref, l'autorité négative de la chose jugée impose-t-elle une concentration des moyens aux parties lors de l'instance initiale ? À l'heure actuelle, il semble que ce soit la position majoritaire, non seulement au sein des différentes chambres de la Cour de cassation mais également selon l'assemblée plénière depuis l'arrêt « *Cesareo* » du 7 juillet 2006, de sorte qu'il faille apporter une réponse positive à cette question. Plus succinctement, l'effet positif de l'autorité de la chose jugée<sup>484</sup> permet de se prévaloir d'une décision de justice<sup>485</sup>. En réalité l'effet positif de l'autorité de la chose jugée « *permet à un*

<sup>475</sup> V. H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 117 s., n° 205 s., spéc. p. 120, n° 209 - J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, p. 307, n° 371

<sup>476</sup> N. FRICERO, *op. cit.*, p. 1377, n° 421.81

<sup>477</sup> V. J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, p. 295 s., n° 355 s.

<sup>478</sup> Article 1355 du Code civil : *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.*

<sup>479</sup> Cass. Ass. plén., 7 juillet 2006, *Cesareo*, n° 04-106.72 : Dr. et procéd., 2006, p. 348, obs. N. Fricero

<sup>480</sup> Civ. 1re, 16 janvier 2007, n° 05-21.571, Bull. Civ. I, n° 18

<sup>481</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 13 février 2008, n° 06-22.093 ; Dr. et procéd., 2008, p. 214, obs. M. Douchy-Oudot

<sup>482</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 25 octobre 2007, n° 06-19.524, Bull. Civ. II, n° 241

<sup>483</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 26 mai 2011, n° 10-16.735, Bull. Civ. II, n° 117

<sup>484</sup> À ce propos V. J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, p. 306 s., n° 370 s.

<sup>485</sup> J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, p. 306, n° 370

*plaideur de se prévaloir, à l'occasion d'un différend, de la vérification juridictionnelle dont est issu un précédent jugement* »<sup>486</sup>.

153. Suite à l'étude de la notion et des effets produits par l'autorité de la chose jugée, il semble qu'elle est un élément qui, dans le cadre de la circulation internationale des décisions, participe à fonder l'application méthodologique de la reconnaissance d'efficacité. À cet égard, notons que si l'on évoque l'attribut autorité de la chose jugée tel qu'il relève du droit interne, c'est une notion qui, si elle est susceptible d'une étendue et de conceptions différentes, est également connue du droit comparé. Ainsi, l'autorité de la chose jugée se retrouve, par principe et suivant l'étendue locale, attribuée aux jugements tant en droit allemand, anglais, espagnol ou encore italien par exemple<sup>487</sup>. La méthode de la reconnaissance propose une alternative simple entre l'accueil et le rejet de la norme étrangère. Une décision de justice a pour objectif (et c'est la raison d'être de l'autorité de la chose jugée comme attribut) de mettre un terme définitif à un litige et d'établir définitivement les droits et les obligations des parties. Comme le dit Pierre Mayer, l'autorité de la chose jugée entraîne le « *caractère indiscutable du contenu de la norme* », en l'espèce la décision de justice<sup>488</sup>. Le droit ne peut ignorer cela, et la décision étrangère doit être respectée et prise en considération notamment afin de satisfaire au mieux l'objectif de recherche d'harmonie internationale des solutions qui anime le droit international privé. Puisque ce contenu, indiscutable, existe dans un ou plusieurs ordres juridiques étrangers, il convient de le prendre en considération. Cela doit permettre d'en reconnaître les effets et lui accorder les attributs dont il est susceptible d'être revêtu à l'étranger sur le territoire du for, ou au contraire les refuser. C'est ce que permet, dans le cadre de la circulation internationale des actes juridiques, la méthode de la reconnaissance d'efficacité. C'est en ce sens que, de notre point de vue, l'attribut de l'autorité de la chose jugée accolé à un acte juridique à l'étranger participe de sa nécessaire considération, et ainsi de l'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité s'agissant de la réception des actes juridictionnels étrangers en droit international privé positif.

154. Pour conclure, on peut résumer à propos de l'autorité de la chose jugée en disant qu'elle est « *un attribut procédural du jugement, qui assure la sécurité juridique en permettant au titulaire de s'en prévaloir sans contestation possible [...] et en interdisant aux parties de remettre en question la solution donnée,*

---

<sup>486</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 182, n° 260

<sup>487</sup> F. FERRAND, E. POILLOT, J. REY et À. TINOCO PASTRANA, L'étendue de la chose jugée en droit comparé [en ligne], Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC) [consulté le 16 octobre 2020], 15 octobre 2006, Cour de cassation

<sup>488</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 17, n° 25

*puisque toute autre demande sur le même objet formée entre elles est irrecevable* »<sup>489</sup>. Elle participe, selon nous, à fonder l'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité en droit international privé positif, lequel ne peut ignorer l'existence d'un acte doté d'un tel attribut à l'étranger. Cependant, l'autorité de la chose jugée n'est pas le seul attribut traditionnellement reconnu aux décisions de justice ou actes juridictionnels qui invite à considérer l'existence de la norme. La force exécutoire en constitue un autre.

155. En droit interne les principales dispositions générales relatives à la force exécutoire des décisions de justice se retrouvent aux articles 500 et suivants du Code de procédure civile. La force exécutoire est envisagée comme la qualité d'un titre qui peut être mis à exécution forcée. Conformément à l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution, les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire, comme celles de l'ordre administratif, sont des titres exécutoires. Elles sont même les premiers titres exécutoires cités par la disposition. Reconnus comme tels, la force exécutoire qui leur est attachée est un attribut permettant de faire appel aux voies d'exécution et si nécessaire à la force publique afin d'obtenir, au besoin, l'exécution forcée du jugement<sup>490</sup>. Elle se rattache tant à l'*instrumentum* qu'au *negotium*. En effet, elle est d'abord un complément de l'effet substantiel du jugement et permet son exécution. Elle est par ailleurs rattachée au titre dans la mesure où c'est le titre, *instrumentum*, qui est mis à exécution<sup>491</sup>.

156. Certains auteurs considèrent la force exécutoire comme un effet du jugement<sup>492</sup>. Pourtant, à l'instar de l'autorité de la chose jugée, il semble qu'il faille envisager la force exécutoire non comme un effet du jugement mais comme un attribut de celui-ci. Comme le démontre madame Bléry dans sa thèse, la force exécutoire réunit les deux traits caractéristiques de l'attribut : l'automaticité et l'extériorité<sup>493</sup>. C'est l'œuvre législative, au sens large, qui est à l'origine de la force exécutoire des jugements. Cela traduit ainsi l'extériorité de la force exécutoire par rapport à la décision rendue par le juge. Cela se révèle au travers de certaines règles comme l'article 501 du Code de procédure civile. Ce texte prévoit que « *Le jugement est exécutoire, sous les conditions qui suivent, à partir du moment où il passe en force de chose jugée à moins que le débiteur ne bénéficie d'un délai de grâce ou le créancier de l'exécution provisoire* ». Cette disposition démontre que c'est d'une règle extérieure que le jugement tient sa force exécutoire. Par ailleurs, l'automaticité non plus ne fait pas de doute. La

<sup>489</sup> N. FRICERO, *op. cit.*, p. 1366, n° 421.05

<sup>490</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 139, n° 254

<sup>491</sup> V. J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, p. 417, n° 512

<sup>492</sup> V. S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 184, n° 262

<sup>493</sup> C. BLÉRY, *op. cit.*, p. 182 s., n° 273 s.



force exécutoire est accordée à tous les jugements passés en force de chose jugée susceptible d'une exécution. On pourrait douter de ces affirmations concernant les décisions où le juge ordonne l'exécution provisoire d'un jugement. Cependant, comme le montre Sylvain Bollée, l'exécution provisoire ordonnée par le juge découle également d'une règle, dérogoratoire au droit commun, permettant au juge d'ordonner l'exécution de la décision provisoire<sup>494</sup>. Lorsque l'exécution provisoire est, au regard de la nature de la décision, de droit, la question ne se pose pas. L'exécution provisoire découle d'une règle extérieure<sup>495</sup>. La force exécutoire est donc, même dans les cas où l'on pourrait en douter, un attribut de l'acte juridictionnel, caractérisée par son extériorité et son automaticité. Un certain nombre d'auteurs, comme Hélène Péroz, Jacques Héron, Thierry Le Bars ou Karim Salhi adoptent cette position<sup>496</sup>.

157. L'obligatorité du jugement ne suffit pas à ce que dernier soit exécuté sans difficulté par les parties. C'est à ce moment-là que la force exécutoire joue un rôle décisif. Selon madame Péroz, la force exécutoire consiste alors en une aide extérieure permettant de mettre à exécution, si besoin par la force publique, la solution du jugement. Cette aide extérieure est généralement apportée par des agents de l'État comme les huissiers ou les agents de la force publique. Il en ressort que la force exécutoire suppose, non seulement d'avoir quelque chose à exécuter, mais également que l'acte juridique soit pris par des autorités publiques compétentes<sup>497</sup>. Concernant la nécessité d'avoir quelque chose à exécuter, la force exécutoire est un attribut généralement commun aux actes authentiques, au moins à ceux ayant quelque chose à exécuter. En effet certains actes juridiques n'ont absolument rien à exécuter et ne nécessitent pas l'apposition de la formule exécutoire sur l'acte juridique. À titre d'exemple, les actes d'état civil ou les jugements rectificatifs d'état civil ont pour objet d'établir ou de modifier un élément de l'état de la personne, mais ne sous-tendent absolument aucune exécution. À leur égard, l'apposition de la formule exécutoire est dépourvue de sens.

158. Conformément à l'article 502 du Code de procédure civile, l'apposition de la formule exécutoire est absolument nécessaire pour que le jugement puisse être mis à exécution<sup>498</sup>.

<sup>494</sup> V. S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 184 s., n° 262, spéc. note de bas de page n° 134

<sup>495</sup> À cet égard V. art. 514 s. Code de procédure civile

<sup>496</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 111, n° 195 et p. 140 s., n° 256 s. - J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, p. 417, n° 512

<sup>497</sup> V. H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 140 s., n° 256 s.

<sup>498</sup> N. FRICERO, Chapitre 423. La force exécutoire du jugement, *in* Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen 2017/2018, Dalloz, Sous la direction de S. Guinchard, 2016 (9ème édition), p. 1391 s., spéc. p. 1393, n° 423.10

L'article 1 du décret n° 47-1047 du 12 juin 1947 prévoit la formule exécutoire qui est intitulée de la manière suivante : « *République française*

« *Au nom du peuple français* »,

« *En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux judiciaires d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis.*

« *En foi de quoi, le présent arrêt (ou jugement, etc.) a été signé par...* ».

159. Enfin, conformément à l'article 503 du Code de procédure civile, pour pouvoir être mis à exécution, le jugement doit avoir été notifié à la personne à laquelle il est opposé. La notification consiste à porter à la connaissance de la partie adverse ou d'un tiers l'existence du jugement<sup>499</sup>.

160. Une précision également concernant le fait que l'acte doive être pris par des autorités publiques compétentes pour disposer de la force exécutoire. Cette affirmation n'est plus tout à fait vraie aujourd'hui, pour le moins en droit français. En effet au regard de l'article L. 111-3 du Code de procédures civiles d'exécution, si la majorité des titres pouvant constituer des titres exécutoires sont des actes publics, ce n'est pas le cas de tous. Depuis la Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 modifiant l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution, doivent également être considérés comme des titres exécutoires les accords par lesquels les époux consentent mutuellement à leur divorce ou à leur séparation de corps par acte sous-seing privé contresigné par avocats et déposés au rang des minutes d'un notaire. Cependant, comme son nom l'indique, l'accord des époux, même contresigné par avocat et déposé au rang des minutes d'un notaire, n'est qu'un acte sous-seing privé et ne constitue pas un acte authentique. L'élaboration de l'acte de divorce par consentement mutuel ne réunit pas les caractères nécessaires à son authentification. Comme il est désormais établi, l'authentification de l'acte requiert non seulement l'intervention d'une autorité publique, mais qu'en plus cette dernière « reçoive » l'acte avec les solennités requises, c'est-à-dire, au minimum, qu'elle ait été présente lors de l'élaboration de l'acte juridique<sup>500</sup>. Même si l'acte est élaboré avec le concours d'avocats, ces derniers ne sont pas des autorités publiques et ne peuvent ainsi conférer l'authenticité à un acte juridique. Par ailleurs, le fait que l'acte soit déposé au rang des minutes d'un notaire ne constitue pas une « réception » de l'acte

<sup>499</sup> N. FRICERO, *op. cit.*, p. 1396, n° 423.31

<sup>500</sup> V. *Supra*, p. 33 s., n° 35 s.

juridique par le notaire telle que requise par l'article 1369 du Code civil pour conférer l'authenticité. En conclusion, si l'acte de divorce, tel qu'il est prévu par l'article 229-1 du Code civil pour le divorce par consentement mutuel, est susceptible de constituer un titre exécutoire il n'est, en revanche, pas un acte authentique.

161. L'article L. 111-3 prévoit différents titres considérés comme des titres exécutoires : ainsi les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif, les actes et jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires, les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par les juges et les parties, les actes notariés revêtus de la formule exécutoire, *etc.*... Les dispositions de cet article nous permettent de mettre en évidence que la force exécutoire n'est pas un attribut exclusif de l'acte juridictionnel, et partant de la fonction volitive. Elle est en effet également reconnue au profit, par exemple, des actes notariés. Pour autant ces actes ne constituent pas des actes volitifs<sup>501</sup>. Ainsi en droit français, et à la différence de l'autorité de la chose jugée, la force exécutoire n'est pas un attribut exclusif des actes volitifs.

La force exécutoire constitue, comme l'autorité de la chose jugée un attribut important des décisions de justice. Toutefois, à la différence de l'autorité de la chose jugée, elle n'en constitue pas un attribut exclusif. La force exécutoire est importante dans la mesure où une fois accordée, elle permet la mise en œuvre des procédures d'exécution, s'il le faut avec l'assistance de la force publique. Cette faculté n'est pas neutre puisqu'elle permet de faire exécuter le *negotium* d'un acte juridique avec l'assistance des organes de l'État, sans que le contenu de celui-ci ne puisse être remis en cause. Ainsi, dans le cadre de la circulation internationale des actes juridiques, l'attribution de la force exécutoire invite, semble-t-il, à la considération de l'acte auquel il est attribué. Ce que, une nouvelle fois, permet la méthode de la reconnaissance d'efficacité. De ce point de vue il semble que ces attributs participent de la détermination du choix des méthodes pour la circulation des actes juridiques en droit international privé positif.

162. Reste à préciser que la présentation des attributs des actes volitifs ne concerne que les actes juridictionnels d'origine étatique. Les dispositions législatives internes et la jurisprudence relevées à l'appui de notre démonstration le révèlent. Cependant les sentences arbitrales, d'origine privée sont également, en droit international privé, soumises à la méthode du conflit de juridictions ou de reconnaissance d'efficacité<sup>502</sup>. On peut s'interroger sur les raisons d'un tel choix méthodologique pour une norme d'origine privée. C'est l'une des opérations à laquelle s'est livrée

---

<sup>501</sup> V. *Supra*, p. 67 s., n° 100 s.

<sup>502</sup> V. *Infra*, p. 130 s., n° 200 s.

le Professeur Bollée dans sa thèse de doctorat<sup>503</sup>. L'auteur estime que la reconnaissance porte sur un jugement étranger ou une sentence arbitrale, les modifications qui interviennent au sein de l'ordre juridique du for, consécutivement à cette opération, correspondent à un schéma identique. D'une part, et à la différence d'un jugement interne, l'extranéité de l'acte lui empêche de produire ses effets. D'autre part, la sentence arbitrale peut également être dotée de certains attributs accordés par une règle extérieure. Ainsi monsieur Bollée estime que « *c'est dans l'unicité du modus operandi de la reconnaissance que réside l'explication du recours à la méthode du conflit de juridictions en matière de sentences arbitrales* »<sup>504</sup>, et prend le soin de préciser qu'« *il apparaît que la reconnaissance consiste en l'octroi des attributs susceptibles d'être conférés à l'acte invoqué* »<sup>505</sup>. Il s'agit justement de déterminer, pour le moins en droit interne, quels sont les attributs dont sont susceptibles d'être revêtues les sentences arbitrales.

163. Les sentences arbitrales sont des actes juridiques auxquels le droit interne reconnaît certains attributs des actes juridictionnels étatiques. Parmi les principaux attributs reconnus aux décisions étatiques, la sentence arbitrale est également dotée de l'autorité de la chose jugée. En revanche, elle est dépourvue de force exécutoire.

164. Si l'autorité de la chose jugée constitue un attribut des sentences arbitrales, celles-ci dessaisissent également, à l'instar des décisions étatiques, le tribunal arbitral qui a rendu sa sentence. Enfin, certaines mentions comprises dans la sentence arbitrale bénéficient d'une force probante renforcée. Cette solution peut paraître étonnante dans la mesure où la force probante renforcée ne bénéficie généralement qu'aux actes authentiques. En effet la sentence arbitrale, instrumentée par un arbitre personne privée n'est pas un acte authentique mais un acte sous-signature privée. À l'image des divergences en matière d'actes juridictionnels étatiques, si certains auteurs parlent d'attributs des sentences arbitrales<sup>506</sup>, d'autres parlent d'effets de la sentence concernant l'autorité de la chose jugée ou le dessaisissement du tribunal arbitral<sup>507</sup>.

165. L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales est prévue par l'article 1484 alinéa 1er du Code de procédure civile. Il prévoit que « *La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue,*

<sup>503</sup> V. S. BOLLÉE, *op. cit.*, spéc. p. 109 s.

<sup>504</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 196, n° 279

<sup>505</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 196, note de bas de page n° 197

<sup>506</sup> C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013 (1ère édition), p. 388 s., n° 451 s.

<sup>507</sup> J-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016 (1ère édition), p. 538 s., n° 846 s.

*l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.* ». Ce texte permet d'avoir des précisions non seulement quant au moment où l'autorité de la chose jugée est attribuée à une sentence arbitrale, mais également quant au domaine de cet attribut. Concernant le moment de l'attribution, la lettre de l'alinéa 1er de l'article 1484 prévoit que la sentence dispose de l'autorité de la chose jugée au moment où elle est rendue. L'attribution de l'autorité de la chose jugée aux sentences arbitrales ne requiert ainsi la réalisation d'aucune formalité particulière. Elle est accordée de plein droit, au moment où celle-ci est rendue, c'est-à-dire à la date de la sentence<sup>508</sup>. Concernant le domaine de l'autorité de la chose jugée, les dispositions de l'article 1484 du Code de procédure civile la limitent à la sentence arbitrale. Ainsi l'autorité de la chose jugée n'est pas accordée à toutes les décisions que le tribunal arbitral est susceptible de prendre durant l'instance arbitrale. Celle-ci se limite aux décisions arbitrales qui peuvent être qualifiées de sentence arbitrale<sup>509</sup>. En ce sens, ne constitue pas une sentence arbitrale revêtue de l'autorité de la chose jugée le projet de sentence signée par un seul arbitre<sup>510</sup>. L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales développe d'abord un effet négatif. Celui-ci est très classique et dérive de la chose jugée prévue par l'article 1355 du Code civil<sup>511</sup> comme en matière de décisions étatiques. Il empêche qu'une juridiction statue à nouveau sur la contestation tranchée par la juridiction arbitrale<sup>512</sup>. À cet égard, de même que pour les décisions étatiques, la règle de la triple identité telle que prévue par l'article 1355 du Code civil s'applique en matière arbitrale<sup>513</sup>. Ainsi, comme en matière de décisions juridictionnelles, l'autorité de la chose jugée telle qu'elle s'applique en matière de sentences arbitrales est nécessairement relative et ne joue qu'entre les parties à l'instance arbitrale. Cependant la sentence demeure opposable aux tiers eu égard à la contestation qu'elle tranche. Ces solutions relatives à l'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers<sup>514</sup>, limitée à la contestation que cette dernière tranche<sup>515</sup>, ont été dégagées par des décisions de la Cour de cassation. Enfin, de la même manière que la Cour de cassation a imposé au travers de son arrêt « Césaréo » de 2006 un principe de concentration des moyens en matière de décisions étatiques<sup>516</sup>, la haute juridiction française a étendu cette obligation en matière de sentences arbitrales<sup>517</sup>.

<sup>508</sup> J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 539, n° 847

<sup>509</sup> C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, p. 395, n° 461

<sup>510</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 1er avril 1987, n° 86-10.539

<sup>511</sup> J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 539, n° 848

<sup>512</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 mars 2009

<sup>513</sup> V. Civ. 2<sup>ème</sup>, 14 octobre 1987 : Rev. arb., 1988, p. 288, note J.-L. Goutal - Civ. 2<sup>ème</sup>, 28 octobre 1987 : Rev. arb., 1988, p. 149, note C. Jarrosson

<sup>514</sup> Com., 23 janvier 2007 : Rev. arb., 2007, p. 769, note P. Mayer

<sup>515</sup> Com., 2 février 2016 : Procédures, avril 2016, p. 133, obs. L. Weiller

<sup>516</sup> V. *Supra*, p. 98 s., n° 148 s.

<sup>517</sup> Civ. 1re, 28 mai 2008 : RTD civ., 2008, p. 551 obs. R. Perrot

166. Malgré ces développements en matière d'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales des questions demeurent. En effet les dispositions législatives (Article 1484 CPC) relevées concernent les sentences arbitrales internes, c'est-à-dire celles qui auront été rendues en France. Cependant qu'en est-il des sentences arbitrales rendues à l'étranger, sur le territoire d'un autre État ? Disposent-elles également de l'autorité de la chose jugée telle que prévue pour les sentences arbitrales rendues sur le territoire français ? Les dispositions relatives aux sentences arbitrales internationales rendues à l'étranger se retrouvent au sein du Titre 2 du Livre IV du Code de procédure civile, aux articles 1504 et suivants. Aucune disposition particulière ne prévoit l'autorité de la chose jugée attribuée aux sentences arbitrales internationales. Faut-il en déduire l'absence de cet attribut concernant les sentences arbitrales internationales ? La réponse est négative. En effet, s'il n'existe pas de dispositions spécifiques relatives à l'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales internationales, l'article 1506 4° du Code de procédure civile prévoit que, l'article 1484 entre autres, s'applique à l'égard de sentences arbitrales internationales. Ainsi ces dernières, par renvoi de l'article 1506 à l'article 1484, disposent également, comme les sentences arbitrales internes, de l'autorité de la chose jugée avec toutes les conséquences qui y sont attachées. Par conséquent, tant les sentences arbitrales internes rendues sur le territoire national, que les sentences internationales, rendues à l'étranger, bénéficient en France de l'autorité de la chose jugée dans les conditions précisées.

167. En outre, comme nous l'avons également évoqué, le lien entre autorité de la chose jugée et dessaisissement du juge ou de l'arbitre qui a rendu sa décision est très fort<sup>518</sup>. Dans ce cadre, les sentences arbitrales dotées du premier de ces attributs sont, logiquement, également dotées du second. Les sentences arbitrales entraînent également le dessaisissement de l'arbitre. Comme la doctrine a pu l'affirmer, « *l'arbitre est un juge éphémère : une fois que la sentence est rendue, il redevient Monsieur Tout-le-monde* »<sup>519</sup>. Ce principe est, comme en matière d'autorité de la chose jugée, prévu par le Code de procédure civile, et notamment l'article 1485 alinéa 1er. Cette disposition prévoit explicitement que « *La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la question qu'elle tranche* ». Comme le prévoit expressément l'article 1485, le tribunal arbitral n'est dessaisi que de la seule contestation qu'il tranche. Ainsi, lorsque le tribunal arbitral est emmené à ne prendre qu'une décision partielle ne recouvrant pas l'ensemble du litige, le ou les arbitres ne sont dessaisis qu'en ce qui concerne les points litigieux

<sup>518</sup> V. *Supra*, p. 101 s., n° 148 s.

<sup>519</sup> R. PERROT, L'application à l'arbitrage des règles du nouveau Code de procédure civile, Rev. arb., 1980, p. 642 s., spéc. p. 647

tranchés. En revanche, ils ne sont pas dessaisis de leurs missions concernant les points litigieux qu'il reste à trancher<sup>520</sup>. Précisons que le principe de dessaisissement du tribunal arbitral relativement à la contestation que tranche ce dernier n'est pas absolu. Il existe certaines exceptions prévues par le Code de procédure civile à l'article 1485 alinéa 2. Ces exceptions sont au nombre des deux. L'idée générale de ces exceptions réside dans le fait que certaines imperfections de la sentence arbitrale sont réparables. Dès lors, plutôt que de priver de toute efficacité la sentence arbitrale rendue, il est certainement plus intéressant que le tribunal arbitral intervienne de manière à gommer ces imperfections<sup>521</sup>. Tout d'abord, le tribunal arbitral peut de nouveau intervenir pour interpréter la sentence qu'il a rendu. Il s'agit ici d'un recours en interprétation. L'interprétation de la sentence est possible, sans que toutefois, sous couvert d'interprétation, le tribunal arbitral ne modifie les droits et obligations des parties tels qu'ils sont issus de la sentence arbitrale<sup>522</sup>. La deuxième exception au principe du dessaisissement du tribunal arbitral concerne une demande de rectification d'erreurs et d'omissions matérielles. En effet certaines erreurs matérielles peuvent entraîner des conséquences fâcheuses comme par exemple la confusion des parties, ou encore une erreur sur les montants en jeu. Les arbitres sont alors habilités à intervenir afin de rectifier toute erreur matérielle<sup>523</sup>. Cependant cette faculté se limite aux erreurs matérielles et non pas aux erreurs intellectuelles qui auraient pu être effectuées par le tribunal arbitral.

168. Enfin se pose la même interrogation que s'agissant de l'autorité de la chose jugée. En effet, l'article 1485 du Code de procédure civile concerne les sentences arbitrales internes. Qu'en est-il à l'égard de sentences arbitrales internationales ? La sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage international entraîne-t-elle également le dessaisissement du tribunal arbitral qui a rendu cette dernière ? Une réponse affirmative s'impose. Comme en matière d'autorité de la chose jugée, si aucune disposition spécifique n'existe concernant le dessaisissement du tribunal arbitral dans le cadre d'un arbitrage international, l'article 1506 4° du Code de procédure civile, de nouveau, renvoie à l'article 1485 alinéa 1er du Code civil. Ainsi, les dispositions de l'article 1485 relatives au dessaisissement du tribunal arbitral en matière d'arbitrage interne sont également applicables en matière d'arbitrage international. Dans le cadre d'un arbitrage international la sentence arbitrale aboutit donc au dessaisissement des arbitres qui ne sont plus qualifiés comme tels mais redeviennent des « *Monsieur Tout-le-monde* ». Le même constat peut être réalisé concernant les exceptions au dessaisissement du tribunal arbitral. En matière d'arbitrage international, le tribunal

<sup>520</sup> C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, p. 390, n° 454

<sup>521</sup> J-B. RACINE, *op. cit.*, p. 545, n° 861

<sup>522</sup> Civ. 1re, 8 juillet 2009 : Cah. arb., 2010, p. 213, note J. Ortscheidt

<sup>523</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 4 janvier 1978

arbitral peut être sollicité afin d'interpréter sa sentence ou de réparer une erreur matérielle. Cette possibilité est également prévue par l'article 1506 4° du Code de procédure civile qui procède également à un renvoi aux dispositions de l'article 1485 alinéa 2. Les exceptions au dessaisissement du tribunal arbitral en matière d'arbitrage interne s'appliquent également en matière d'arbitrage international. Cette affirmation reste toutefois à tempérer. En matière d'arbitrage international la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée et le dessaisissement du tribunal arbitral n'interviennent que dans la mesure où les parties à l'instance arbitrale n'en ont pas convenu autrement. En effet l'article 1506 du Code de procédure civile renvoyant aux articles 1484 et 1485 du même code, ne prévoit expressément l'application de ces dispositions que dans la mesure où les parties n'en ont pas convenu autrement.

169. Qu'en est-il s'agissant de l'attribution de la force exécutoire aux sentences arbitrales ? Avant cela, précisons qu'en matière de force probante il est depuis longtemps, et de manière constante, reconnu que les sentences arbitrales ont la force probante d'un acte authentique<sup>524</sup>. De ce point de vue, la jurisprudence assimile la sentence arbitrale à un acte authentique. Cette solution peut surprendre dans la mesure où, comme nous l'avons indiqué, l'arbitre n'est qu'une simple personne privée et non pas une autorité publique. La force probante accordée aux sentences arbitrales qui relèvent de l'intervention de l'arbitre ne s'applique, comme en matière d'actes authentiques, qu'aux constatations personnelles du ou des arbitres comme l'indication de la date, l'énonciation du déroulement de la procédure ou de la communication d'une pièce<sup>525</sup>.

170. En matière de force exécutoire il est possible d'affirmer que les sentences arbitrales sont dépourvues de force exécutoire<sup>526</sup>. Ainsi elles ne bénéficient pas de l'attribut permettant la mise à exécution forcée de la sentence dans les cas où la partie condamnée ne s'exécuterait pas spontanément. La sentence arbitrale est ainsi dépourvue de l'un des attributs principaux reconnu aux décisions contentieuses rendues en droit interne. Cette solution relève des articles 1487 du Code de procédure civile concernant les sentences arbitrales internes et 1516 concernant les sentences internationales. Ces deux articles prévoient que les sentences arbitrales internes ou internationales ne sont susceptibles d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'*exequatur*<sup>527</sup>.

---

<sup>524</sup> Paris, 30 mars 1962 : JCP G, 1962, II, p. 12843 - Paris, 10 mars 1995 : Rev. arb., 1996, p. 143 s., obs. Y. Derains - Civ. 2e, 12 décembre 1990 : Rev. arb., 1991, p. 317, note P. Théry

<sup>525</sup> J-B. RACINE, *op. cit.*, p. 543, n° 856

<sup>526</sup> C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, p. 401, n° 474

<sup>527</sup> V. *Infra*, p. 130 s., n° 200 s.



171. En droit interne les actes juridictionnels ou volitifs sont revêtus de certains attributs. Ces attributs sont accordés par la loi et ne relèvent pas de l'activité du tiers instrumentaire. Les attributs susceptibles d'être attachés à un acte volitif sont capitaux, nous en avons relevé deux principaux : l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. L'autorité de la chose jugée empêche qu'un litige existant soit de nouveau débattu indéfiniment. Le dessaisissement du juge met un terme à l'instance une fois sa décision rendue et libère le juge, ou l'arbitre, de ses fonctions. Enfin, la force exécutoire permet de faire exécuter la décision rendue, si nécessaire de manière contraignante avec l'assistance de la force publique. Ces attributs entraînent ainsi des conséquences extrêmement importantes pour les parties et la quasi-intangibilité des droits et obligations qui leurs sont attachés. Ces attributs, présentés dans le cadre du droit interne, existent également en droit comparé. Cette solution apparaît aisément compréhensible dans la mesure où l'autorité de la chose jugée est une notion inhérente à l'idée même de justice. Ainsi, au-delà de l'efficacité substantielle des actes volitifs, ces derniers peuvent également être dotés de certains attributs particulièrement importants. Pour ces raisons, selon le Professeur Audit, le jugement ; lorsqu'il provient de l'étranger constitue un titre que l'on hésitera à méconnaître<sup>528</sup>, et ajoute, avec Louis d'Avout, qu'il est même souhaitable de reconnaître un jugement étranger<sup>529</sup>.

172. Les caractéristiques des jugements, ses effets et ses attributs, en font une norme intangible qui aura un impact définitif sur les parties et les droits et obligations qui leurs sont attachés. De ce point de vue, tant l'harmonie internationale des solutions, que le respect des droits acquis ou des prévisions légitimes des parties, qui constituent des objectifs poursuivis par le droit international privé, invitent à considérer les actes juridictionnels étrangers ou les sentences arbitrales, c'est-à-dire les actes volitifs. Ainsi, le jugement étranger constitue une norme dont le droit international privé doit parfois prescrire au juge de tenir compte<sup>530</sup>. C'est l'objet de la méthode de la reconnaissance d'efficacité. Considérant l'importance du jugement étranger, la question prendra simplement la forme d'une alternative entre soit l'acceptation et la reconnaissance des effets et attributs des jugements étrangers, soit son rejet<sup>531</sup>. À cet égard, le législateur, de même que la jurisprudence, ont imposé et façonné des conditions à la reconnaissance des jugements étrangers. Pour résumer, si l'acte volitif, jugement étranger ou sentence arbitrale, réunit les conditions requises

---

<sup>528</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Thèse, Dalloz, 1974, Préface de Y. Loussouarn, p. 100, n° 125

<sup>529</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2018 (8<sup>ème</sup> édition), p. 456, n° 540

<sup>530</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 265, n° 372

<sup>531</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 265 s., n° 373

par l'ordre juridique de réception, celui-ci pourra intégrer cet ordre juridique, y être reconnu et produire ses effets. Si tel n'est pas le cas, le jugement étranger se verra privé de son efficacité sur le territoire du for. Ces conditions sont susceptibles de varier suivant l'origine de l'acte juridictionnel ou volitif. Ainsi, par exemple, une décision rendue sur le territoire de l'Union européenne et dans des matières régies par le droit de l'Union, ne requiert par la réunion des mêmes conditions que celles régies par les règles du droit commun. Pour s'en convaincre, il convient d'étudier la procédure de reconnaissance et les conditions de régularité des actes volitifs en droit international privé, notion entendue largement puisqu'elle concerne tant les décisions de justice étatiques que les sentences arbitrales.

## § 2. Les conditions de régularité

173. La reconnaissance des décisions de justice étrangères, et plus largement des actes juridictionnels, comporte deux volets. Le premier concerne la reconnaissance de l'état de droit ou de la situation substantielle des parties telle qu'elle résulte du jugement étranger. Le second concerne l'éventuelle attribution de la force exécutoire. L'attribution de la force exécutoire aux décisions étrangères ou sentences arbitrales permettra de faire exécuter la décision sur le territoire de l'État requis avec l'aide, si nécessaire, des autorités publiques de l'État de reconnaissance afin de permettre l'exécution forcée (force publique, huissiers de justice, *etc.* ...). Distinguer ces deux volets est primordial en droit positif puisque cela est susceptible de conditionner la réalisation, ou non, d'une procédure préalable concernant l'efficacité de la décision de justice étrangère<sup>532</sup>. La distinction entre les demandes d'efficacité qui nécessitent l'*exequatur* et celles qui ne le nécessitent pas résulte, par principe, de la combinaison de deux critères : le premier est relatif à la nature du jugement, le second est relatif à l'effet recherché. Les jugements patrimoniaux déclaratifs requièrent toujours l'*exequatur*, quel que soit l'effet recherché : exécution ou « autorité de la chose jugée ». À l'inverse, les jugements extrapatrimoniaux et les jugements constitutifs ont « autorité » *de plano* en France, mais ne peuvent donner lieu à un acte d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes, c'est-à-dire se voit attribuer la force exécutoire, qu'après le prononcé d'un jugement d'*exequatur*.<sup>533</sup> Peu importe qu'il s'agisse d'un acte individuel pris par un législateur étranger, un organe administratif ou religieux par exemple. L'élément fondamental pour l'application de la méthode se situe dans le rôle joué par cet organe<sup>534</sup>. Il est donc nécessaire que le tiers instrumentaire assure une

<sup>532</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 460, n° 548

<sup>533</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 293, n° 415

<sup>534</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 458, n° 545

fonction volitive, productrice d'un acte juridictionnel individuel. Nous pouvons, avec Dominique Bureau et Horatia Muir-Watt, affirmer que « *La qualification « jugement », qui rend applicable la méthode de la reconnaissance plutôt que la méthode conflictuelle n'est pas tributaire de la nature formelle de l'organe ou de la dénomination de l'acte au sein du système étranger* »<sup>535</sup>. Pour déterminer la procédure et les conditions de régularité des actes juridictionnels en droit international privé il convient de distinguer quant à l'origine étatique (A) ou non (B) de la décision considérée.

#### A. Les conditions de régularité des décisions étatiques

174. Le droit international public offre la possibilité aux États de nouer des relations entre eux afin de faciliter leur coopération et relations internationales. Cette coopération peut viser une finalité judiciaire, économique, sécuritaire, *etc.* ... Lorsque les États décident de coopérer ainsi, ces derniers se dotent, généralement par voie de convention, de règles spécifiques formalisant leur volonté de coopération. Concrètement, les États se dotent règles spécifiques ayant pour objet de formaliser leur volonté de réaliser des concessions mutuelles dans le domaine considéré. Ces règles spécifiques dont se dotent les États qui décident de coopérer dérogent aux règles communément applicables. La coopération judiciaire, spécialement la circulation des décisions de justice, n'échappe pas à ce schéma. Partant, concernant les conditions d'efficacité et de régularité des décisions étatiques il convient de distinguer selon que, à défaut de coopération particulière des États dans le domaine, ce sont les règles du droit commun qui s'appliquent (1) ou au contraire, dans le cadre d'une coopération entre les États, des règles de droit conventionnel ou européen (2).

##### 1. Les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étatiques en droit commun

175. En droit interne les textes de droit positif dont nous disposons sont relativement pauvres concernant la reconnaissance des jugements étrangers. Il a donc fallu que la jurisprudence les interprète à de nombreuses reprises. Si elle a joué un rôle essentiel en matière de conflit de lois, la jurisprudence a également joué un rôle important en matière de conflit de juridictions<sup>536</sup>. À cet égard, avant l'arrêt *Parker* de 1819<sup>537</sup>, la procédure d'*exequatur* qui permet aujourd'hui soit la reconnaissance de l'efficacité de certains jugements étrangers, c'est-à-dire la reconnaissance l'état

<sup>535</sup> D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 273, n° 234

<sup>536</sup> D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 46, n° 31

<sup>537</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2006 (5<sup>ème</sup> édition), p. 11 s.

de droit contenu dans un jugement étranger avec l'autorité qui lui est attaché (concerne par exemple les jugements patrimoniaux déclaratifs), soit l'attribution de la force exécutoire (concerne par exemple les jugements constitutifs en matière extrapatrimoniale qui vise une exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes) n'existait pas<sup>538</sup>. Elle demeure une création jurisprudentielle. Ainsi, l'arrêt *Parker* de 1819 est-il fondateur dans la mesure où celui-ci crée initialement les règles communes du conflit de juridictions relatives à la réception des jugements étrangers, c'est-à-dire le volet relatif à la compétence internationale indirecte des juridictions dans l'ordre international. Toutefois l'importance des solutions auquel il aboutit est aujourd'hui à relativiser dans la mesure où les règles de conflit de juridictions adoptées dans un cadre conventionnel sont susceptibles de déroger aux solutions communes de l'arrêt *Parker*<sup>539</sup>. En outre les solutions du droit commun, sous l'influence de la jurisprudence, ont, elles-mêmes, évoluées depuis.

176. Le premier « coup » porté à la jurisprudence *Parker* de 1819 concerne la procédure d'*exequatur* et précisément la nécessité de recourir à cette procédure pour qu'un jugement étranger, quel qu'il soit, puisse produire ses effets en France. Il est le fruit d'une évolution jurisprudentielle initiée par la jurisprudence *Bulkeley* de 1860<sup>540</sup>. De cet arrêt il ressort en substance que les décisions constitutives intervenant en matière d'état et de capacité des personnes bénéficient en France d'une efficacité *de plano*. L'efficacité *de plano* signifie la reconnaissance, sans procédure préalable, de l'efficacité substantielle du jugement étranger<sup>541</sup>. Une autre définition l'envisage comme le fait de faire produire à un jugement étranger « *tous ses effets indépendants de l'exécution, à savoir l'efficacité substantielle et l'autorité de la chose jugée sans les soumettre à une procédure de contrôle a priori* »<sup>542</sup>. Cette jurisprudence fût étendue par l'arrêt *De Wrède* en 1900<sup>543</sup>. Ce dernier étend la jurisprudence *Bulkeley* dans la mesure où il décide que la reconnaissance *de plano* des jugements étrangers ne concerne pas seulement les jugements constitutifs en matière d'état et de capacité des personnes comme le propose l'arrêt *Bulkeley*, mais également les jugements déclaratifs intervenant dans ces matières. Ainsi, avec l'arrêt *De Wrède* l'ensemble des décisions (constitutives et déclaratives) intervenant en

---

<sup>538</sup> Concernant la reconnaissance des décisions étrangères dans l'ancien droit V. H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 4, n° 5

<sup>539</sup> V. *Infra*, p. 122 s., n° 185

<sup>540</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 30 s.

<sup>541</sup> A. BYLIACHENKO, La circulation internationale des situations juridiques, Thèse dactyl., La Rochelle, 2016, p. 89, n° 112

<sup>542</sup> O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *op. cit.*, p. 428, n° 739

<sup>543</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 79 s.

matière d'état et de capacité des personnes doivent-elles produire leurs effets en France en dehors de toute procédure préalable<sup>544</sup>.

177. Cependant, la reconnaissance *de plano* laissait subsister une interrogation. Puisque ces jugements étrangers produisent leurs effets indépendamment de toute procédure, pouvait-on les remettre en cause ? Cette possibilité fut admise par la jurisprudence *Weiller* de la Cour de cassation au travers deux arrêts du 22 janvier 1951 et du 2 avril 1957<sup>545</sup>. La Cour autorise, concernant les jugements étrangers ayant autorité *de plano* en France, la réalisation d'une action en inopposabilité afin de faire déclarer le jugement étranger irrégulier. C'est l'admission de l'action en inopposabilité concernant les jugements étrangers ayant autorité *de plano* en France<sup>546</sup>. Enfin l'arrêt *Garino*<sup>547</sup> vient compléter le dispositif de l'arrêt *Weiller* en déclarant recevable une action en *exequatur* à toutes fins utiles. L'objet de cette action est de faire déclarer, alors même que le jugement dispose d'une autorité *de plano* en France, le jugement étranger en question comme régulier. Ainsi l'*exequatur* à toutes fins utiles est-elle le pendant de l'action en inopposabilité<sup>548</sup> dégagée par l'arrêt *Weiller* et tend exactement à l'effet inverse. On peut la qualifier d'action en opposabilité même si le jugement étranger est opposable *de plano*<sup>549</sup>.

178. Au-delà de la nécessité pour tout jugement étranger d'être revêtu de l'*exequatur* pour produire ses effets en France, le second axe de la jurisprudence *Parker* a été détruit par l'arrêt *Munzger*<sup>550</sup> rendu par la Cour de cassation le 7 janvier 1964<sup>551</sup>, qui interdit formellement désormais au juge de l'*exequatur* de procéder à une révision au fond des jugements étrangers.

179. « Pour accorder l'*exequatur*, le juge français doit s'assurer que cinq conditions se trouvent remplies, à savoir la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi ; que cette vérification [...] constitue en toute matière à la fois

<sup>544</sup> Cette jurisprudence fût-elle-même étendue par l'arrêt *Schapiro* aux décisions constitutives patrimoniales - Civ. 1re, 6 juin 1967, *Schapiro* : JDI 1967, p. 890, note J-D. Bredin ; Rev. crit. DIP, 1969, 75, note J. Déprez

<sup>545</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 220

<sup>546</sup> V. B. AUDIT et L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 488 S., n° 592

<sup>547</sup> Civ. 1re, 3 janvier 1980, *Garino*, n°78-140.37 : JDI, 1980, p. 341, note A. Huet

<sup>548</sup> H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 7, n° 5

<sup>549</sup> V. B. AUDIT et L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 489, n° 593

<sup>550</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 357 s.

<sup>551</sup> Civ. 1re, 7 janvier 1964, *Munzger* : Rev. crit. DIP, 1964, p. 344, note H. Batiffol

*l'expression et la limite du pouvoir de contrôle du juge chargé de rendre exécutoire en France une décision étrangère, sans que ce juge doive procéder à une révision au fond de la décision »<sup>552</sup>.*

180. L'arrêt *Munzer* en tant qu'il supprime le principe de révision des jugements étrangers « rompt avec près de cent cinquante ans de tradition jurisprudentielle »<sup>553</sup>, mise en place par l'arrêt *Parker* de 1819. En lieu et place, il instaure des conditions de régularité des jugements étrangers. Ces conditions sont au nombre de cinq. Le jugement étranger doit d'abord émaner d'une juridiction compétente et le juge de l'*exequatur* doit s'assurer de la régularité de la procédure suivie à l'étranger. Il s'agit ici de conditions de régularité d'ordre processuel<sup>554</sup>. En outre, le jugement étranger doit être conforme à l'ordre public international et être rendu en conformité aux règles françaises de conflit de lois.

181. Ainsi l'arrêt *Munzer* représente une étape fondamentale dans l'évolution jurisprudentielle des conditions de reconnaissance des décisions étrangères en droit commun. Au-delà d'instaurer les conditions de régularité des jugements étrangers celui-ci, avant tout, supprime le système de la révision mis en place par l'arrêt *Parker* près de 150 ans auparavant. Avec le recul dont nous disposons actuellement il est aisé d'affirmer que cet arrêt ouvre de nouvelles perspectives en matière de reconnaissance des jugements étrangers plus qu'il ne constitue une fin en soi. En effet les conditions de régularité des jugements étrangers telles que dégagées par l'arrêt *Munzer* ont, de nos jours, également subi des nombreuses évolutions. Ces évolutions demeurent l'œuvre de la jurisprudence.

182. À cet égard, sans entrer dans les détails de cette évolution, 3 arrêts disposent d'une importance capitale dans l'évolution des conditions de régularité des jugements étrangers en droit commun telles qu'instaurées par l'arrêt *Munzer*. Il s'agit tout d'abord de l'arrêt *Bachir* rendu par la Cour de cassation le 4 octobre 1967<sup>555</sup> qui intègre la condition de régularité de la procédure suivie à l'étranger parmi la condition d'absence de contrariété à l'ordre public. Le second de ces arrêts est l'arrêt *Simitch* rendu par la Cour de cassation le 6 février 1985<sup>556</sup> qui concerne la compétence internationale de la juridiction étrangère. En substance, en dehors des cas de compétence exclusive des juridictions françaises, la Cour affirme que la juridiction étrangère doit être considérée comme compétente

<sup>552</sup> Civ. 1re, 7 janvier 1964, *Munzer* : B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 357 s., spéc. p. 357

<sup>553</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 359, n° 1

<sup>554</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 360 s., n° 4 s.

<sup>555</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 402

<sup>556</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 624

dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux. La jurisprudence *Simitch* participe ainsi de l'élaboration de règles françaises spécifiquement destinées à déterminer la compétence internationale indirecte des juridictions étrangères<sup>557</sup>. Précisons que si l'arrêt indique que la juridiction étrangère doit être reconnue compétente « *si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi* », l'arrêt ne définit pas ce qu'il convient d'entendre par « *lien caractérisé* » mais en fournit simplement une illustration. En l'occurrence, la compétence internationale indirecte de la juridiction étrangère est, dans l'arrêt *Simitch*, établie au moyen de la méthode du groupement des points de contact ou du cumul des indices<sup>558</sup>. Avec ce procédé, il ne s'agit pas de déterminer le for le plus approprié, mais seulement de s'assurer que la compétence de la juridiction étrangère n'est pas inappropriée<sup>559</sup>. Enfin, l'ultime évolution concernant la régularité des jugements étrangers en droit commun interviendra le 20 février 2007 avec l'arrêt *Cornelissen*<sup>560</sup> qui supprime purement et simplement l'une des conditions de régularité des jugements étrangers instaurée par l'arrêt *Munzer* : la condition de contrôle de la loi appliquée par le juge étranger pour accorder l'*exequatur*. Avec cet arrêt, la conformité au système français de solution des conflits de lois est retirée du catalogue des conditions de la régularité internationale des jugements étrangers en droit commun<sup>561</sup>.

183. Avec l'arrêt *Cornelissen*, les conditions de régularité des jugements étrangers, initialement dégagées par l'arrêt *Munzer*, passent ainsi de quatre à trois. Depuis lors la régularité des jugements étrangers en droit commun requiert la compétence de la juridiction étrangère telle qu'elle fut déterminée par l'arrêt *Simitch*, l'absence de contrariété à l'ordre public procédural et substantiel et enfin de l'absence de fraude à la loi. Précisons que les doutes quant à l'extension de la jurisprudence *Cornelissen* à la matière familiale ont été levés par la jurisprudence au travers d'un arrêt rendu le 8 juillet 2010<sup>562</sup> dans une affaire relative à la reconnaissance d'une décision d'adoption américaine qui a été reconnue en France en dépit de la non-application par l'État d'origine de la loi désignée par la règle de conflit française<sup>563</sup>.

<sup>557</sup> V. P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 271, n° 381 - B. AUDIT et L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 466 s., n° 559 s.

<sup>558</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 635, n° 15

<sup>559</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 636, n° 16

<sup>560</sup> Civ. 1re, 20 février 2007, n° 05-14.082 : D., 2007. p. 1115

<sup>561</sup> B. ANCEL et H. MUIR-WATT, Des vérifications auxquelles le juge est tenu de procéder pour accorder l'*exequatur*, Rev. crit. DIP, 2007, p. 420 s., n° 1

<sup>562</sup> P. HAMMJE, De l'*exequatur* d'un jugement étranger d'adoption, Rev. crit. DIP, 2010, p. 747 s.

<sup>563</sup> S. MAYA BOUYAHIA, La proximité en droit international privé de la famille, Thèse, L'Harmattan, 2015, Préface de L. Chedly et M. Goré, p. 193, n° 262

184. « *Est significative, assurément, l'admission d'une mise en retrait du règlement français des conflits de lois, derrière laquelle gît l'idée - empreinte de réalisme - que les règles locales de rattachement n'ont qu'une valeur relative, et doivent parfois s'effacer pour permettre l'accueil d'un point de vue normatif qui a pu cristalliser la situation des personnes privées. A moyen terme, cette philosophie nouvelle pourrait être porteuse d'un certain bouleversement de la méthodologie classique du droit international privé français, et précisément d'une « extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale »*<sup>564</sup>.

## 2. Les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étatiques en droit de l'Union et en droit conventionnel

185. Les États ont la capacité de consentir à des conventions ou traités internationaux leur permettant de réaliser mutuellement et réciproquement des concessions concernant en l'espèce la coopération judiciaire et la réception des jugements étrangers (b). Dans ce cas les règles élaborées diffèrent de celles existantes en droit commun et les conditions de régularité avec. En outre, l'Union Européenne elle-même a adopté un certain nombre de règles relatives à la reconnaissance des décisions de justice dans les États membres (a). D'abord par la voie conventionnelle, puis par la voie réglementaire.

### a. Les conditions de reconnaissance des décisions de justice étatique en droit de l'Union

186. La France a conclu un certain nombre de traités en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères. Parmi les plus importants figure la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Celle-ci a cédé sa place en 2007 au Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 (Règlement dit « *Bruxelles I* »). Celui-ci a également fait l'objet de modifications formalisées par le Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 (Règlement dit « *Bruxelles I bis* ») remplaçant le règlement *Bruxelles I*, et reprenant pour l'essentiel les règles relatives à la reconnaissance des jugements étrangers telles qu'elles résultaient du Règlement *Bruxelles I*<sup>565</sup>. Le règlement « *Bruxelles I bis* », comme la Convention de Bruxelles de 1968 et le règlement « *Bruxelles I* » avant lui, est relatif à la « *compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* ». Ce règlement fixe les règles générales relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dans le cadre de l'Union Européenne. Cependant, si la Convention

<sup>564</sup> L. D'AVOUT et S. BOLLÉE, L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers, D., 2007, p. 1115 s., § 15

<sup>565</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 322, n° 475



de Bruxelles de 1968, et les règlements qui en découlent, constituent des normes fondamentales, pionnières et générales, il n'est plus possible aujourd'hui de parler de « régime des jugements européens » au singulier au regard de la multiplication des instruments spécifiques. Cette notion ne peut plus être appréhendée qu'au pluriel. Toutefois, l'analyse principale portera sur le règlement *Bruxelles I bis* car il a, malgré la multiplication des instruments spéciaux, une vocation générale concernant la reconnaissance des jugements étrangers en matière civile et commerciale. Par ailleurs, ce texte entretient un lien de filiation directe avec le premier texte adopté en la matière au niveau européen, la Convention de Bruxelles de 1968.

187. Concernant la reconnaissance des décisions en droit de l'Union une première précision peut être apportée quant à la qualification. La qualification d'une situation liée à une décision de justice permet de déterminer l'application ou non d'un règlement européen au regard des demandes effectuées ou des décisions présentées. La question est celle de savoir si la qualification relève des États, c'est-à-dire une qualification nationale, ou s'il s'agit d'une qualification autonome européenne, assurée notamment aujourd'hui par la Cour de Justice de l'Union Européenne ? Sur ce point la Cour de Justice de Communautés Européennes a déjà pu affirmer que la qualification est européenne et donc autonome<sup>566</sup> dans un arrêt *LTU c. Eurocontrol*<sup>567</sup> rendue le 14 octobre 1976. Il s'agit par cela de permettre une application uniforme du règlement dans l'ensemble des Etats membres et éviter ainsi un morcellement de l'application des normes européennes.

188. S'agissant des décisions susceptibles d'être reconnues ou exécutées dans le cadre du règlement « *Bruxelles I bis* » il convient de déterminer ce que cela concerne. Conformément à l'article 2, la décision doit émaner d'une juridiction étatique d'un État membre. De ce point de vue, peu importe la dénomination donnée à la décision de justice étatique de l'État membre en question<sup>568</sup>. Le domaine d'application du règlement concerne « *la matière civile et commerciale* »<sup>569</sup> comme le prévoit l'article 1er du règlement. Il faut en principe entendre par cela tout ce qui relève du droit privé dans les pays de tradition romaniste<sup>570</sup>. Cette solution explique que le règlement « *Bruxelles I bis* » ait en droit de l'Union une vocation générale en matière civile et commerciale, ou plus généralement de

<sup>566</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 503, n° 609

<sup>567</sup> JDI, 1977, p. 707, chron. A. Huet

<sup>568</sup> L. VOGEL, Compétence judiciaire et reconnaissance des décisions depuis le règlement Bruxelles I bis, Bruylant, 2015, p. 124, n° 58

<sup>569</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 238, n° 344

<sup>570</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 504, n° 610

droit privé. Toutefois, certaines matières relevant du droit privé sont explicitement exclues par l'article 1§2 du règlement<sup>571</sup>. Seules les décisions susceptibles d'être reconnues et exécutées conformément aux dispositions prévues par le Règlement *Bruxelles I bis* entrent dans le champ d'application matériel de celui-ci<sup>572</sup>.

189. Même si le champ d'application matériel reste le même, la refonte du règlement « *Bruxelles I* » en « *Bruxelles I bis* » a tout de même entraîné un certain nombre de changements. Si ces changements ne concernent pas tant les règles relatives à la reconnaissance des décisions, qui tant dans le règlement « *Bruxelles I* » (Article 33) que dans le règlement « *Bruxelles I bis* » (Article 36) sont reconnues de plein droit<sup>573</sup>, ils concernent l'exécution des décisions. Alors que dans le cadre du règlement n° 44/2001 une déclaration de force exécutoire de la décision étrangère était nécessaire pour que celle-ci se voit accorder la force exécutoire dans l'État membre requis (Article 38), la situation a désormais changée avec le règlement n° 1215/2012. Il y a désormais un inversement du contentieux dans le cadre de « *Bruxelles I bis* ». Le jugement étranger bénéficie alors toujours d'une reconnaissance de plein droit, comme cela était aussi prévu par « *Bruxelles I* », mais en plus et désormais la déclaration préalable de force exécutoire pour mettre à exécution le jugement n'est plus nécessaire (Article 39 du règlement *Bruxelles I bis*). C'est sur ce point que le règlement « *Bruxelles I bis* » innove par rapport au règlement « *Bruxelles I* »<sup>574</sup>. Toutefois s'il innove au regard du règlement *Bruxelles I*, la solution de dispense de déclaration préalable constatant la force exécutoire dégagées par *Bruxelles I bis* n'est pas inédite et avait déjà été mise en œuvre par le règlement « *aliments* » du 18 décembre 2008, concernant l'exécution des décisions rendues en matière alimentaire.

190. Le règlement prévoit enfin des motifs de non-reconnaissance des décisions entrant dans son champ d'application. Ils sont prévus à l'article 45 et ne sont pas cumulatifs. La présence seule de l'un de ces motifs est un élément suffisant pour s'opposer à la reconnaissance de la décision étrangère. Les motifs de refus de reconnaissance prévus par l'article 45 sont la méconnaissance des règles de compétence exclusives des juridictions<sup>575</sup>, la contrariété du jugement étranger à l'ordre

---

<sup>571</sup> Sont concernés par ces exclusions : le statut personnel et le droit patrimonial de la famille, les faillites, concordats et autres procédures analogues, la sécurité sociale et enfin l'arbitrage - B. AUDIT et L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 505 s., n° 611 s.

<sup>572</sup> L. VOGEL, *op. cit.*, p. 126, n° 60

<sup>573</sup> O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *op. cit.*, p. 437, n° 769

<sup>574</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 325, n° 478

<sup>575</sup> O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *op. cit.*, p. 455, n° 803 s. - P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 323 s., n° 477

public de l'Etat requis<sup>576</sup>, le défaut de notification effective, en temps utiles, de l'acte introductif d'instance<sup>577</sup> et enfin l'inconciliabilité avec un autre jugement<sup>578</sup>.

191. Le régime mis en place par le règlement *Bruxelles I bis* ne peut plus, comme nous l'évoquions, donner une vision globale de la reconnaissance des jugements en droit de l'Union. La multiplication des règlements spéciaux a fait éclater les régimes des décisions européennes étrangères suivant le règlement auquel se rattache matériellement la décision considérée. La présentation des règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en droit de l'Union telles qu'elles découlent du règlement n° 1215/2012 doivent donc être complétées par l'étude des règlements apportant des solutions spéciales et dérogatoires des solutions prévues par le règlement *Bruxelles I bis* en matière civile et commerciale. De manière chronologique il s'agit du règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 applicable en matière de dissolution du mariage et de responsabilité parentale (Règlement « *Bruxelles II bis* »)<sup>579</sup>, du règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 applicable à la matière des obligations alimentaires (Règlement « *aliments* »), du règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant les successions internationales (Le règlement « *successions* »), du règlement (UE) n°2016/103 du Conseil 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 (Le règlement « *régimes matrimoniaux* »), et enfin du règlement (UE) 2016/1104 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 d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (Règlement « *effets patrimoniaux des partenariats enregistrés* »).

192. Concernant ces différents règlements il convient de mettre en avant les éléments communs en matière de reconnaissance ou d'exécution des décisions de justice étrangère. La principale règle, commune à l'ensemble de ces règlements, concerne la reconnaissance des décisions rendues dans un autre État membre de l'Union Européenne. En effet, à l'image du

<sup>576</sup> O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *op. cit.*, p. 456, n° 807 s. - P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 323, n° 477

<sup>577</sup> O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *op. cit.*, p. 458 s., n° 811 s. - P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 323, n° 477

<sup>578</sup> O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *op. cit.*, p. 459 s., n° 813 s.

<sup>579</sup> Il sera remplacé dans les mois à venir par l'entrée en vigueur du règlement (UE) 2019/1111 DU CONSEIL du 25 juin 2019, dit « *Bruxelles II ter* », le 1<sup>er</sup> août 2022. Ce règlement constitue une refonte du règlement « *Bruxelles II bis* »

règlement « *Bruxelles I bis* », dans l'ensemble de ces instruments, il est prévu que les décisions rendues dans un État membre, sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à aucune procédure<sup>580</sup>. Toutefois, si la reconnaissance de plein droit signifie la reconnaissance sans procédure préalable nécessaire, elle n'est généralement pas inconditionnelle. En effet, dans le cadre de ces différents instruments, il existe, en principe, des motifs de non-reconnaissance des décisions étrangères. Nous insistons sur le principe car dans certaines situations il existe une impossibilité pure et simple de s'opposer à la reconnaissance de la décision rendue dans un autre État membre.

193. Certains motifs de non-reconnaissance sont communs à l'ensemble règlements européens présentés. Parmi ceux-là la contrariété manifeste de la décision étrangère à l'ordre public de l'État requis, l'absence de notification ou de signification au défendeur de l'existence de la procédure dont est issue la décision, l'inconciliabilité de la décision rendue avec une décision déjà rendue dans l'État membre requis entre les mêmes parties et enfin l'inconciliabilité de la décision rendue avec une décision rendue dans un autre État membre ou dans un État tiers, susceptible d'être reconnue dans l'État membre requis. Ces quatre motifs de non-reconnaissance sont notamment<sup>581</sup> prévus par le règlement « *Bruxelles II bis* » concernant les décisions de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage<sup>582</sup>. Les quatre motifs évoqués sont également ceux pouvant aboutir à la non-reconnaissance d'une décision entrant dans le champ d'application matériel du règlement « *aliments* ». Toutefois, dans le cadre de ce dernier règlement, ces motifs ne concernent que les décisions rendues dans un État membre non lié par le Protocole de La Haye. En effet, le règlement « *aliments* » prévoit un régime de reconnaissance des décisions distinct suivant que la décision étrangère émane ou non d'un État membre lié par le Protocole de La Haye de 2007. Lorsque la décision émane des juridictions d'un État membre lié par le Protocole de La Haye de 2007, il n'est pas possible de s'opposer à la reconnaissance de cette décision<sup>583</sup>. Ces dispositions sont assez exceptionnelles pour les souligner puisque l'impossibilité de s'opposer à la reconnaissance d'une décision rendue en matière alimentaire par les juridictions d'un État membre

---

<sup>580</sup> Article 21 du règlement *Bruxelles II bis* - Article 17 du règlement « *aliments* » concernant les décisions rendues dans un État membre lié par le Protocole de La Haye de 2007 et article 23 concernant les décisions rendues dans un État membre non lié par le Protocole de La Haye de 2007 - Article 39 du règlement « *successions* » - Article 36 du règlement « *régimes matrimoniaux* » - Article 36 du règlement « *effets patrimoniaux des partenariats enregistrés* »

<sup>581</sup> Cela concerne également l'article 40 du règlement « *successions* », l'article 36 du règlement « *régimes matrimoniaux* » -et l'article 37 du règlement « *effets patrimoniaux des partenariats enregistrés* »

<sup>582</sup> Article 22 du règlement « *Bruxelles II bis* »

<sup>583</sup> Article 17§1 du règlement « *aliments* »

lié par le Protocole de La Haye de 2007 est une exception du règlement « *aliments* ». Parmi les instruments présentés, seul ce dernier prévoit l'impossibilité de s'opposer à la reconnaissance d'une décision étrangère.

194. En résumé il est possible d'affirmer que dans le cadre des règles de droit international privé, relatives à la reconnaissance des décisions de justice étatiques mises en place par l'Union européenne à travers les différents règlements adoptés, existe un principe général de reconnaissance de plein droit des décisions étrangères. Toutefois, à l'exception notable des décisions rendues par les juridictions d'un État membre lié par le Protocole de La Haye de 2007 sur le fondement du règlement « *aliments* », il existe généralement différents motifs permettant de s'opposer à la reconnaissance des décisions de justice étatiques.

195. La question de la force exécutoire des décisions provenant d'un État de l'Union européenne constitue le second axe fondamental concernant circulation des décisions de justice étatiques. Deux régimes s'opposent. Le premier prévoit la nécessité de faire déclarer préalablement la décision exécutoire dans l'État membre requis<sup>584</sup>. Le second prévoit que les décisions jouissent de la force exécutoire dans les autres États membres sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à une déclaration préalable<sup>585</sup>. On parle à cet égard « *d'inversion du contentieux* »<sup>586</sup> dans la mesure où la déclaration préalable de force exécutoire n'est plus nécessaire pour que la décision étrangère se voit reconnaître force exécutoire. Le règlement « *aliments* » prévoit de nouveau, en matière de force exécutoire cette fois-ci, des solutions dérogatoires à ce schéma dans la mesure où il prévoit en son sein, suivant la décision considérée, les deux types de régimes. En effet, concernant les décisions provenant d'un État membre non lié par le Protocole de La Haye de 2007, le règlement prévoit la nécessité de faire déclarer la décision étrangère exécutoire pour permettre sa mise à exécution sur le territoire de l'État membre requis<sup>587</sup>. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une décision en matière alimentaire rendue par les juridictions d'un État membre lié par le protocole de La Haye, la décision étrangère jouit immédiatement de la force exécutoire sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à une déclaration préalable constatant la force exécutoire<sup>588</sup>. La solution dégagée par cette disposition se révèle véritablement novatrice puisqu'avec celle-ci c'est la première fois, avant le règlement

---

<sup>584</sup> Article 28 du règlement « *Bruxelles II bis* », article 43 du règlement « *successions* », article 42 du règlement « *régimes matrimoniaux* » et article 42 du règlement « *effets patrimoniaux des partenariats enregistrés* »

<sup>585</sup> Article 39 du règlement « *Bruxelles I bis* »

<sup>586</sup> O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *op. cit.*, p. 441, n° 782

<sup>587</sup> Article 26 du règlement « *aliments* »

<sup>588</sup> Article 17 §2 du règlement « *aliments* »

« *Bruxelles I bis* », qu'un règlement européen prévoit l'inversion du contentieux en matière de force exécutoire des décisions de justice étrangères<sup>589</sup>. En somme, depuis le règlement n°4/2009 adopté le 18 juin 2011 non seulement les décisions rendues en matière alimentaires échappent au règlement « *Bruxelles I* » (avant sa refonte de 2012), mais en plus elles ne nécessitent plus de déclaration préalable de force exécutoire lorsqu'elles émanent d'un État membre lié par le Protocole de La Haye de 2007 pour être mises à exécution dans l'État membre requis.

196. Le survol des modalités de reconnaissance et d'exécution des décisions existant en droit de l'Union nécessite également d'évoquer le règlement n°805/2004 mettant en place un titre exécutoire européen<sup>590</sup>. Il est le modèle le plus abouti de titre européen directement exécutoire<sup>591</sup>. Concernant son domaine d'application il se limite à la matière civile et commerciale<sup>592</sup>. Sont en revanche ici visées les seules créances de sommes d'argent, exigibles ou à terme<sup>593</sup> ; c'est la solution que prévoit l'article 4§2 du règlement qui définit ce que l'on doit entendre par « *créance* ». Par ailleurs, l'application du règlement se limite aux seules créances dites « *incontestées* ». Le règlement distingue deux catégories de créances incontestées. Certaines sont incontestées car le débiteur les a expressément reconnues soit dans une transaction judiciaire ou extra-judiciaire soit encore dans un acte authentique. D'autres le sont de par le silence du débiteur lors des procédures intentées contre lui<sup>594</sup>. Ces solutions sont prévues par l'article 3 du règlement qui distingue quatre cas dans lesquels les créances sont réputées incontestées : celles qui ont fait l'objet d'une reconnaissance expresse du débiteur au cours d'une procédure judiciaire ou d'une transaction (Article 3-1-a), celles qui n'ont pas fait l'objet d'une opposition de la part du débiteur (Article 3-1-b), celles que le débiteur a tacitement reconnu du fait de sa non-comparution dans la procédure relative à une créance initialement contestée (Article 3-1-c) ou enfin les créances expressément reconnues dans un acte authentique (Article 3-1-d). Une créance incontestée en matière civile ou commerciale peut se voir reconnaître la qualité de titre exécutoire européen à la condition que certains droits de la défense aient été respectés, soit avant, soit après que la décision ait été rendue. Ces exigences résident principalement dans la nécessité de signifier ou notifier au débiteur l'existence d'une procédure

---

<sup>589</sup> Cette solution est également prévue par le règlement « *Bruxelles II ter* » (article 34), qui entrera prochainement en vigueur, pour les décisions rendues en matière de responsabilité parentale

<sup>590</sup> Règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 concerne les décisions, transactions judiciaires ou actes authentiques relatifs à des créances incontestées

<sup>591</sup> M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 2020 (7<sup>ème</sup> édition), p. 581 s.

<sup>592</sup> Article 2 du règlement « *titre exécutoire européen* »

<sup>593</sup> D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 361, n° 312

<sup>594</sup> M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op. cit.*, p. 582, n° 848

engagée à son encontre<sup>595</sup>. Pour conclure, la certification de la décision ou de l'acte authentique comme titre exécutoire européen peut émaner de la juridiction qui a rendu sa décision au fond, mais peut aussi émaner d'un organe, non-juridictionnel, autre que celui qui aura rendu la décision. L'article 509-1 du Code de procédure civile confère cette compétence au greffier en chef de la juridiction qui a rendu la décision<sup>596</sup>. Ce rôle est confié au notaire dès lors qu'il s'agit d'un acte authentique. Une fois la décision ou l'acte authentique certifiée comme titre exécutoire, et conformément aux dispositions de l'article 5 du règlement « *titre exécutoire européen* » : « *une décision qui a été certifiée en tant que titre exécutoire européen dans l'État membre d'origine est reconnue et exécutée dans les autres États membres, sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire et sans qu'il soit possible de contester sa reconnaissance* ». Le titre certifié exécutoire pourra donc être mis à exécution dans l'ensemble des États membres (à l'exception du Danemark) sans qu'aucune procédure supplémentaire ne soit nécessaire.

b. Les conditions de régularité et de reconnaissance des décisions de justice étatique en droit conventionnel

197. Au-delà des solutions dérogatoires au droit commun mises en place par le droit de l'Union européenne concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice étatique, les États de manière bilatérale ou multilatérale, concluent des conventions ou traités leur permettant de mettre en place des règles particulières, elles-mêmes dérogatoires aux règles du droit commun. S'il se révèle complexe de réaliser une présentation complète et générale de l'ensemble des règles conventionnelles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions de justice étatique auxquelles la France est partie, il est possible d'en réaliser une présentation générale. En effet, les solutions adoptées dans les différentes conventions ne sont pas uniformes. Cela tient tant à la diversité des partenaires avec lesquels des accords peuvent être signés qu'aux époques auxquelles elles peuvent être conclues<sup>597</sup>. Plus généralement, les conventions conclues ont pour objet la coopération judiciaire en matière civile et commerciale. En réalité l'harmonisation des règles de compétence directe est généralement difficile car celle-ci pousse les États à renoncer à certaines règles de compétence directe bien établies dans leur droit commun. Ainsi, les traités les plus nombreux ne portent que sur la reconnaissance des décisions étatiques, c'est-à-dire les règles de

<sup>595</sup> A. HUET, Titre exécutoire européen, Répertoire de droit européen [en ligne], août 2006 (Actualisation février 2020) [Consulté le 3 décembre 2020], Dalloz, n° 22 s.

<sup>596</sup> D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 363, n° 314

<sup>597</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 491, n° 594

compétence indirecte internationale des tribunaux. C'est ce que l'on appelle en doctrine des *traités simples*, par opposition aux *traités doubles*<sup>598</sup>.

198. Enfin la coopération internationale en matière judiciaire peut se réaliser non seulement entre deux États souverains mais également entre plusieurs d'entre eux. On parle alors de coopération multilatérale, donnant lieu à conventions multilatérales. Un certain nombre de conventions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions de justice ont pu être l'objet de conventions multilatérales. À cet égard les tentatives les plus nombreuses d'unifier les règles en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires ont eu lieu sous l'égide de la conférence de La Haye de droit international privé qui a été réunie pour la première fois en 1883. On peut à cet égard citer à titre d'exemple la convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligation alimentaire avec les enfants ou encore la convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires, toutes deux adoptées sous son égide.

199. La présentation générale des règles applicables en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice nous a permis de mettre en évidence que tant en droit commun, européen que conventionnel les décisions de justice étatiques, actes juridictionnels individuels ou actes volitifs, étaient soumis à la méthode de la reconnaissance d'efficacité. Cette affirmation se vérifie par la mise en œuvre systématique des conditions de reconnaissance d'efficacité et d'exécution des décisions de justice étrangères dès lors qu'elles sont régies par le droit positif, tant en droit commun, européen que conventionnel. Au-delà des décisions de justice étatiques les sentences arbitrales rendues dans le cadre d'un arbitrage, qui n'ont pas une origine étatique mais privée, constituent également des décisions, actes juridictionnels ou volitifs.

## B. Les conditions de régularité des sentences arbitrales

200. Le droit français tout comme la plupart des droits étrangers a opté pour la méthode du conflit de juridictions ou de reconnaissance d'efficacité concernant les sentences arbitrales. Ainsi de *lege lata* les sentences arbitrales sont soumises à la méthode du conflit de juridictions. Toutefois les conditions requises pour leur *exequatur* diffèrent de celles exigées pour les décisions étatiques<sup>599</sup> bien que ces dernières ne soient pas uniques suivant le droit applicable. Il est cependant bien établi

<sup>598</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 492, n° 595

<sup>599</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 9, n° 9



qu'une sentence arbitrale, qu'elle soit rendue en France ou à l'étranger, ne pourra donner lieu à une exécution forcée que si elle est d'abord notifiée puis revêtue de l'*exequatur*<sup>600</sup>. En droit commun, les conditions de l'*exequatur* des sentences arbitrales sont posées respectivement par l'article 1488 CPC concernant les sentences arbitrales internes (modifié par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage) et par l'article 1514 CPC pour les sentences internationales (modifié par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage). L'article 1488 CPC dispose que : « *L'exequatur ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public. L'ordonnance qui refuse l'exequatur est motivée* ». L'article 1514 relatif à l'arbitrage international prévoit de son côté que : « *Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international* ». Ainsi les conditions de l'*exequatur* concernent tant pour l'arbitrage interne que l'arbitrage international l'existence de la sentence arbitrale et le respect de l'ordre public. Dans le cas des sentences arbitrales rendues en France, l'ordre public visé est l'ordre public interne, dans le second cas, celui de l'arbitrage international, c'est l'ordre public international comme le prévoit l'article 1514 CPC. Toutefois, à l'occasion du contrôle qu'il effectue, le juge ne procède qu'à un contrôle *prima facie* de conformité de la sentence à l'ordre public et c'est la cour d'Appel, éventuellement, qui procédera à un contrôle plus approfondi<sup>601</sup>. En effet, le juge de l'*exequatur* se contente de vérifier la « *conformité apparente* »<sup>602</sup>. L'*exequatur* permettant toutefois de recourir aux mesures d'exécution forcée pour faire exécuter la sentence il est tout de même exigé un contrôle du juge. Ainsi, avant d'apposer la formule exécutoire, le juge doit s'assurer que la décision n'est pas « *manifestement contraire à l'ordre public* »<sup>603</sup>. Cette exigence concerne tant les sentences arbitrales internes qu'internationales. L'expression « *manifestement* » employée souligne que la contrariété doit être évidente, flagrante, ce qui exclut de la part du juge de l'exécution toute recherche, comme celle par exemple de l'inarbitrabilité du litige<sup>604</sup>. Ainsi, les sentences arbitrales sont aisément reconnues puisque seule leur contrariété manifeste à l'ordre public interne ou international est un obstacle à leur *exequatur*, ce qui en pratique n'arrive quasiment jamais<sup>605</sup>. De même, la procédure pour obtenir l'*exequatur* est simplifiée dans la mesure où elle se déroule sur simple requête devant le tribunal judiciaire du ressort dans lequel cette sentence a été rendue. Cette solution est prévue par l'article

<sup>600</sup> L. CADIET et T. CLAY, Les modes alternatifs de règlement des conflits, Dalloz, 2019 (3<sup>ème</sup> édition), p. 72 s.

<sup>601</sup> C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, p. 407, n° 481

<sup>602</sup> Paris, 11 juillet 1978 : Rev. Arb. 1978, p. 538, note J. Viatte

<sup>603</sup> C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, p. 407, n° 481

<sup>604</sup> D. HASCHER, Arbitrage du commerce international [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 3 décembre 2020], janvier 2005 (Actualisation mars 2020), Dalloz, spéc. n° 153

<sup>605</sup> L. CADIET et T. CLAY, *op. cit.*, p. 73

1487 CPC concernant l'arbitrage interne. La procédure se déroule devant le tribunal judiciaire de Paris si la sentence a été rendue à l'étranger, conformément à l'article 1516 CPC<sup>606</sup>.

201. Confirmant notre hypothèse de départ, il a pu être vérifié qu'en droit positif l'ensemble des actes volitifs ou actes juridictionnels, étatiques ou privés, se retrouvent soumis à la méthode de la reconnaissance d'efficacité. À cet égard, il semble possible de considérer que non seulement la fonction assurée par le tiers instrumentaire mais également les attributs dont sont susceptibles d'être revêtus à l'étranger les actes volitifs ou juridictionnels, qui s'attachent directement à la fonction exercée par le tiers instrumentaire, justifient la considération de la norme étrangère et ainsi l'application de la méthode de la reconnaissance dont c'est l'objet en droit positif. Pour autant, afin de confirmer qu'effectivement c'est la nature des actes juridiques qui gouverne et détermine la méthode applicable à leur circulation internationale en droit positif, encore faut-il pouvoir démontrer que les actes n'appartenant pas à la catégorie des actes volitifs telle que dégagée<sup>607</sup> demeurent, pour leur part, exclus de l'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité dans le cadre de leur circulation internationale.

## Section 2. Les actes soumis à la méthode du conflit de lois

202. En droit français la nullité en matière d'actes juridiques sanctionne l'absence d'un élément fondamental à la validité d'un acte juridique. Deux types de nullités sont envisageables : la nullité absolue et la nullité relative. La nullité absolue tend à assurer la sauvegarde de l'intérêt général quand la nullité relative est protectrice d'intérêts privés<sup>608</sup>. Dans le premier cas la généralisation du droit de critique multipliera les chances de dénonciation de l'illicite alors que dans le second, ce droit est réservé à la personne dans l'intérêt de laquelle la règle a été édictée<sup>609</sup>. Dans tous les cas, en matière d'actes juridiques, la nullité n'est pas acquise de plein droit ou sur déclaration d'une partie, elle doit être judiciairement prononcée<sup>610</sup>. Ainsi, par principe, tout acte juridique, qu'il repose

---

<sup>606</sup> L. CADIET et T. CLAY, *op. cit.*, p. 73

<sup>607</sup> V. *Supra*, p. 40 s., n° 48 s.

<sup>608</sup> Article 1179 du Code civil.

<sup>609</sup> Y. PICOD, Nullité [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 3 décembre 2020], juillet 2020, Dalloz, spéc. n° 43

<sup>610</sup> C. BRENNER et S. LEQUETTE, Acte juridique [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 13 Octobre 2020], février 2019, Dalloz, spéc. n°128 - Précisons qu'en matière de contrat l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, qui met en œuvre la réforme du droit des obligations, crée la nullité conventionnelle lorsque celle-ci est constatée par les parties comme le prévoit l'article 1178 du Code civil.

formellement sur un instrument public<sup>611</sup> ou privé, est présumé valable tant que la nullité de son contenu n'a pas été prononcée, c'est-à-dire en l'absence de contestation. En matière spécialement d'actes authentiques, il est possible de constater que la reconnaissance n'est pas la même chose que la reconnaissance des décisions. D'abord parce que le contenu de l'acte n'est, contrairement aux décisions, pas l'œuvre du tiers instrumentaire mais des particuliers. Par ailleurs, la validité du contenu de l'acte authentique est présumée tant qu'aucune action visant à son invalidité n'a aboutie. Cette présomption de validité lui assure, *a priori*, un rayonnement international sans qu'il ne soit besoin de recourir à aucune procédure<sup>612</sup>. Ce point de vue est également valable concernant le contenu des actes sous-seing privé à la différence cette fois-ci que non seulement le *negotium* mais également l'*instrumentum* est l'œuvre des particuliers.

203. En matière d'actes authentiques non décisionnels, il existe alors une nécessité de distinguer l'enveloppe formelle (*instrumentum*) et le contenu substantiel de l'acte (*negotium*)<sup>613</sup>. Comme le dit le Professeur Holleaux, lorsque l'autorité étrangère a seulement reçu un acte juridique qui est l'œuvre des particuliers, l'efficacité en France du *negotium* est indépendante de l'efficacité de l'instrument. Elle relève, comme à propos d'un acte juridique réalisé sous-seing privé, des règles françaises de conflit de lois et des lois que ces dernières désignent. Quant à l'instrument, son efficacité est subordonnée à d'autres conditions<sup>614</sup>. Si certaines règles vont ainsi permettre de déterminer les conditions d'efficacité des instruments étrangers (Paragraphe 1), d'autres, celles désignées par les règles de conflit de lois du for déterminent la validité du contenu de l'acte juridique, c'est-à-dire la validité du *negotium* contenu dans l'*instrumentum* étranger (Paragraphe 2). Il convient donc nécessairement en matière d'actes juridiques non décisionnels de distinguer l'efficacité de la validité, en gardant toutefois à l'esprit que la non-validité du *negotium* rejaillira nécessairement sur l'efficacité du rapport juridique dans l'ordre international.

## § 1. Les conditions d'efficacité

204. En droit international privé les conditions d'élaboration des actes juridiques sont fondamentales pour déterminer leur efficacité internationale. Il convient donc de préciser les

---

<sup>611</sup> R. CRÔNE, La réception d'un acte authentique étranger en France », *in* Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard *Liber Amicorum*, Defrénois, 2007, p. 77s., spéc. p. 83, n° 13 s.

<sup>612</sup> C. NOURRISSAT, La reconnaissance des actes authentiques [en ligne] [consulté le 30 décembre 2018], Notaires d'Europe, 15 octobre 2010, p. 5

<sup>613</sup> M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ, 2017 (6ème édition), p. 215, n° 298

<sup>614</sup> Rev. crit. DIP, 1979, p. 102 s., spéc. p. 110, note D. HOLLEAUX

conditions d'efficacité formelle des actes juridiques (A), c'est-à-dire les règles formelles à respecter pour établir l'efficacité internationale d'un acte juridique en droit international privé. Par ailleurs, l'accès à la procédure d'*exequatur* est conditionné à la qualification d'acte authentique (B). À cet égard l'instrument public étranger doit présenter des garanties d'élaboration similaires ou proches de celles entourant l'élaboration d'un acte authentique en droit français, que l'exécution forcée soit poursuivie ou non.

#### A. Les conditions d'efficacité formelle

205. Si l'acte juridique est présumé valable, des contestations sont toujours susceptibles de s'élever. N'ayant pas été purgé de ses vices éventuels celles-ci peuvent porter tant sur la validité en la forme ou au fond<sup>615</sup> du rapport de droit considéré.

206. Concernant tant l'efficacité formelle que la validité en la forme des actes juridiques il existe une règle de principe, depuis fort longtemps établie en droit international, donnant compétence à la loi du lieu de réalisation de l'acte ou lieu de conclusion de l'acte. C'est la règle que traduit la maxime latine « *locus regit actum* ». Découverte par les maîtres de l'École de Bologne, appliquée en France durant l'Ancien Régime, la maxime *locus regit actum* est toujours une règle du droit positif<sup>616</sup>. Il en va de même dans de très nombreux pays<sup>617</sup>. Toutefois, et par principe, en droit commun, l'arrêt *Viditz* rendu le 20 juillet 1909<sup>618</sup>, énonce le caractère facultatif de cette règle. En l'espèce, s'agissant d'un testament rédigé en France, la Haute juridiction va reconnaître la validité du testament fait en la forme anglaise affirmant que la règle *locus regit actum* n'a d'autre effet que d'accorder une option entre les formes admises par la loi nationale du testateur en l'occurrence et celles requises par la loi du lieu où celui-ci a été réalisé. En outre, l'arrêt *Chaplin* de 1963 vient ajouter une option supplémentaire puisque concernant spécialement la matière contractuelle, la Cour affirme que la loi applicable à la forme peut également être la loi choisie par les parties pour régir le fond de l'acte. Ainsi, en théorie, l'option en matière de loi applicable à la forme des actes juridiques se réalisait-elle entre la loi du lieu de réalisation de l'acte, la loi nationale des parties ou encore la loi désignée par les parties pour régir le fond du rapport juridique<sup>619</sup>. Aujourd'hui avec la

<sup>615</sup> V. *Infra*, p. 139 s., n° 215 s.

<sup>616</sup> G. LÉGIER et G. LARDEUX, Fascicule 551-10 : ACTES JURIDIQUES. - Forme. - Loi applicable à la forme [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 7 janvier 2019], mai 2007 (Mis à jour février 2018), Lexis360, spéc. n° 16

<sup>617</sup> G. LÉGIER et G. LARDEUX, *op. cit.*, spéc. n° 97 à 100

<sup>618</sup> DP, 1911, 1, p. 185, note Politis

<sup>619</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 560, n° 806

multiplication des textes spéciaux et des règles dérogatoires, il n'est plus possible de présenter les choses aussi schématiquement. Si la règle *locus regit actum* demeure la règle, facultative, permettant de déterminer la loi applicable à la forme des actes juridiques, certains actes donnent en fait lieu à des solutions particulières, spéciales, et dérogatoires les unes des autres<sup>620</sup>, et concerne tant les testaments<sup>621</sup>, les contrats de mariage<sup>622</sup>, le mariage<sup>623</sup>, le divorce<sup>624</sup>, que la reconnaissance d'enfant naturel<sup>625</sup>, l'adoption<sup>626</sup>, ou encore la protection des incapables<sup>627</sup>.

207. Il existe toutefois des situations dans lesquelles la liberté des parties dans le choix de la loi applicable à la forme des actes juridiques est totalement exclue. À cet égard on peut penser aux situations dans lesquelles la loi locale est d'application nécessaire. Dans certaines situations, les États sont intéressés à l'application exclusive de leur loi en matière de forme, ainsi la loi locale aurait-elle une valeur impérative<sup>628</sup>. Pour illustrer nos propos, en matière de mariage, certains États ayant une conception religieuse de celui-ci vont imposer une forme religieuse du mariage tant à ses ressortissants qu'aux étrangers. À l'inverse, les États ayant une conception laïque peuvent également imposer des formes ou célébrations laïques ou républicaines en matière de forme des mariages. C'est le cas de la France qui ne reconnaît pas la validité du mariage ayant fait l'objet d'une unique cérémonie religieuse. En effet, en droit français le mariage doit emprunter la forme laïque pour être valable, soit une célébration républicaine devant l'officier d'état civil compétent<sup>629</sup>. Au-delà d'une question d'efficacité il s'agit d'une condition de validité du mariage contracté en France. Ainsi dans ces situations la règle *locus regit actum* prend-elle une forme rigoureusement impérative.

208. Cependant, au-delà de la règle de principe applicable à la forme des actes juridiques dont le respect est nécessaire à l'efficacité formelle d'un acte juridique, la question reste entière de connaître les conditions qui doivent entourer la réalisation d'un *instrumentum* public à l'étranger pour que celui-ci soit régulier et considéré comme internationalement efficace. En matière d'instruments

<sup>620</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 560, n° 806

<sup>621</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 608, n° 884

<sup>622</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 581, n° 837

<sup>623</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 403, n° 578

<sup>624</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 433, n° 622

<sup>625</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 444, n° 641

<sup>626</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 461, n° 665

<sup>627</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 381, n° 553 s.

<sup>628</sup> C. BIDAUD-GARON, Fasc. 544 : ÉTAT CIVIL. – Autorités compétentes. – Loi applicable. – Réception des actes étrangers en France [en ligne], *op. cit.*, spéc. n° 155

<sup>629</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 565, n° 818

publics étrangers les conditions d'élaboration d'un acte juridique se révèlent décisives s'agissant de son efficacité formelle.

209. Ces conditions sont assez peu nombreuses. Il s'agit tout d'abord de s'assurer de la compétence de l'autorité qui a instrumenté l'acte juridique. Cette condition ne pose guère de problème s'agissant des notaires ou des officiers d'état civil non consulaires, compétents dès lors qu'ils sont requis. Par principe, concernant ces autorités, la compétence internationale coïncide avec la compétence interne de ces dernières<sup>630</sup>. Il s'agit également de s'assurer que l'acte ne contient pas une irrégularité intrinsèque apte à disqualifier ce dernier de la catégorie des actes authentiques. Par exemple, une incompétence *ratione materiae*, ou *ratione loci*, est un motif d'inefficacité de l'*instrumentum*. Ensuite, il s'agit de s'assurer que l'acte juridique étranger ne porte pas atteinte à l'ordre public international du for requis. Ainsi, à la condition d'émaner d'une autorité compétente selon la *lex auctoris*, de ne pas contenir d'irrégularités intrinsèques, et de ne pas heurter l'ordre public international, l'acte public étranger est à même de voir reconnaître son efficacité en France. L'efficacité est également dépendante de la compétence de la loi appliquée, non seulement à la forme, mais également au fond, c'est-à-dire de la validité du rapport de droit, *negotium*. Avant d'étudier cela<sup>631</sup>, il s'agit de voir qu'en matière d'efficacité internationale l'accès à la procédure d'*exequatur*, que l'exécution forcée soit recherchée ou non, est réservée aux instruments publics étrangers qualifiés d'actes authentiques.

## B. L'authenticité nécessaire pour accéder à la procédure d'*exequatur*

210. La procédure d'*exequatur* vise en principe à l'attribution, par les autorités du for, de la force exécutoire à un instrument public provenant de l'étranger. Ainsi et en premier lieu, même si des procédures d'*exequatur* à toutes fins utiles peuvent exister et disposer d'une certaine utilité<sup>632</sup>, il demeure qu'originellement cette procédure est par principe limitée aux actes ayant quelque chose à exécuter. En effet, certains actes juridiques n'ont absolument rien à exécuter. Les actes d'état civil en sont un exemple. Si l'admission des procédures d'*exequatur* à toutes fins utiles a modifié ce schéma originel de principe, il convient désormais de constater qu'un instrument étranger est admissible à la procédure d'*exequatur*<sup>633</sup>, que l'exécution forcée soit poursuivie ou simplement dans

<sup>630</sup> D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 730, n° 584

<sup>631</sup> V. *Infra*, p. 139 s., n° 215 s.

<sup>632</sup> V. M. GORÉ, L'acte authentique en droit international privé, Travaux comité fr. DIP, 1998-1999, p. 23 s., spéc. p. 33

<sup>633</sup> D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 737, n° 593

le cadre d'une action à toutes fins utiles. Cependant, pour cela, dans l'un comme dans l'autre cas, encore faut-il que l'instrument étranger soit qualifié d'instrument authentique. Cette nécessité est mise en lumière par deux décisions rendues par les juridictions du fond, confirmée par des décisions ultérieures. La première est rendue par le Tribunal de grande instance de la Seine le 25 janvier 1967<sup>634</sup> et la seconde par le Tribunal de grande instance de Paris le 12 janvier 1978<sup>635</sup>. Dans la dernière de ces deux affaires, le Tribunal de grande instance refuse l'*exequatur* à un contrat de mariage qui, passé en la forme olographe telle que prévue par la loi suédoise, a fait l'objet d'un dépôt au greffe du Tribunal de Stockholm. La juridiction affirme que « *la loi française ne prévoit que l'exequatur des jugements rendus par les tribunaux étrangers et des actes reçus par les officiers étrangers, excluant ainsi de son domaine d'application les actes rédigés en la forme olographe* ». L'analyse de cette décision, couplée à celle de 1967, permet de fournir des précisions sur ce que l'on entend par la notion d'instruments publics étrangers susceptibles de recevoir *exequatur*<sup>636</sup>. En réalité, si le Tribunal de grande instance de Paris refuse l'*exequatur* du contrat de mariage passé en la forme suédoise, c'est que selon la juridiction ce contrat ne mérite ni le qualificatif de décision, ni même celui d'acte public étranger<sup>637</sup>. En effet le Tribunal a considéré que bien qu'il ait été enregistré par le greffe de la juridiction suédoise, le contrat ne méritait pas d'entrer dans la catégorie des actes reçus par les officiers étrangers<sup>638</sup> et ainsi ne répondait pas à la qualification d'acte authentique au sens du droit français<sup>639</sup>. S'agissant en l'espèce d'un simple dépôt auprès du greffe du tribunal étranger, la procédure suivie était impropre à être assimilée à une procédure d'authentification d'un acte juridique tel que le connaît le droit français. Comment donc déterminer les actes étrangers susceptibles d'entrer dans cette catégorie ?

211. En droit commun, c'est le recours à la notion d'équivalence qui permet de déterminer si un instrument étranger doit être considéré comme un instrument authentique, et ainsi se voir ouvrir l'accès aux procédures qui lui sont réservées, telle l'*exequatur*. Précisément, la notion d'équivalence suppose des vérifications quant à la nature de l'autorité et aux fonctions remplies par celle-ci<sup>640</sup>. Ainsi, ce que l'on requiert *a minima* pour que l'acte étranger se voit qualifié d'acte authentique, à l'image des actes publics nationaux, c'est que l'intervention de l'autorité étrangère remplisse non seulement des fonctions équivalentes mais assure également, dans le même temps,

<sup>634</sup> Rev. Crit. DIP., 1967, p. 563 s., note Batiffol

<sup>635</sup> TGI Paris, 12 janv. 1978 : Rev. crit. DIP, 1979, p. 102 s, *op. cit.*

<sup>636</sup> Rev. Crit. DIP., 1979, p. 102 s., *op. cit.*, spéc. p. 104

<sup>637</sup> Rev. Crit. DIP., 1979, p. 102 s., *op. cit.*, spéc. p. 105

<sup>638</sup> Rev. Crit. DIP., 1979, p. 102 s., *op. cit.*, spéc. p. 106

<sup>639</sup> V. *Supra*, p. 32 s., n° 40 s.

<sup>640</sup> M. GORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 27 - Rev. Crit. DIP., 1979, p. 102 s., *op. cit.*, spéc. p. 108

les mêmes types de vérifications que celles réalisées par l'autorité publique du for. À cet égard, l'étude de la décision rendue le 25 janvier 1967 par le Tribunal de grande instance de la Seine semble riche d'enseignements. Elle concernait l'attribution de la force exécutoire à un contrat de mariage instrumenté par un notaire chilien. Le tribunal de grande instance affirme que « *Rondanelli* (le notaire chilien ayant reçu la demande de changement de régime matrimonial de la part des époux Lévy) *est un officier public étranger ; que l'acte qu'il a passé est revêtu de la formule exécutoire ; qu'il a agi dans l'exercice des fonctions qui lui sont dévolues par la loi chilienne et que cet acte peut, par application de l'article 546 du Code de procédure civile français, être déclaré exécutoire en France* ». Comme le met en avant le doyen Batiffol, pour déclarer l'acte étranger exécutoire en France, le tribunal relève tout d'abord que l'acte étranger était exécutoire à l'étranger, en l'occurrence au Chili d'où il provenait. Cette constatation permet d'établir l'accessibilité de l'acte étranger en question à la catégorie des actes pouvant être déclarés exécutoires dans l'ordre juridique du for de reconnaissance. La deuxième constatation concerne la compétence de l'autorité publique étrangère. Il s'agit ici de s'assurer que la mission d'authentification d'un *negotium* juridique entre bien dans le cadre des compétences prévue par la *lex auctoris*.<sup>641</sup> Ainsi, c'est parce que le tribunal estime que le notaire chilien réalise une mission d'authentification des actes juridiques, et que cette mission entre non seulement dans le cadre des compétences qui lui sont dévolues par cette même loi chilienne, mais qu'elle peut être considérée comme équivalente à celle réalisée par les autorités françaises tenues d'authentifier des actes juridiques correspondants, que l'acte qui est issu de l'intervention de l'officier public étranger est considéré comme authentique et partant accessible aux procédures applicables à ces derniers, notamment d'*exequatur*.

212. Multiples sont les exemples qui permettent de montrer que c'est le recours à la notion d'équivalence qui permet d'établir l'authenticité, au regard du droit français, d'un acte public étranger<sup>642</sup>. Pour ne prendre que l'un, récent, d'entre d'eux, l'arrêt rendu le 14 avril 2016 par la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation se prononce en ce sens refusant l'équivalence entre une procuration établie en Australie par un *notary public* et un acte authentique français. La Cour affirme « *que le caractère authentique de la procuration signée par Mme X... est critiqué, tant en ce qui concerne la qualité d'officier public du notary public australien que les conditions de forme requises par la loi française* ». En résumé, la Haute juridiction estime qu'une procuration établie en Australie par un *notary public* ne présente pas les caractères d'un acte authentique, pourtant exigé en l'espèce par le droit français pour la validité de l'acte juridique. Si la Cour ne précise pas les raisons qui poussent à ce choix, nous

<sup>641</sup> Rev. Crit. DIP., 1967, p. 563 s., *op. cit.*, spéc. p. 565

<sup>642</sup> E. FONGARO, La spécificité des actes notariés : l'équivalence, *in* La circulation européenne des actes publics. Premier commentaire du règlement 2016/1191 du 6 juillet 2016, Bruylant, 2020, p. 45 s.



pouvons sans doute estimer que la nature du *notary public* et les fonctions exercées par celui-ci en droit australien ne permettent pas d'établir une équivalence avec celles exercées par une autorité publique française ou de notariat de type latin. Partant, l'acte qui en découle ne peut se voir attribuer un caractère authentique<sup>643</sup>. Comme le souligne Richard Crône, et à l'image de la décision qui vient d'être évoquée, un courant se dessine aujourd'hui pour dénier le caractère d'acte authentique aux actes reçus par les juristes qui ne connaissent pas un notariat de type latin. Ainsi en va-t-il des actes réalisés devant des « *public notary* » en droit du *common law* comme on les retrouve par exemple en droit anglais, américain, australien...<sup>644</sup>. Cette solution relative à l'équivalence semble satisfaire la doctrine spécialisée dans l'étude des actes authentiques et plus largement des actes juridiques ; en effet, pour Richard Crône « *si cette équivalence est avérée, alors, il n'y a aucune raison de ne pas faire produire à l'acte en question les mêmes effets que l'acte du for* »<sup>645</sup>.

213. Enfin précisons qu'en droit commun lorsque c'est l'exécution forcée qui est poursuivie par la procédure d'*exequatur*, le juge de l'*exequatur* doit s'assurer, à la différence des actions en *exequatur* à toutes fins utiles, que l'acte authentique étranger est doté du caractère exécutoire dans l'État d'origine sans pour autant que formellement l'acte ne soit revêtu de la formule exécutoire<sup>646</sup>. Conformément à l'article R212-8 du Code de l'organisation judiciaire et à la dernière réforme de l'organisation judiciaire en date du 23 mars 2019, la procédure d'*exequatur* se déroule devant le tribunal judiciaire statuant à juge unique.

214. Maintenant que sont établies non seulement les conditions d'efficacité auxquelles sont soumis les instruments publics étrangers, et plus largement les instruments juridiques, mais également les conditions d'élaboration qui doivent les entourer pour se voir admis à la procédure d'*exequatur*, il est important de rappeler que ces derniers ne sont pas des coquilles vides et qu'ils renferment un contenu.

## § 2. L'efficacité soumise au respect nécessaire des règles du conflit de lois du for

215. En toute logique, il convient de limiter l'autorité de l'instrument à son enveloppe formelle (*instrumentum*) et de ne rien préjuger de la validité du contenu de l'acte (*negotium*). À la différence du juge ou du tiers exerçant une fonction volitive, l'officier public ou ministériel n'est

<sup>643</sup> V. JDI, 2017, n°1, p. 3, note E. Fongaro - E. FONGARO, *op. cit.*, spéc. p. 54

<sup>644</sup> R. CRÔNE, *op. cit.*, spéc. p. 88, n° 36

<sup>645</sup> R. CRÔNE, *op. cit.*, spéc. p. 89, n° 36

<sup>646</sup> M. GORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 35

pas tenu de dire le droit, il n'exprime pas de volonté propre. C'est un des éléments justifiant le maintien de la validité du contenu de l'acte qu'il instrumente sous l'égide du conflit de lois<sup>647</sup>. Pour autant, à défaut de contestation portant sur la validité du contenu de l'acte, c'est une véritable efficacité substantielle qu'a consacrée la Cour de cassation en droit commun en matière de reconnaissance d'enfant naturel dans son arrêt du 12 janvier 1994<sup>648</sup> en affirmant « *que toute reconnaissance volontaire d'un enfant faite en pays étranger produit de plein droit ses effets sans qu'il y ait lieu de soumettre à exequatur l'acte instrumentaire qui la contient de la même manière que font foi les actes d'état civil tant que son invalidité n'a pas été constatée judiciairement à l'initiative de celui qui y a intérêt* »<sup>649</sup>. Cette solution est calquée sur les décisions, actes volitifs, en matière d'état, et les décisions constitutives<sup>650</sup>. Ainsi, aussi longtemps que la validité d'un acte authentique n'est pas contestée, son efficacité sera pas conséquent admise en France<sup>651</sup> comme l'affirme la Haute juridiction ici en matière spécialement de reconnaissance d'enfant naturel. Ce sont les mêmes règles qui prévalent en droit de l'Union avec les différents règlements européens qui, en matière d'actes authentiques, font souvent référence aux dispositions applicables en matière de jugements, exception faite des dispositions relatives à la reconnaissance. En effet, parler de reconnaissance viendrait à apprécier la validité du contenu, *negotium*, de l'acte authentique étranger. Ainsi, les rédacteurs pour ce qui a trait à l'exécution ont, à juste titre, fait disparaître toute référence relative à la reconnaissance qui ne concerne pas de tels actes, présumés valables jusqu'à ce que leur nullité soit éventuellement prononcée judiciairement. À cet égard, il convient de mentionner l'article 46 du règlement *Bruxelles II bis* qui paraît commettre cette erreur en évoquant des actes « *reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que les décisions* »<sup>652</sup>.

216. Ainsi si les actes juridiques disposent d'une véritable efficacité substantielle tant que leur nullité n'a pas été judiciairement prononcée, il demeure toujours possible, à la différence des décisions de justice étatiques étrangères, d'exercer une action en nullité du *negotium*, que l'*instrumentum* soit public ou privé. La demande ainsi formulée est alors appréciée par la juridiction saisie conformément aux règles substantielles désignées par les règles de conflit du for. La demande est susceptible de concerner tant la validité au fond du rapport de droit que sa validité en la forme,

<sup>647</sup> M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op. cit.*, p. 218, n° 297

<sup>648</sup> Civ. 1re, 12 janvier 1994, *M. Tonon c. Office cantonal de la jeunesse de Tuttlingen* : C. PAMBOUKIS, De l'effet en France d'une reconnaissance d'enfant naturel faite à l'étranger, *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 557 s.

<sup>649</sup> M. GORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 30

<sup>650</sup> M. GORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 30

<sup>651</sup> R. CRÔNE, *op. cit.*, spéc. p. 81

<sup>652</sup> R. CRÔNE, *op. cit.*, spéc. p. 81 s.

suivant généralement pour ce dernier point la règle de principe évoquée et consacrée en la matière, *locus regit actum*. En réalité le *negotium* est présumé valable tant qu'aucune action en nullité n'a abouti<sup>653</sup>. Ainsi, en matière de *negotium*, « la présomption de validité du *negotium* sert de vecteur à son efficacité internationale »<sup>654</sup>. C'est notamment cette présomption qui lui permet, à défaut de contestation, comme le souligne la juridiction dans la décision évoquée<sup>655</sup>, de produire ses effets tant que son invalidité n'a pas été judiciairement constatée, à l'initiative de celui qui y a intérêt. La présomption de validité du *negotium* sert en effet de vecteur à l'efficacité internationale de l'acte juridique étranger. Cependant, il demeure toujours possible de contester le contenu de l'acte par l'exercice d'une action en nullité du *negotium*, en application des règles de conflit de lois<sup>656</sup>. De même, la fraude à la loi et la caractérisation de celle-ci est de nature à mettre à néant la situation créée grâce à la fraude<sup>657</sup>. Dès lors qu'il ne s'agit pas d'un acte juridictionnel ou acte volitif ce sont donc les règles ordinaires du conflit de lois, dont l'usage est dépourvu de toute fraude, qui ont vocation à s'appliquer pour apprécier la validité du rapport juridique qui résulte de l'acte<sup>658</sup>. Cela concerne tant les rapports juridiques formalisés par un instrument public étranger, à l'exception des actes juridictionnels, que les actes non formalisés par l'intervention d'un tiers instrumentaire, c'est-à-dire les actes qualifiés d'acte sous signature privée par le droit français. Ainsi, la possibilité d'agir en nullité du *negotium* en application des règles de conflit de lois du for existe par une action spécifique, distincte de l'action en *exequatur*, par toute personne y ayant intérêt, dès lors que l'acte en question ne constitue pas un acte juridictionnel ou acte volitif.

217. Cette action spécifique doit avoir spécialement pour objectif d'apprécier la validité du contenu, ou *negotium*. La Cour de cassation relève cet impératif dans un arrêt du 22 novembre 2005 dans lequel la Haute juridiction décide qu'« il n'appartenait pas au juge de l'État où l'exécution dudit acte était poursuivie d'en apprécier la validité... »<sup>659</sup>. La Cour impose ainsi, pour apprécier la validité du contenu d'un acte juridique, de réaliser une action spécifique distincte de l'action en *exequatur*. En effet, précisons que même l'*exequatur* d'un instrument public étranger ne préjuge aucunement de la validité de l'acte juridique privé (*negotium*) qu'il contient. Il se peut que le *negotium* soit annulé alors

<sup>653</sup> M. GORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 30

<sup>654</sup> P. CALLÉ, L'acte authentique établi à l'étranger : validité et exécution en France [en ligne], Rev. crit. DIP, 2005 [consulté le 8 août 2020], Dalloz, p. 377 s., spéc. n° 5

<sup>655</sup> Civ. 1re, 12 janvier 1994, *M. Tonon c. Office cantonal de la jeunesse de Tuttlingen* – V. *Supra*, p. 136, n° 215

<sup>656</sup> M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op. cit.*, p. 219, n° 299

<sup>657</sup> V. B. AUDIT, *op. cit.* – P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 189 s., n° 275 s.

<sup>658</sup> R. CRÔNE, *op. cit.*, spéc. p. 83

<sup>659</sup> Civ. 1re, 22 novembre 2005 : Rev. crit. DIP, 2006, p. 422, note P. Callé

même que l'instrument a été déclaré exécutoire<sup>660</sup>. L'anéantissement postérieure au jugement d'*exequatur* du jugement *exequaturé* aura pour objet de rendre le jugement d'*exequatur* caduc par perte de son objet<sup>661</sup>. Cette tendance jurisprudentielle doit être approuvée dans la mesure où si le juge de l'*exequatur* était également juge de la validité du *negotium*, on transformerait la procédure d'*exequatur* en action déclaratoire de la validité du contenu<sup>662</sup>.

218. Dès lors que les actes juridiques ne constituent pas des actes juridictionnels ou actes volitifs, la méthode applicable à leur circulation internationale diffère radicalement de celle applicable à ces derniers. À cet égard rappelons que concernant spécialement les actes publics étrangers, l'efficacité de l'instrument est intimement dépendante des conditions d'élaboration de l'acte et notamment du respect de ses compétences par l'autorité étrangère conformément à la *lex auctoris* ou encore de l'absence d'irrégularités permettant par exemple d'établir la régularité formelle internationale d'un instrument public étranger. En outre, seule l'authenticité de l'instrument public étranger, appréciée sur le fondement de l'équivalence, permet à celui-ci l'accès à la procédure d'*exequatur*. Pour autant, comme il a pu être vu, à l'exception des actes entrant dans la catégorie des actes juridictionnels ou actes volitifs, l'ensemble des actes juridiques, même s'ils disposent d'une présomption de validité leur assurant un rayonnement international, voient, *in fine*, leur efficacité conditionnée à leur validité, appréciée sur le fondement du respect des règles de conflit de lois du for. De ce point de vue, on peut dire que la circulation et l'efficacité internationale des actes juridiques, qu'il s'agisse d'un acte public étranger ou d'un acte sous signature privée, est conditionnée, à la différence des actes juridictionnels ou actes volitifs, au respect nécessaire des règles de conflit de lois du for.

---

<sup>660</sup> D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 739 s., n° 594 et 597

<sup>661</sup> P. CALLÉ, Caducité - Actes atteints de caducité - [en ligne], Répertoire de procédure civile [consulté le 16 avril 2021], octobre 2019 (Actualisation décembre 2019), Dalloz, n° 91 s. - M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ, 2020 (7<sup>ème</sup> édition), p. 217, n° 300

<sup>662</sup> Rev. crit. DIP, 2006, p. 422, note P. Callé, spéc. n° 8

## Conclusion du chapitre 2

219. En droit positif, seuls les actes juridictionnels ou actes volitifs, c'est-à-dire les décisions de justice étatiques et les sentences arbitrales, voient leur efficacité soumise à l'application de la méthode de la reconnaissance pour leur circulation en droit international privé. En effet, tant l'étude du droit commun que du droit européen et conventionnel en général nous a permis de mettre en évidence cette affirmation. La mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance des décisions se concrétise par l'établissement de conditions de reconnaissance permettant d'établir la régularité et ainsi l'efficacité internationale des décisions de justice étrangère ou des sentences arbitrales sur le territoire du for. Il apparaît que cette solution générale du droit positif relève non seulement de la fonction exercée par le tiers instrumentaire, c'est-à-dire une fonction volitive, mais également des attributs susceptibles d'être attachés à un acte juridictionnel, notamment dans son ordre juridique d'origine. À l'image de l'autorité de la chose jugée, ces attributs relèvent de la fonction exercée par le tiers instrumentaire et sont susceptibles d'y être directement rattachés. À cet égard, l'intangibilité éventuelle de la norme à l'étranger invite nécessairement à sa considération, ce que permet la méthode de la reconnaissance d'efficacité. Tant la fonction volitive assurée par le tiers instrumentaire que les attributs susceptibles d'être attachés aux actes juridictionnels dans leur ordre juridique d'origine et qui découlent de la fonction exercée par le tiers instrumentaire invitent à la considération de la norme étrangère et ainsi à l'adoption méthodologique de la méthode de la reconnaissance d'efficacité en matière de circulation internationale des décisions en droit international privé positif. À l'inverse, au-delà de règles spécifiques relatives à la régularité formelle des instruments publics étrangers, l'ensemble des actes juridiques qui ne constituent pas des actes juridictionnels ou actes volitifs voient leur efficacité internationale conditionnée à leur validité appréciée sur le fondement des règles de conflit de lois du for. Certes les actes juridiques disposent d'une présomption de validité leur assurant un rayonnement international, pour autant, en cas de contestation de la validité du *negotium* le non-respect de la règle désignée par la règle de conflit de lois du for, au fond ou en la forme, est susceptible d'entraîner la nullité de l'acte juridique et ainsi établir son inefficacité internationale. On peut alors dire qu'à l'inverse des décisions, actes juridictionnels ou actes volitifs, qui sont soumis à la méthode de la reconnaissance d'efficacité, en droit positif, l'ensemble des actes juridiques qui n'entrent pas dans cette catégorie voient leur efficacité internationale soumise au respect nécessaire des règles de conflit de lois du for.

## Conclusion du titre 1

220. L'hypothèse qui nous animait au début de ces travaux, considérant que seuls les jugements étrangers et les sentences arbitrales sont en droit international privé positif justiciables de la méthode de la reconnaissance d'efficacité, n'est plus. La classification des actes à raison de leur nature, suivant un triple critère formel, fonctionnel et matériel, nous a permis de vérifier notre hypothèse de départ et mettre en évidence que seuls les actes juridictionnels ou actes volitifs sont soumis à la méthode de la reconnaissance d'efficacité pour leur circulation internationale en droit international privé. Si seuls les actes juridictionnels sont soumis à la méthode de la reconnaissance pour leur circulation internationale, cela signifie *a contrario* que l'ensemble des actes juridiques qui ne constituent pas des actes juridictionnels sont exclus de son application. En effet, comme nous l'avons vu dès lors qu'un acte juridique ne constitue pas un acte juridictionnel, eu égard à la fonction exercée par le tiers instrumentaire au rapport de droit, alors l'efficacité de l'acte juridique à travers sa validité est absolument dépendante, bien que l'acte juridique bénéficie alors d'une présomption de validité, du respect nécessaire des règles de conflit de lois du for. Dans le cas contraire, l'éventuelle contestation portant sur la validité du rapport juridique est à même de mettre en évidence la nullité du rapport juridique aux yeux du for, conformément à la loi désignée par sa règle de conflit de lois. Ainsi, la nullité aboutit nécessairement à l'inefficacité internationale de l'acte juridique et du rapport de droit qu'il renferme. La détermination des actes juridiques soumis à la méthode de la reconnaissance d'efficacité suite à la classification réalisée sur le fondement de la nature de ces derniers permet ainsi de mettre en évidence qu'en droit international privé positif, par principe, seuls les actes juridictionnels ou actes volitifs que constituent les décisions de justice étatique ou les sentences arbitrales sont soumis à la méthode de la reconnaissance d'efficacité pour leur circulation internationale en droit international privé. L'ensemble des actes qui sont exclus de cette catégorie voient en revanche leur efficacité soumise au nécessaire respect des règles de conflit de lois du for pour leur circulation internationale. De ce point de vue, conformément à notre hypothèse de départ, il apparaît que le droit positif considère en effet la nature, et notamment la nature décisionnelle, des actes juridiques, pour déterminer la méthode applicable à leur circulation internationale.



## Titre 2. La méthode de la reconnaissance et les effets des actes

222. L'interrogation consiste désormais à s'interroger sur le point de savoir si l'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité restreinte aux seuls actes juridictionnels, telle qu'appliquée en droit positif, est à même de favoriser la réalisation des objectifs du droit international privé, ou au contraire si elle est, dans certains aspects, susceptible de leur nuire. Pour tenter de répondre à cela, il convient d'appréhender les actes juridiques sous une approche différente de celle du droit positif. La question demeure cependant de savoir quel critère, autre que la nature des actes juridiques, est à même de constituer un critère de classification dans l'objectif de les mettre à l'épreuve des méthodes du droit international privé ? À côté de la nature des actes juridiques, un critère semble occuper une place de choix : les effets juridiques. La raison du choix du critère des effets juridiques comme critère de classification des actes juridiques pour changer de point de vue par rapport au droit positif apparaît centrale. Les effets juridiques sont essentiels aux actes juridiques sans lesquels ils ne pourraient se voir attribuer un tel qualificatif. Il existe en effet un certain nombre d'actes n'entraînant aucune conséquence juridique. Toutefois, cela ne constitue pas un acte juridique. Le caractère essentiel des effets juridiques invite à leur considération. Enfin, en matière d'actes juridiques le critère des effets juridiques semble assez naturellement s'opposer à la nature, que considère le droit positif. De ce point de vue, la considération du critère des effets juridiques, par opposition à la nature des actes juridiques, apparaît constituer un critère de choix de classification des actes juridiques dans le cadre de notre démarche. Il convient alors, comme il a été fait dans le titre premier, de penser une classification suivant les effets des actes juridiques à l'aune de la méthode de la reconnaissance d'efficacité, c'est-à-dire confronter le critère des effets des actes juridiques à la méthode de la reconnaissance d'efficacité. C'est donc sous l'angle de l'opportunité éventuelle de l'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité pour la circulation internationale des actes juridiques (chapitre 2) qu'est appréhendée la classification des actes en fonction de leurs effets juridiques (chapitre 1). Toutefois l'exercice semble périlleux dans la mesure où le domaine précis de la méthode de la reconnaissance d'efficacité dégagée pour les jugements étrangers est difficile et flou dès lors que l'on s'éloigne des jugements proprement dits<sup>663</sup>. Malgré ces obstacles on s'interrogera sur le point de savoir s'il est légitime de limiter aux seules décisions de justice et sentences arbitrales la méthode de la

---

<sup>663</sup> L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé : essai de méthode*, Thèse, Bruylant Bruxelles, 2001, p. 160, n° 139



reconnaissance d'efficacité comme c'est le cas en droit positif ou si, éventuellement, d'autres actes non judiciaires peuvent également être concernés sur le fondement des effets juridiques<sup>664</sup>.

## Chapitre 1. La classification des actes en fonction de leurs effets

223. En droit interne, conformément à l'article 1100-1 du Code civil : « *Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.* ».

224. Par définition l'acte juridique a vocation à produire des conséquences en droit, ce que l'on exprime classiquement en retenant qu'il consiste en une manifestation de volonté tendue vers un ou plusieurs *effets de droit*<sup>665</sup>. Tous les actes juridiques ont vocation à produire des effets de droit. Il s'agit de l'essence même d'un acte juridique. De ce point de vue, la possibilité de classer les actes en fonction de leurs effets apparaît *a priori* pertinente puisque la production d'effets juridiques est un dénominateur commun à l'ensemble des actes juridiques. C'est l'une des raisons du choix des effets juridiques comme critère de classification. Si l'on envisage une classification des actes suivant leurs effets juridiques afin de tenter de déterminer si les méthodes appliquées en droit positif favorisent la réalisation des objectifs du droit international privé, encore faut-il pouvoir déterminer quels effets il convient de considérer (Section 1) ? Il s'agit alors de s'interroger sur les critères de classification des actes juridiques, eu égard aux différents types d'effets qu'ils produisent. Une fois cette étape réalisée il sera possible de tenter de démontrer que le critère de classification retenu, celui des effets substantiels, se révèle pertinent pour interroger les méthodes du droit des conflits telles qu'elles s'appliquent à la circulation des actes juridiques en droit international privé positif (Section 2).

---

<sup>664</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p. 147

<sup>665</sup> C. BRENNER et S. LEQUETTE, Acte juridique [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 13 Octobre 2020], février 2019, Dalloz, n° 17

## Section 1. Les critères de classification

225. Dans sa thèse, le Professeur Callé propose de distinguer les effets procéduraux des effets substantiels des actes publics afin de déterminer la méthode de réception adaptée<sup>666</sup>. Cette dichotomie réalisée entre les effets procéduraux et les effets substantiels est classique et l'on peut même s'interroger sur la possibilité de lui en substituer une autre. Pour cette raison les critères de classification des effets juridiques produits par les actes juridiques seront divisés entre, d'une part, les effets procéduraux (Paragraphe 1) et, de l'autre, les effets substantiels (Paragraphe 2).

### § 1. Les effets procéduraux

226. Le Professeur Callé, notamment, analyse au titre des effets procéduraux la force probante (A) et la force exécutoire (B) des actes qui ne sont pas des décisions<sup>667</sup>. Ce sont en effet les deux principaux effets procéduraux des actes juridiques mis généralement en avant par la doctrine.

#### A. La force probante

227. Comme il a déjà été évoqué, l'acte authentique dispose d'une valeur probante supérieure aux actes sous-signature privée<sup>668</sup>. La force probante peut se définir comme la force que la loi attache aux différents moyens de preuve<sup>669</sup>. Dans le langage courant, la preuve est ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait. Elle sert donc à établir qu'une chose ou une affirmation est vraie. En matière juridique, la preuve répond à la même définition mais c'est le juge qu'il faut convaincre de la vérité d'une allégation<sup>670</sup>. Traitant ici de la force probante des instruments ou *instrumentum*, il s'agit ici en réalité de traiter de la preuve littérale. En droit interne la preuve littérale ou écrite est régie par les articles 1363 et suivants du Code civil. L'écrit peut en droit français prendre une forme authentique ou publique, ou encore privée<sup>671</sup>.

---

<sup>666</sup> P. CALLÉ, L'acte public en droit international privé, Thèse, Economica, 2004, Préface de P. Mayer - C. BIDAUD-GARON, L'état civil en droit international privé, Thèse dactyl., Lyon, 2005, p. 244, n° 296

<sup>667</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 200 s., n° 391 s. - C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 244, n° 297

<sup>668</sup> V. *Supra* p. 37, n° 44

<sup>669</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 202

<sup>670</sup> J-L. MOURALIS, Preuve : modes de preuve, Répertoire de droit civil [en ligne], janvier 2011 (actualisation octobre 2017) [consulté le 25 février 2018], Dalloz, n° 1

<sup>671</sup> V. *Supra* p. 30 s, n° 29 s.

228. En droit français la loi fixe elle-même la force probante de certaines preuves contre lesquelles le juge ne peut aller<sup>672</sup>, et notamment en matière de preuve littérale. Ainsi on peut dire qu'il existe une hiérarchie des preuves imposée par le législateur et contre laquelle le juge ne peut aller, notamment en matière d'écrit. La hiérarchie repose donc sur la force probante que la loi reconnaît à tel ou tel mode de preuve<sup>673</sup>. Il arrive que la loi déclare qu'un élément de preuve fait foi, par exemple jusqu'à inscription de faux pour les actes notariés ou authentiques, en ce qui concerne les mentions que l'officier a lui-même constatées<sup>674</sup> et le juge ne peut rien contre cette foi accordée en l'acte authentique par la loi.

229. En matière de preuve littérale, deux séries de questions peuvent se poser. La première concerne l'identification des auteurs de l'acte, la deuxième la preuve du contenu de celui-ci. Concernant l'identification des signataires à un acte authentique<sup>675</sup>, l'acte reçu avec les solennités requises fait foi de son origine<sup>676</sup>. Ainsi l'acte authentique signé par les parties est réputé émaner des signataires sans que ceux-ci ne puissent dénier leur signature, sauf procédure d'inscription de faux<sup>677</sup> qui au demeurant se révèle être une procédure particulièrement lourde, complexe et aléatoire<sup>678</sup>. La foi due en l'acte authentique est un élément que celui-ci partage avec l'acte sous-signature privée<sup>679</sup>. Les actes sous-signature privée font foi entre ceux qui l'ont souscrit. Toutefois à la différence de l'acte sous-signature privée, l'acte authentique fait foi automatiquement du fait de son authenticité lorsque l'acte sous-signature privée fait foi lorsqu'il est reconnu par la partie à laquelle on l'oppose<sup>680</sup>. Dans le cas où une partie ne reconnaît pas l'acte juridique réalisé sous-

---

<sup>672</sup> F. FERRAND, Preuve [en ligne], Répertoire de procédure civile [consulté le 13 mai 2020], décembre 2013 (actualisation décembre 2019), Dalloz, n° 540

<sup>673</sup> F. FERRAND, *op. cit.*, n° 542

<sup>674</sup> F. FERRAND, *op. cit.*, n° 541

<sup>675</sup> Pour les conditions de réalisation d'un acte authentique en droit français V. *Supra* p. 33 s., n° 35 s.

<sup>676</sup> Article 1371 du Code civil

<sup>677</sup> Concernant la procédure d'inscription de faux V. I. TALLON, R. MARTIN et V. MIKALEF-TOUDIC, Fasc. 700-30 : INSCRIPTION DE FAUX [en ligne], Jurisclasseur Procédure civile, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 19 février 2020], 21 mars 2019, Lexis360

<sup>678</sup> J.-P. FORESTIER, Valeur probante comparée des actes authentiques et des actes sous-seing privé, *Administrer*, juin 1986, p. 14 s., spéc. p. 14

<sup>679</sup> Article 1372 du Code civil

<sup>680</sup> É. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, 2015 (1ère édition), p. 471, n° 450

signature privée et la signature de celui-ci, c'est à la partie qui s'en prévaut de rapporter la preuve de la véracité de la signature en usant notamment de la procédure de vérification d'écriture<sup>681</sup>.

230. S'agissant du contenu, la date qui figure sur un acte notarié est une mention authentique dont l'officier ministériel se porte garant. Ainsi, elle ne pourra être, elle aussi, contestée que par la procédure d'inscription de faux, ce qui n'est pas le cas concernant les actes sous-signature privée pour lesquels la preuve de l'inexactitude de la date pourra être rapportée sans passer par la procédure du faux<sup>682</sup>. La date inscrite sur un acte sous-signature privée supporte la preuve contraire. Concernant les énonciations contenues dans un acte juridique, seules bénéficient de la force probante renforcée accordée aux actes authentiques les énonciations concernant des faits personnellement constatés par l'officier public, et renseignés dans l'acte authentique. Il faut une fois encore, afin de pouvoir les contester, passer par la procédure d'inscription de faux<sup>683</sup>. En revanche, les énonciations contenues dans un acte authentique - qui n'ont pas été personnellement constatées par l'officier public qui instrumente l'acte - font simplement foi jusqu'à leur preuve contraire. Elles ne bénéficient pas de la force probante renforcée des écrits authentiques<sup>684</sup>. De même, les faits relatés dans un acte sous-signature privée peuvent-ils être contestés sans passer par la procédure d'inscription de faux. En revanche, la preuve et le bien-fondé de la contestation doivent être rapportés par un écrit et ne peuvent l'être par témoignage ou présomption<sup>685</sup>.

231. L'instrument écrit renfermant un *negotium* juridique, qu'il soit réalisé sous-signature privée ou sous forme authentique, fait foi. Le seul élément qui oppose ces derniers ne concerne donc pas tant la foi due à l'instrument que l'intensité de celle-ci. En effet, les actes authentiques font foi de l'origine de l'acte, de la date de celui-ci comme des énonciations constatées personnellement par l'officier public jusqu'à inscription de faux là où ces mentions ne font, dans les actes sous-signature privée, foi que jusqu'à leur preuve contraire. Tant les actes authentiques que les actes sous-signature privée font foi et disposent d'une force probante. Il ne peut selon nous dans cette mesure exister un critère de classification basée sur la force probante des actes juridiques dans la mesure où l'ensemble des actes juridiques disposent, dès leur établissement, d'une force

---

<sup>681</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 18 février 1982 : Gaz. Pal., 1982. 2., p. 224 ; É. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *op. cit.*, p. 479, n° 462

<sup>682</sup> J-P. FORESTIER, *op. cit.*, spéc. p. 14 - É. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *op. cit.*, p. 479, n° 464

<sup>683</sup> J-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 122 s.

<sup>684</sup> É. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *op. cit.*, p. 472 s., spéc. n° 452 s.

<sup>685</sup> Civ., 1re, 19 mars 2009, n° 08-15.251

probante. Disposant indistinctement d'une force probante il se révèle alors impossible de les distinguer sur ce fondement.

232. Par ailleurs, il est fondamental de rappeler que l'objet des présents développements concerne une classification des actes sur le fondement des effets juridiques. Or si certains auteurs ont classé les actes juridiques en distinguant les effets procéduraux des effets substantiels, nous nous sommes efforcés, de notre côté, de tenter de démontrer, en matière d'actes juridictionnels<sup>686</sup>, que la force probante ne constitue pas un effet mais un attribut de l'instrument. Il semble en être de même non seulement s'agissant des actes juridictionnels mais plus généralement de l'ensemble des écrits, eu égard aux dispositions du droit interne évoquées en matière de preuve littérale. Si la force probante ne constitue pas un effet de l'acte, elle ne peut alors pas être retenue comme critère de classification des actes juridiques fondé justement sur les effets des actes juridiques. Ainsi, le critère de la force probante en ce qu'il ne permet non seulement pas de distinguer les actes juridiques, au sens d'*instrumentum*, mais plus encore qu'il ne constitue pas un effet juridique mais un attribut de l'acte, ne peut constituer un critère de classification pertinent des actes juridiques fondé sur les effets de ces derniers. Qu'en est-il du critère de la force exécutoire ?

## B. La force exécutoire

233. La force exécutoire est une notion, déjà abordée<sup>687</sup>, qui permet d'envisager l'exécution forcée d'un titre exécutoire. Ce titre permettant d'enjoindre ou de contraindre à l'exécution ne peut être qu'un titre revêtu du sceau de l'État dans la mesure où il permet d'envisager l'exécution forcée avec le concours des officiers publics ou ministériels délégués de prérogatives de puissance publique et détenteurs du monopole de l'exécution forcée, ou encore avec le concours des huissiers de justice<sup>688</sup>. Ainsi, seuls les titres exécutoires peuvent en droit interne faire, dès lors qu'ils remplissent certaines conditions de fond, l'objet d'une exécution forcée. Parmi ces conditions se trouve notamment l'existence réelle d'une créance mais également son caractère certain, liquide et exigible. Enfin, le créancier et le débiteur doivent être identifiés dans le titre exécutoire<sup>689</sup>. La force exécutoire attachée à un titre est donc intimement liée et dépendante de l'existence d'une créance. Cependant l'existence d'une créance n'est pas un élément suffisant pour permettre

<sup>686</sup> V. *Supra*, p. 100 s., n° 145 s.

<sup>687</sup> V. *Supra*, p. 106 s., n° 155 s.

<sup>688</sup> D. CHOLET, Exécution des jugements et des actes, Répertoire de procédure civile [en ligne], septembre 2015 (Actualisation février 2018) [Consulté le 13 février 2018], Dalloz, n° 6

<sup>689</sup> Sur ces exigences de fond V. D. CHOLET, *op. cit.*, n° 32 s.

l'exécution forcée. Il est également nécessaire que le titre exécutoire soit revêtu de la formule exécutoire comme le prévoit l'article 502 du Code de procédure civile qui dispose que « *Nul jugement, nul acte ne peut être mis à exécution que sur présentation d'une expédition revêtue de la formule exécutoire, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». L'expédition est une copie authentique de l'acte, par exemple une copie authentique d'un jugement ou d'un acte notarié. Elle est délivrée par une personne spécialement habilitée pour cela. La copie authentique des jugements est délivrée par le greffe du tribunal, celle d'un acte notarié par le notaire. Une photocopie de l'acte original par exemple ne constitue donc pas une copie authentique<sup>690</sup>.

234. L'existence du titre exécutoire n'est donc pas suffisant pour obtenir l'exécution forcée, celui-ci devant en effet nécessairement être revêtu de la formule exécutoire<sup>691</sup>. À défaut, l'huissier de justice auquel on présentera un titre non revêtu de la formule exécutoire pourra refuser de prêter le concours de son ministère pour obtenir l'exécution forcée de la créance<sup>692</sup>. En droit interne l'apposition de cette formule s'avère donc absolument nécessaire pour mettre à exécution forcée une créance. Enfin, la liste des actes pouvant être considérés en droit français comme des titres exécutoires est l'objet de l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution<sup>693</sup>. Si l'on dénombre un certain nombre d'actes pouvant être considérés comme des titres exécutoires, ces derniers sont également limités. Dans les ouvrages spécialisés, la doctrine distingue classiquement les titres exécutoires délivrés par un magistrat des titres exécutoires délivrés par un officier ministériel<sup>694</sup>.

235. L'attribution de la force exécutoire est intimement dépendante de l'existence d'une créance sans laquelle elle ne peut se concevoir. Il existe cependant des actes juridiques pour lesquels la notion de créance est totalement étrangère. Ce sont des actes juridiques qui n'ont simplement rien à exécuter et pour lesquels la notion de créance est un non-sens. Il faut donc considérer, pour ces derniers, qu'ils sont systématiquement exclus de l'attribution de la force exécutoire. Parmi ceux-là, les actes en matière d'état des personnes au premier rang desquels les actes d'état civil. La force exécutoire est un effet procédural totalement étranger aux actes de l'état civil<sup>695</sup>. Les actes de l'état civil servent à faire la preuve d'un état de la personne. Le seul attribut susceptible de s'appliquer

<sup>690</sup> N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, LGDJ, 2016 (2ème édition), p. 54 s., n° 80

<sup>691</sup> V. *Supra*, p. 106 s., n° 155 s.

<sup>692</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1992, n° 91-11.434 : RTD civ., 1993. p. 657, obs. Perrot

<sup>693</sup> V. *Supra*, p. 102 s., n° 155 s.

<sup>694</sup> N. CAYROL, *op. cit.*, p. 58 s., n° 86 s. - A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, 2019 (3ème édition), p. 225 s., n° 413 s.

<sup>695</sup> V. C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 248 s., n° 303

aux actes d'état civil est la force probante. Il convient en outre de constater que les actes de l'état civil ne font pas partie de la liste des titres exécutoires prévue par l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution, même si l'état civil d'une personne peut également être fixé par une décision de justice avec l'exemple des jugements rectificatifs d'état civil. De ce point de vue, la force exécutoire apparaît ne pas constituer un critère satisfaisant de classification des actes juridiques dans la mesure où il s'agit d'un attribut procédural absolument étranger à certains actes juridiques n'ayant rien à exécuter. Pour autant, les décisions intervenant en matière d'état et de capacité, rectifiant l'état civil d'une personne par exemple, même si elles disposent par principe en droit commun d'une efficacité *de plano*, sont soumises comme nous l'avons vu précédemment à la méthode de reconnaissance d'efficacité en droit international privé<sup>696</sup>. Si le critère de classification des actes juridiques pour déterminer la méthode applicable à leur circulation était fondé sur la force exécutoire, il faudrait alors considérer que les décisions non revêtues de la formule exécutoire, comme les jugements d'état civil par exemple, ne devraient jamais être soumises à la méthode de reconnaissance. Cependant, pour des raisons tenant aux effets et aux attributs des actes juridictionnels<sup>697</sup>, la solution contraire ne serait guère satisfaisante dans la mesure où elle permettrait aisément de remettre en cause des situations juridiques qui n'ont rien à exécuter mais pourtant définitivement acquises à l'étranger. La certitude des individus s'agissant de leur situation juridique serait beaucoup trop relative pour permettre une quelconque sécurité juridique dans l'ordre international. Ainsi, il ne semble pas que l'attribut procédural qu'est la force exécutoire puisse constituer un critère pertinent du choix de la méthode applicable à la circulation des actes juridiques, dans la mesure où certains actes ne disposent jamais de cet attribut. Ils seraient alors *a priori* définitivement exclus de l'application de la méthode fondée sur ce critère. Cette solution n'est pas satisfaisante dans la mesure où le critère de choix doit non seulement concerner l'ensemble des actes juridiques, mais doit également permettre de les distinguer pour parvenir à une classification. Enfin, comme nous l'avons évoqué concernant la force probante, on ne peut considérer la force exécutoire au titre des effets juridiques. En effet, la force exécutoire a fait l'objet d'une analyse aboutissant à sa classification parmi les attributs du jugement en tant qu'instrument<sup>698</sup>. À cet égard, pour les mêmes raisons que celles soulevées au sujet de la force probante, et au-delà de son caractère inadapté, la force exécutoire ne peut être retenue comme critère de classification fondé sur les effets juridiques. Comme la force probante, la force exécutoire ne constitue pas un effet mais un attribut des instruments. Puisque la force probante ou la force exécutoire ne peuvent être

---

<sup>696</sup> V. *Supra*, p. 117 s., n° 175 s.

<sup>697</sup> V. *Supra*, p. 100, n° 145 - p. 101 s., n° 147 s.

<sup>698</sup> V. *Supra*, p. 100 s., n° 145 s.

retenues comme critère de classification des actes juridiques au titre des effets procéduraux, il reste toutefois à s'interroger sur les effets substantiels.

## § 2. Les effets substantiels

236. Avant de déterminer la manière dont se réalise l'effet substantiel (B), il convient d'en préciser la notion (A). Ces étapes nous permettront d'exposer les difficultés méthodologiques en droit international privé liées à la réalisation des effets substantiels d'une situation juridique, c'est-à-dire les difficultés méthodologiques liées à la cristallisation d'une situation juridique (C).

### A. La notion d'effet substantiel

237. D'une façon tout à fait générale rappelons que l'acte juridique correspond à une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit<sup>699</sup>. Si l'acte juridique a été théorisé, les thèses développées avaient avant tout pour objectif de déterminer les éléments fondamentaux, constitutifs, d'identification de l'acte juridique, généralement par opposition au fait juridique. Parmi ces éléments sont débattus entre les auteurs certains éléments comme les éléments objectifs et subjectifs à intégrer dans la notion pour la définir, l'individualiser et la conceptualiser<sup>700</sup>. En dehors de cela, l'acte juridique présenté par la très grande majorité des auteurs est le contrat au sein du droit des obligations. Le contrat se présente ainsi comme l'archétype de l'acte juridique. Toutefois, comme le précisent certains auteurs, l'acte juridique n'est pas propre au droit des obligations et est susceptible de concerner d'autres branches du droit civil et même du droit privé en général. Il correspond en réalité à toute situation juridique résultant de la volonté des sujets de droit dans le domaine patrimonial comme extrapatrimonial (mariage, adoption ou reconnaissance volontaire de filiation)<sup>701</sup>. Ainsi, si le contrat est un acte juridique il n'est qu'une espèce dans le genre acte juridique<sup>702</sup>. Il est l'acte juridique par excellence, celui auquel on se réfère constamment pour

---

<sup>699</sup> J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey, 2020 (18<sup>ème</sup> édition), p. 294, n° 219 - F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, Droit civil Les obligations, Dalloz, 2018 (12<sup>ème</sup> édition), p. 6, n° 5

<sup>700</sup> V. J. HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (contribution à la théorie générale de l'acte juridique), Thèse, LGDJ, 1971, Préface de P. Raynaud - G. WICKER, Les fictions juridiques contribution à l'analyse de l'acte juridique, Thèse, LGDJ, 1996, Préface de J. Amiel-Donat

<sup>701</sup> C. LARROUMET et S. BROS, Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations Le contrat, Economica, Sous la direction de C. Larroumet, 2018 (9<sup>ème</sup> édition), p. 34, n° 44

<sup>702</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et E. SAVAUX, Droit civil les obligations. 1. L'acte juridique, Sirey, 2006 (12<sup>ème</sup> édition), p. 69, n° 79



caractériser celui-ci<sup>703</sup>. Il est ainsi particulièrement difficile, voir téméraire, de vouloir déterminer les « effets substantiels » des actes juridiques puisque cette notion renferme en son sein tout un éventail de situations juridiques issues d'un acte juridique, et dont les effets sont distincts les uns des autres. Certains actes juridiques sont synallagmatiques, d'autres unilatéraux et peuvent intervenir en matière patrimoniale ou extrapatrimoniale en produisant ainsi des effets propres à chacun d'eux.

238. En revanche, ce que l'on peut affirmer plus généralement c'est que l'effet de droit, qui est la signification juridique de la volonté, est consubstantiel à l'acte juridique<sup>704</sup>. Effectivement, les actes juridiques sont accomplis pour obtenir certains effets que le droit entérine et détermine dans une certaine mesure. Bien entendu, précisons que ces actes ne peuvent produire leurs effets de droit que s'ils ne sont pas annulés, notamment par le juge<sup>705</sup>. Partant, et sauf annulation éventuelle, on peut dire que la plupart des actes juridiques aboutissent au même résultat et peuvent être décomposés suivant la même structure qu'un jugement. Le syllogisme juridique s'exprime comme suit : telle volonté étant exprimée, tel effet juridique en découle ; or, un individu ou plusieurs expriment la volonté de produire tel effet de droit ; donc l'effet juridique envisagé se produit. Ceci permet de passer de la norme hypothétique et abstraite au commandement particulier et concret<sup>706</sup>. Nous pouvons donc dans un premier temps déterminer la notion d'effet substantiel des actes juridiques comme telle, il s'agit de l'expression d'une ou plusieurs volontés ayant pour objectif d'entraîner des effets juridiques.

## B. La réalisation de l'effet substantiel

239. Il apparaît alors à première vue que l'effet substantiel d'une situation juridique est intimement lié à la notion de droits subjectifs. Pour les Professeurs Ghestin et Barbier « *le droit subjectif [...] n'est qu'un « rapport juridique » entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles (le titulaire du droit) peut exiger de l'autre le respect de ses obligations reconnues par la loi* »<sup>707</sup>. Il semble possible d'identifier ce lien entre effet substantiel d'un rapport juridique et droits subjectifs dans la définition même du droit subjectif que retient Motulsky qui considère qu'« *avoir un droit subjectif ne signifie rien d'autre que*

<sup>703</sup> J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y-M. SERINET, La formation du contrat. Tome 1 : le contrat - le consentement, LGDJ, 2013 (4ème édition), p. 31, n° 39

<sup>704</sup> C. BRENNER et S. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 21

<sup>705</sup> C. ATIAS, La constitution des actes juridiques, D., 2008, p. 743 s.

<sup>706</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p. 166, n° 144

<sup>707</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER et J-S. BERGÉ, Traité de droit civil. Introduction générale. Tome 1, LGDJ, 2018 (5ème édition), p. 219, n° 282

*d'être habilité par l'ordre juridique positif à faire jouer « l'effet juridique » d'une règle de Droit »*<sup>708</sup>. De son côté le doyen Paul Roubier estime opportun de distinguer non plus suivant « le droit » d'un côté et « les droits » de l'autre. Précisons que le premier de ces termes, au singulier, fait référence au droit objectif qui vient de la société. Le second fait référence aux droits subjectifs qui désignent les prérogatives qui naissent au profit des particuliers sur la base des règles juridiques. Cette opportunité provient du fait que selon lui sous le qualificatif de « *droits subjectifs* » naissent des situations ne comportant parfois pas des droits au sens plein du terme mais plus généralement des devoirs ou des obligations. Il l'illustre par le mariage, la filiation ou encore les incapacités qui contiennent souvent plus de charges à l'égard de leurs titulaires que de « *droits* » au sens propre dont ils pourraient disposer librement comme le droit de créance, de propriété, etc...<sup>709</sup>. À cette dichotomie classique il préfère, pour les raisons qui viennent d'être exposées, celle opposant les règles juridiques aux situations juridiques. Les premières renvoient aux règles générales, abstraites et permanentes, les secondes à des situations concrètes, catégoriques et non-permanentes dans lesquelles peuvent se trouver placées les personnes les unes vis-à-vis des autres sur la base des règles juridiques. À cet égard, le caractère général et abstrait des règles juridiques empêche que l'on puisse rechercher de véritables règles dans les actes juridiques privés, dans les décisions administratives ou dans les jugements des tribunaux qui ont un caractère essentiellement concret et visant un cas particulier<sup>710</sup>. Précisons que désormais, à l'image du terme choisi par le doyen Roubier, nous emploierons le terme de situation juridique pour désigner une situation juridique concrète, catégorique et non-permanente permettant ainsi de la distinguer des règles juridiques.

240. Dans ce cadre, ainsi que le démontre Pierre Mayer, les caractères de la règle de droit sont au nombre de trois. Les règles de droit sont des normes abstraites, ayant une structure hypothétique et posant une relation permanente. Elles sont des normes abstraites, hypothétiques et permanentes<sup>711</sup>. La réalisation d'une situation juridique consiste en la concrétisation des règles générales, abstraites et permanentes entraînant dès lors des effets juridiques à l'égard des parties au rapport juridique concerné. Il semble que cela corresponde, pour le moins concernant certains actes juridiques, à la vision des auteurs. En matière spécialement de décisions juridictionnelles,

---

<sup>708</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs de droits subjectifs*, Dalloz, 2002, p. 30

<sup>709</sup> P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, Préface de D. Deroussin, p. 1 s., n° 1

<sup>710</sup> P. ROUBIER, *op.cit.*, p. 2, n° 1

<sup>711</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Thèse, Dalloz, 1973, Préface de H. Batiffol, p. 36 s., n° 49 s., spéc. p. 48, n° 67

Corinne Bléry considère que « *l'effet du jugement réside dans le passage d'un droit abstrait à un droit concret* »<sup>712</sup>. Hélène Péroz appuie ce point de vue considérant que « *l'efficacité substantielle est la modification de la situation juridique des parties contenues dans le jugement étranger, en dehors de toute question d'autorité de la chose jugée ou de force exécutoire* » et poursuit en considérant que de son point de vue « *la notion d'efficacité substantielle est identique que ce soit en droit international privé ou bien en droit interne et consiste en l'individualisation, l'inconditionnalisation et la concrétisation de l'effet juridique de la règle de droit appliquée par le juge* »<sup>713</sup>. Ainsi, avant jugement le demandeur tient son droit, incertain et contesté, d'une règle de droit, c'est-à-dire d'une norme générale, abstraite et permanente. En revanche, une fois la décision rendue, le demandeur tient son droit concrétisé et réalisé par ce jugement et l'activité du juge. Ce jugement constitue une norme concrète, catégorique et non permanente<sup>714</sup>. L'intervention d'un jugement permet la concrétisation d'une norme abstraite, générale et permanente et ainsi la réalisation concrète des effets substantiels, attachés ou normalement prévus par cette norme.

241. Le Professeur Lagarde semble aller plus loin que ces auteurs, ne s'arrêtant pas au jugement et considérant que chaque fois qu'il y a une intervention d'une autorité dans la constitution et la réalisation d'une situation juridique on peut, au regard des caractères de la norme, être tenté de parler d'une décision bien qu'il n'y ait à proprement parler pas de chose décidée ou que l'acte ne soit pas revêtu de l'attribut de l'autorité de la chose décidée. Il illustre son propos avec l'intervention de l'officier d'état civil dans la célébration des mariages<sup>715</sup>.

242. Si l'on va en ce sens on peut ainsi considérer, comme en matière de jugements, que la concrétisation d'une situation juridique est susceptible de se produire par une modification de la structure de la norme qui la régit en l'absence de décision *stricto sensu*. C'est également ce que semble envisager le Professeur Mayer qui étend sa réflexion au-delà des actes publics. Il entend l'individualisation et la concrétisation de la structure de la norme comme une « cristallisation » du rapport juridique entraînant donc la réalisation d'une véritable situation juridique concrète et individuelle. Parmi les circonstances qui peuvent être retenues pour la cristallisation il y a l'intervention d'une autorité publique à l'acte juridique mais également la possession d'état ou

---

<sup>712</sup> C. BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Thèse, LGDJ, 2000, Sous la direction de J. Héron, Préface de P. Mayer, p. 113 n° 167

<sup>713</sup> H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, Thèse, LGDJ, 2005, Préface de H. Gaudemet-Tallon, p. 66, n° 97

<sup>714</sup> C. BLÉRY, *op. cit.*, p. 105, n° 151

<sup>715</sup> P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI, 1986-I (Vol. 196), p.1 s., spéc. p. 170

l'effectivité<sup>716</sup>. L'auteur distingue ainsi la « cristallisation instantanée » de la « cristallisation progressive ». La cristallisation instantanée est conditionnée à l'existence d'un lien réel entre la situation et l'ordre juridique dans lequel elle s'est constituée (1). La cristallisation progressive est la conséquence de la possession d'état ou de l'effectivité (2). Les situations juridiques, de caractère personnel et concret, ne peuvent être établies que sur une base conforme aux règles juridiques, de caractère général et abstrait, qui commandent toute l'organisation juridique<sup>717</sup>. Ainsi, la cristallisation est le mécanisme par lequel l'ordre juridique d'origine de la situation a adopté un point de vue concret sur la base duquel les parties ont pu former certaines prévisions<sup>718</sup>. Si la réalisation de l'effet substantiel et l'établissement d'une situation juridique définitive par un jugement ne fait guère de doute en doctrine, il est possible de s'interroger sur le point de savoir si les situations juridiques ne peuvent formellement s'établir autrement que sur le fondement d'une décision juridictionnelle.

### 1. La cristallisation par l'intervention d'une autorité publique

243. Concernant les situations juridiques nées de l'intervention d'une autorité publique n'ayant pas un rôle juridictionnel et la réalisation d'un acte public pour la naissance de celle-ci, Pierre Mayer affirme que ce sont des décisions relatives<sup>719</sup>. En ce sens elles n'ont pour effet que de contribuer, en conjonction avec le *negotium*, à la création d'une situation sans la proclamer de façon absolue comme un jugement par exemple. Comme il l'illustre, l'officier qui reçoit les déclarations des parties au lien d'adoption par exemple ne proclame pas l'existence d'un lien valable ni ne purge le *negotium* de ses vices éventuels. Pour autant, l'intervention de l'officier n'en a pas moins donné naissance à une situation juridique concrète, catégorique et non-permanente, produisant ses effets juridiques jusqu'à son éventuelle annulation ultérieure<sup>720</sup>. Ainsi, parmi les circonstances qui peuvent être retenues pour considérer qu'il y a cristallisation, la plus importante est probablement l'intervention d'une autorité publique dans la création ou dans l'opposabilité aux tiers de la situation, même si cette autorité n'a qu'un faible pouvoir décisionnel<sup>721</sup>. Selon une opinion doctrinale dominante, en dehors des décisions de justice, l'intervention d'une autorité publique

---

<sup>716</sup> P. MAYER, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, in Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes, Dalloz, 2005, p.547 s., spéc. p. 562, n° 29

<sup>717</sup> P. ROUBIER, *op.cit.*, p. 4, n° 1

<sup>718</sup> E. PATAUT, Le renouveau de la théorie des droits acquis, Travaux comité fr. DIP, 2006-2008, p. 71 s., spéc. p. 80

<sup>719</sup> P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 555, n° 14

<sup>720</sup> P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 556 s.

<sup>721</sup> P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 562

constituerait « *le facteur le plus déterminant de cristallisation* »<sup>722</sup>, c'est-à-dire de concrétisation d'une règle générale.

244. À cet égard, « *les actes sont porteurs de droits subjectifs qu'ils cristallisent. Leur structure même réalise l'application de la norme générale et abstraite dans le cas concret [...] les actes sont les instruments de la substantialisation des lois* »<sup>723</sup>. Il est possible, avec Laurent Barnich, d'affirmer que les actes publics en tant qu'actes juridiques sont des instruments permettant le passage d'une situation hypothétique régie par une norme abstraite et permanente, c'est-à-dire une règle, à une situation concrète régie par une norme catégorique et non-permanente que constitue l'acte public. C'est ici le principe même de la cristallisation d'une situation juridique, c'est-à-dire une modification de la structure de la norme qui régit le rapport de droit. Complétant ce point de vue, Paul Lagarde ajoute qu'au terme règle est opposé celui de décision. Résumant la pensée du Professeur Mayer, il expose l'idée suivant laquelle une règle est une norme hypothétique alors que la décision elle, est au contraire catégorique. De ce point de vue la catégorie décision peut être envisagée plus largement que les seules décisions de justice. En somme, chaque fois qu'une autorité intervient pour la constitution d'une situation juridique, on peut être tenté de parler de décision, eu égard à la cristallisation, bien que la situation juridique qui en découle ne soit pas revêtue de l'autorité de la chose décidée<sup>724</sup>. La formalité consistant en l'intervention d'une autorité désignée par un ordre juridique, quelle qu'elle soit, est susceptible d'entraîner une modification substantielle de la situation juridique des parties. « *La formalité, comme le jugement -, n'en crée pas moins un état de droit nouveau ; la célébration du mariage donne naissance au mariage comme le prononcé du divorce en marque l'achèvement* »<sup>725</sup>. Illustrant ce courant de pensée le Professeur Pataut estime également que la cristallisation résultera généralement de l'intervention d'une autorité publique<sup>726</sup>. Ainsi, on ne peut faire abstraction du caractère normatif de l'acte public<sup>727</sup>.

245. Il a pu être défendu que si l'intervention de l'autorité n'est pas nécessaire à la constitution d'une situation juridique la cristallisation n'opère pas instantanément, contrairement à

---

<sup>722</sup> C. LATIL, La cristallisation d'une situation juridique, condition du déclenchement de la méthode de la reconnaissance, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 185 s., spéc. p. 188, n° 176

<sup>723</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p. 178

<sup>724</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 169 s., n° 175

<sup>725</sup> P. MAYER, La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, *op. cit.*, p. 18, n° 26

<sup>726</sup> E. PATAUT, *op. cit.*, spéc. p. 80

<sup>727</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 136, n° 188 s.

celle où elle l'est, du fait de la séparabilité du *negotium* et de l'*instrumentum*. Toutefois, de l'aveu de l'auteur de la proposition, il ne semble pas que cette distinction soit pertinente<sup>728</sup>. Ainsi, en donnant une dimension formelle à une situation juridique de tels actes peuvent constituer, pour les parties, une base de prévisions légitimes. Il n'est pas nécessaire à cet égard que l'intervention de l'autorité publique contribue à créer un état de droit. Il suffit qu'elle participe à la réalisation de cet état, en instrumentant l'acte par exemple, à des fins probatoires. En définitive, le rôle de l'autorité publique ne semble pas déterminant<sup>729</sup>.

246. L'une des formes de cristallisation d'une situation juridique résulte alors de l'intervention d'une autorité ayant participé à la réalisation de celle-ci. Cette intervention est à même de participer de la cristallisation de la situation juridique et la réalisation d'une norme concrète, catégorique et non-permanente, c'est-à-dire la situation juridique des parties. La solution est, comme nous venons de le voir, promue et défendue par un nombre important de spécialistes. Pour autant certains rapports juridiques s'établissent directement entre les parties, sans que celles-ci ne recourent ou n'aient à recourir à l'intervention d'un tiers instrumentaire. Dans ce cas l'acte juridique qui en résultera sera formellement un acte privé. Concernant ces rapports juridiques on peut s'interroger sur le point de savoir si l'effectivité, à l'image de l'intervention d'une autorité publique ou d'un tiers instrumentaire, ne peut également entraîner la cristallisation d'un rapport juridique.

## 2. La cristallisation par l'effectivité de la situation ?

247. Dans certains cas, un rapport juridique ne prendra pas appui sur une décision ou un acte public, mais sur un simple acte sous-signature privée. Si la classification se réalise en fonction des effets ou de la modification substantielle de la situation juridique des parties, il s'agit ici de démontrer le lien entre production des effets ou effectivité et existence concrète de la situation juridique. Si le rapport juridique contenu dans l'instrument établi par les parties produit ses effets juridiques, c'est alors que l'acte juridique exprime un point de vue normatif concret susceptible de cristalliser un rapport juridique. En effet, si l'acte juridique produit ses effets on ne peut alors que considérer, comme en matière d'acte public, que la situation juridique est une norme concrète, catégorique et non-permanente exprimant le point de vue normatif concret d'un ordre juridique. Si les conséquences attachées à la réalisation d'un acte public se révèlent les mêmes que celles attachées à la réalisation d'un acte sous-signature privée, c'est-à-dire la modification de la

---

<sup>728</sup> C. PAMBOUKIS, La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance, Rev. crit. DIP, 2008, p. 513 s., n° 51, note de bas de page n° 107

<sup>729</sup> C. LATIL, *op. cit.*, spéc. p. 190, n° 177

situation substantielle des parties par la production des effets juridiques et ainsi la réalisation d'une norme concrète, catégorique et non-permanente exprimant le point de vue normatif concret d'un ordre juridique, les conclusions auxquelles nous devons aboutir doivent l'être également. Il s'agit alors de la capacité de cristallisation des situations juridiques ne disposant pas d'un acte public pour support. Toutefois, à la différence des actes publics, n'étant pas objectivée par l'intervention d'une autorité publique, la capacité de cristallisation d'un rapport juridique disposant d'un instrument privé semble alors nécessiter une certaine effectivité.

248. L'effectivité est une notion importante notamment pour le juriste qui ne souhaite pas s'enfermer dans l'abstrait<sup>730</sup>. Il semble toutefois difficile en doctrine de retirer une définition unique de l'effectivité en droit puisque les auteurs s'accordent difficilement sur cette notion, et nombre de sensibilités s'expriment. Cependant, et même si des oppositions existent, l'ensemble des auteurs et des définitions s'accorde pour considérer que l'effectivité touche à la production d'effets de la norme. Pour autant certains auteurs, comme François Rangeon ou Valérie Demers, pensent que l'effectivité peut aller dans le sens contraire de la finalité de la norme, là où d'autres, comme Yann Leroy, estiment au contraire que les effets, traduisant l'effectivité, ne peuvent aller dans le sens contraire de la finalité de la norme<sup>731</sup>. Ainsi, une situation est effective dès lors qu'elle a produit ses effets dans son ordre juridique d'origine<sup>732</sup>. La question que l'on se pose alors est celle de savoir si hormis l'intervention d'une autorité publique la cristallisation d'un rapport juridique est susceptible de se réaliser progressivement par l'effectivité de la situation ?

249. S'il semble *a priori* possible d'envisager la cristallisation progressive des situations juridiques contenues dans des actes privés par la production des effets juridiques, la question demeure de savoir quelles situations effectives purement privées seraient susceptible de se cristalliser dans le temps ?

250. L'effectivité est une notion qui, semble-t-il, requiert pour être mise en évidence l'écoulement d'un certain laps de temps. En effet, l'écoulement du temps est un élément apte à mettre en évidence la production des effets juridiques d'un rapport de droit et l'établissement d'une

---

<sup>730</sup> Y. LEROY, La notion d'effectivité du droit, *Revue Droit et société*, 2011/3, n° 79, p. 715 s.

<sup>731</sup> V. Y. LEROY, *op. cit.*

<sup>732</sup> C. LATIL, *op. cit.*, spéc. p. 191, n° 177 - P. LAGARDE, Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés, *in* La reconnaissance des situations en droit international privé, Pedone, 2013, Sous la direction de P. Lagarde, p. 19 s., spéc. p. 22

situation juridique. C'est pourquoi il apparaît que toutes les situations juridiques ne se prêtent pas de la même manière à l'établissement de l'effectivité. Les situations juridiques établissant un état ou un statut - dans le sens commun d'acquiescer une position dans la société<sup>733</sup> - comme en matière de droits de la personnalité ou en matière familiale, plus que dans les situations donnant lieu à des oppositions d'intérêts de brève durée (matière contractuelle, délictuelle) qui nécessitent généralement une exécution matérielle, se prêtent mieux à la cristallisation par l'effectivité. Ce sont les situations faisant accéder les personnes à un certain statut créé pour une durée en principe illimitée<sup>734</sup>. En effet, contrairement aux matières entraînant des oppositions d'intérêts de brève durée, dans les matières donnant l'accès à un état ou un statut comme un statut familial par exemple, l'effectivité semble plus apte à se révéler. L'effectivité est incontestablement plus familière aux droits attachés à la personnalité juridique ou aux rapports familiaux par exemple, qui par essence sous-tendent une certaine temporalité. Cette temporalité se révèle apte à mettre en évidence l'effectivité, c'est-à-dire la production des effets juridiques dans le temps et ainsi la cristallisation du rapport juridique en situation juridique. À l'inverse, les rapports pécuniaires comme on les retrouve en matière contractuelle ou délictuelle, ne sous-tendent pas nécessairement cette temporalité apte à faire émerger l'effectivité de la situation juridique. Certains auteurs parlent alors de « cristallisation lente ». Cette cristallisation serait propre au statut personnel et résulterait de l'écoulement du temps. La cristallisation lente découlerait de la croyance non troublée pendant un certain temps dans l'existence de leurs droits par les parties. Cette croyance serait objectivée par une sorte de « possession d'état prolongée »<sup>735</sup>.

Le Professeur Mayer illustre la cristallisation progressive découlant de la possession d'état ou de l'effectivité<sup>736</sup> au travers de l'arrêt *Schwebel vs Ungar*<sup>737</sup> dont les faits semblent se prêter aux situations évoquées. Suite au divorce en Italie par Gueth d'avec son époux, madame Waktor s'installe en Israël. Le divorce par Gueth fut réalisé en contravention à la fois avec les règles matérielles applicables au divorce en Italie, mais également avec les règles matérielles désignées par les règles de conflit italiennes. Toutefois, l'État d'Israël considère le divorce par Gueth intervenu en Italie comme valable, reconnaît celui-ci et accorde à madame Waktor le statut de personne divorcée. Au bout de plusieurs années, madame Waktor se remarie avec Ungar au Canada et se pose la question

---

<sup>733</sup> Statut : situation de fait, position (sens courant, mais critiqué par certains puristes), Le Grand Robert de la langue française [en ligne], V. Statut (consulté le 26 octobre 2020), Editions Le Robert, novembre 2017

<sup>734</sup> C. LATIL, *op. cit.*, spéc. p. 186, n° 173

<sup>735</sup> C. LATIL, *op. cit.*, spéc. p. 191, n° 178

<sup>736</sup> P. MAYER, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 563

<sup>737</sup> *Schwebel V. Ungar*, CA. Ontario, 4 novembre 1963 : Rev. crit. DIP, 1965, p. 321 s., note W. Wengler



de la validité au Canada du divorce réalisé en Italie par Gueth ? En contradiction avec son propre droit, la Cour d'Ontario considère alors que le séjour prolongé de madame Waktor en Israël, et la possession d'état de divorcé durant ce séjour, lui avait restitué cet état. Si, comme on le verra plus tard, l'abandon de sa règle de conflit de lois par la juridiction canadienne est la conséquence de la possession d'état ou de l'effectivité de la situation, il n'en demeure pas moins que pour Pierre Mayer la situation d'espèce de madame Waktor fut une situation susceptible d'entraîner la cristallisation de son état de divorcé tel que nous l'envisageons. Plusieurs éléments jouent en ce sens et l'un des plus importants semble être la possession d'état ou l'effectivité pendant plusieurs années. Comme évoqué, la temporalité démontre que cette situation juridique relevait d'un véritable statut en société induit par la nature du rapport juridique lui-même, en l'espèce le statut matrimonial de madame Waktor. Il apparaît ainsi, avec l'affaire *Schwebel*, que les situations juridiques touchant à des rapports personnels familiaux sont susceptibles de se cristalliser par l'effectivité dans le temps<sup>738</sup>. Concernant les situations juridiques susceptibles de se cristalliser par l'effectivité il est possible de penser, comme dans l'affaire *Schwebel*, que celles-ci requièrent l'écoulement d'un certain laps de temps, une certaine temporalité, durant laquelle la situation juridique effective se cristallisera, c'est-à-dire se concrétisera non seulement pour les parties mais également pour les tiers. Ainsi, nous adhérons au point de vue suivant lequel c'est la combinaison de l'écoulement du temps et la production des effets juridiques qui entraîne, en matière d'actes privés, la cristallisation d'un rapport juridique<sup>739</sup>. À cet égard, les rapports familiaux, comme le statut matrimonial, la filiation, mais également certains droits liés à la personnalité juridique (nom, sexe), qui ont vocation à durer dans le temps, semblent facilement se prêter aux critères invoqués susceptibles d'engendrer la cristallisation d'une situation juridique effectivement créée sans l'intervention d'une autorité publique. Il est possible de conclure avec Paul Lagarde qu'il y a certainement cristallisation d'une situation juridique dès lors que la situation a fait l'objet de l'intervention d'une autorité publique. Toutefois en deçà de la cristallisation par un acte public, existe certainement un autre type résultant de l'effectivité de la situation<sup>740</sup>. Il convient à présent de constater qu'en matière de circulation internationale des actes juridiques le concept de cristallisation engendre justement des questions et certains problèmes liés à l'application des méthodes du droit des conflits.

---

<sup>738</sup> V. aussi C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 540, n° 39

<sup>739</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 553, n° 62

<sup>740</sup> P. LAGARDE, *op.cit*, spéc p. 21

### C. Les problèmes méthodologiques posés par la cristallisation de la situation juridique

251. La cristallisation est liée à l'existence d'une situation concrète, régie par une norme catégorique et non-permanente par opposition aux situations hypothétiques régies par des règles abstraites et permanentes. L'intérêt de la notion de cristallisation, et partant de la distinction réalisée entre les règles et les décisions, est de mettre en avant qu'en droit international ces différentes normes sont soumises à des méthodes différentes en droit des conflits<sup>741</sup>. Les règles sont soumises à la méthode du conflit de lois. Les décisions, comme nous l'avons vu, sont pour leur part soumises à la méthode de la reconnaissance d'efficacité<sup>742</sup>. Pour Laurent Barnich, la véritable raison d'un traitement particulier des décisions du juge étranger se trouve probablement dans ce caractère particulier d'être une norme concrète, non-hypothétique et non-permanente<sup>743</sup>.

252. Le Professeur Mayer identifie les caractères de la décision au sens large. Il s'agit de toute norme qui n'est pas une règle. Les règles s'identifient notamment par leur caractère général et abstrait alors que la décision est nécessairement catégorique. Elle ordonne que tel effet juridique X se produise ou ne se produise pas<sup>744</sup>. Pierre Mayer illustre ainsi ce qu'il appelle « les décisions individuelles » en prenant notamment l'exemple du mariage et constate que ces normes (différentes des règles) ne sont pas hypothétiques<sup>745</sup>. « *Un ordre qui n'est pas hypothétique est nécessairement catégorique* »<sup>746</sup>. Il existe ainsi des « décisions » entendues plus largement que les décisions juridictionnelles *stricto sensu*, qui engendrent une certaine concrétisation de la situation juridique considérée ne nécessitant plus, puisque déjà réalisée, la réalisation du présupposé de la règle. Les caractères de la décision sont au nombre de trois. Les décisions sont des normes concrètes, catégoriques (qui sont des caractères liés) et non permanentes<sup>747</sup>. On retrouve ici les caractères que nous avons pu précédemment attribuer à certaines situations juridiques régies par des normes n'étant pas formellement des décisions juridictionnelles, comme les actes publics non décisionnels ou encore des actes privés disposant d'une certaine effectivité. « *L'ordre catégorique est l'ordre à l'état*

<sup>741</sup> P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *op. cit.*, spéc. p. 170

<sup>742</sup> S. BOLLÉE, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, Thèse, Economica, 2004, Préface de P. Mayer, p. 3, n° 3

<sup>743</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p. 156, n° 135

<sup>744</sup> P. MAYER, La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, *op. cit.*, p. 48, n° 68

<sup>745</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 49, n° 69

<sup>746</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 49, n° 70

<sup>747</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 51, n° 72

*pur, celui qui a pour effet de modifier immédiatement la situation juridique des particuliers* »<sup>748</sup>. Pour le Professeur Mayer toutes les normes se répartissent entre règles et décisions. Pour identifier le type de norme, si la permanence de la relation ou la désignation indéterminée du ou des sujets fait défaut, alors c'est une décision<sup>749</sup>.

253. De ce point de vue, les situations juridiques s'établissent de différentes manières, par décisions juridictionnelles, réalisation d'un acte public ou encore d'un acte privé disposant d'une certaine effectivité. La réalisation des effets juridiques entraîne la cristallisation de ces rapports de droit et l'acquisition à leur profit des caractères de la décision, en faisant ainsi de véritables situations juridiques. Ce sont des situations juridiques concrètes, catégoriques, c'est-à-dire produisant leurs effets juridiques, et non-permanentes. La cristallisation de ce point de vue représente une notion fondamentale dans la mesure où elle détermine le passage d'un rapport juridique hypothétique régi par une norme abstraite et permanente à une situation juridique concrète régie par une norme catégorique et non-permanente, c'est-à-dire en matière de norme, le passage d'un rapport juridique régi par une règle à une situation juridique régie par une décision, entendue plus largement que les seules décisions juridictionnelles. À ce propos, Pierre Mayer propose de substituer une classification bipartite (règles et décisions) des normes à une classification tripartite (lois, jugements et actes publics) classique<sup>750</sup>. Pour lui, par définition, les actes publics sont des normes individuelles (ainsi des décisions) qui sont soit absolues (expropriations) soit relatives (mariages)<sup>751</sup>. Au regard des précédents développements, il est envisageable d'aller au-delà des actes publics en admettant la possibilité d'intégrer à la catégorie décisions l'ensemble des actes juridiques, même certains actes privés. Ainsi les actes non judiciaires sont également, pour certains d'entre eux des décisions<sup>752</sup> dans la mesure où ils disposent de ses caractères par la cristallisation.

254. En réalité la cristallisation et la modification de la structure de la norme qu'elle entraîne pose certaines questions d'ordre méthodologique. Ce qui caractérise le conflit de lois c'est la nécessité d'effectuer un choix entre les différentes règles des différents pays qui, hypothétiquement, peuvent régir un rapport juridique. En revanche, lorsque le problème de droit sur lequel on s'interroge est visé par une norme décisionnelle, au sens large, celle-ci est en principe

<sup>748</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 51, n° 72

<sup>749</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 55, n° 80

<sup>750</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 60, n° 88

<sup>751</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 60, n° 87 - Pour la distinction décisions absolues et relatives V. P. MAYER, *op. cit.*, p. 53, n° 76

<sup>752</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p.184, n° 159

unique et identifiable. Dans ce cadre la norme considérée, concrétisée par la production des effets juridiques de la situation juridique créée, ne pose plus nécessairement la question du choix de la loi qui lui est applicable, comme le suppose la méthode conflictuelle, mais la question de son rejet ou de son acceptation. Cela se présente sous la forme simple d'une alternative<sup>753</sup>. On peut s'interroger sur le point de savoir s'il est de bonne technique de déterminer selon les mêmes principes ou les mêmes règles l'acquisition d'un état d'une part, et la validité d'un état créé d'autre part<sup>754</sup>. Cette analyse est partagée par certains auteurs<sup>755</sup>. En matière spécialement d'unions conjugales ou d'unions de couples contenues dans un acte public, Ana Quiñones Escamez s'est également rangée derrière cette analyse<sup>756</sup>, considérant que rechercher la loi applicable à la formation d'un lien juridique est un mauvais point de départ car cette loi est connue. Cette recherche n'est donc pas nécessaire. Il s'agit ici de déterminer à quelles conditions on reconnaîtra les effets internationaux de cette union constituée légalement<sup>757</sup>. Globalement, on peut constater qu'il existe un fort mouvement en faveur de l'utilisation de la méthode de reconnaissance, dès lors que la norme considérée dispose des caractères d'une décision, c'est-à-dire un caractère concret, catégorique et non-permanent, et il semble que cette évolution soit fondamentale dans la mesure où elle dépasse le cadre spécifique de l'Union Européenne<sup>758</sup>. Ainsi, la raison poussant à s'interroger sur la pertinence de l'utilisation de la méthode conflictuelle est ici une raison technique. En effet, la règle de conflit constitue un procédé inapproprié pour la reconnaissance des rapports de droit effectivement créés<sup>759</sup>, c'est-à-dire les décisions entendues largement incluant les situations juridiques concrètes, catégoriques et non-permanentes. À l'inverse, ce qui distingue essentiellement la méthode de la reconnaissance d'efficacité c'est sa fonction, qui est de confirmer et recevoir un rapport juridique, déjà existant et effectivement créé, au for de reconnaissance<sup>760</sup>. En ce sens, la méthode de la reconnaissance d'efficacité doit alors s'élargir à une théorie plus générale des conflits de décisions pour englober en son sein l'ensemble des décisions, c'est-à-dire même celles qui ne

---

<sup>753</sup> S. BOLLÉE, L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 306 s., spéc. p. 310

<sup>754</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Thèse, Dalloz, 1974, Préface de Y. Loussouarn, p. 36, n° 37

<sup>755</sup> V. C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 540

<sup>756</sup> A. QUINONES ESCAMEZ, Proposition pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couples, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 367 s., spéc. p. 377

<sup>757</sup> A. QUINONES ESCAMEZ, *op. cit.*, spéc. p. 378

<sup>758</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, spéc. p. 311

<sup>759</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 522 s.

<sup>760</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 533

sont pas strictement des décisions juridictionnelles<sup>761</sup>. C'est en raison de la cristallisation de la situation que la question de la reconnaissance se pose<sup>762</sup>.

255. Bien entendu, cette problématique méthodologique liée à la cristallisation d'une situation juridique dépasse le simple cas des rapports juridiques créés par actes publics mais concerne également les situations juridiques effectivement créées qui auraient pu l'être par acte privé sans intervention d'un tiers instrumentaire. Concernant spécialement l'effectivité, pour certains auteurs elle joue en effet également un rôle au stade de la reconnaissance des situations nées à l'étranger<sup>763</sup>. Elle a pu être définie comme « *l'emprise du fait sur le droit* »<sup>764</sup>. Pour cela le Professeur Wengler recommande dans certains cas « *qu'on applique les règles matérielles que les règles de conflit de l'ordre juridique le plus fort déclarent applicables* »<sup>765</sup>. L'ordre juridique le plus fort étant l'État qui a la maîtrise effective sur le rapport de droit. L'étude de l'effectivité en droit international privé est intéressante car elle est au cœur des problèmes méthodologiques qui animent actuellement cette branche du droit<sup>766</sup>. Lorsqu'il ne s'agit pas de créer mais de reconnaître une situation juridique, non contenue dans un acte public, l'effectivité consiste alors en une tension entre la règle de conflit et la situation juridique concrète. L'effectivité est alors conçue comme une force de remise en cause, de contestation de la règle de conflit. Elle ouvre sur des perspectives méthodologiques différentes<sup>767</sup>.

256. Pour conclure, citons la position du Professeur Paul Lagarde qui affirme que le « *recours à la règle de conflit ne me paraît avoir toute sa force que dans les matières où des intérêts privés sont pour un temps assez court en état de confrontation, comme c'est le cas en matière de délits ou de contrats* »<sup>768</sup>. En revanche, l'éminent Professeur estime que « *la nécessité des règles communes de conflits de lois est moins pressante dans les situations faisant accéder les personnes à un certain statut, constitué pour une durée illimitée* ». Ce qui compte

---

<sup>761</sup> P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *op. cit.*, p. 170, n° 175

<sup>762</sup> P. MAYER, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 562, n° 29

<sup>763</sup> S. MAYA BOUYAHIA, La proximité en droit international privé de la famille, Thèse, L'Harmattan, 2015, Préface de L. Chedly et M. Goré, p. 388, n° 581

<sup>764</sup> G. GOURDET, L'effectivité en droit international privé, Thèse dactyl., Nice, 1978, p. 5, n° 3

<sup>765</sup> W. WENGLER, Les principes généraux du droit international privé et leur conflit, *Rev. crit. DIP*, 1952, p. 595 s., spéc. p. 613 s., n° 22

<sup>766</sup> G. GOURDET, *op. cit.*, p. 4

<sup>767</sup> G. GOURDET, *op. cit.*, p. 7

<sup>768</sup> P. LAGARDE, Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures, *RabelsZ*, 2004, p. 225 s., spéc. p. 230 s.

c'est que ce statut, une fois créé, ne soit pas remis en cause lors du déplacement de la personne<sup>769</sup>. De ce point de vue la production des effets juridiques, engendrant la cristallisation, semble jouer un rôle décisif dans la mesure où ils entraînent une forme de novation de la structure de la norme. On passe d'une norme abstraite, hypothétique et permanente, c'est-à-dire une règle régissant un rapport de droit, à une situation juridique, norme concrète catégorique et non permanente disposant des caractères de la décision. Ce schéma est susceptible de concerner tant les décisions juridictionnelles *stricto sensu* bien-sûr, mais plus largement les situations juridiques disposant comme support d'actes non judiciaires comme les actes publics ou les actes privés disposant d'une certaine effectivité. Toutefois, avant de soumettre le critère des effets juridiques à l'épreuve des méthodes du droit des conflits en droit international privé et en déterminer d'éventuelles conséquences, encore convient-il d'établir l'effectivité de la classification des actes juridiques fondée sur le critère des effets substantiels telle que nous l'avons retenue.

## Section 2. L'effectivité de la classification

257. Le Professeur Pamboukis affirme que « *la distinction importante entre domaine où les parties disposent librement de leurs droits et domaine où les parties ne le peuvent pas, n'a pas été suffisamment explorée* »<sup>770</sup>. Cette affirmation semble particulièrement vraie et bienvenue dans le cadre de la classification des actes juridiques fondée sur le critère des effets juridiques. En effet, comme il a été évoqué, si tous les actes juridiques ont vocation à produire des effets substantiels en ce qu'il s'agit de l'essence même d'un acte juridique, tous ne produisent pas leurs effets de manière similaire. En cela les effets peuvent constituer un critère de classification à la fois commun aux actes juridiques mais permettant également de les distinguer. C'est justement cette distinction qu'il est possible de mettre en avant à présent. Selon la nature du droit considéré il convient alors de distinguer si l'acte juridique réalise ses effets ou certains d'entre eux *ipso facto ipso jure* (Paragraphe 1) ou au contraire si leur réalisation appelle l'exécution (Paragraphe 2)<sup>771</sup>. À cet égard une étude de droit comparé semble particulièrement intéressante en matière de droit des contrats, notamment dans l'objectif de mettre en évidence l'existence de différences selon les catégories de droit considérées.

<sup>769</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 231

<sup>770</sup> C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Thèse, LGDJ, 1993, Préface de P. Lagarde, p. 225, note de bas de page n° 99

<sup>771</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 155, n° 216

## § 1. Les actes ayant un effet substantiel *ipso facto ipso jure*

258. Toujours selon le Professeur Pamboukis « *il convient de distinguer la réception en matière patrimoniale de la réception en matière d'état des personnes. La raison en est [que les actes] produisent une efficacité sensiblement différente* »<sup>772</sup>. En matière d'état des personnes, les droits extrapatrimoniaux<sup>773</sup> font partie de la catégorie des « droits de la personnalité ». Ils ont pour objet la personnalité des individus sujets de droit que cela soit sous un angle physique, moral, individuel ou social<sup>774</sup>. Ce sont ainsi des droits inhérents à la personnalité juridique, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une personne physique ou d'une personne morale. Pour autant, certains droits de la personnalité, comme le sexe, sont réservés aux seules personnes physiques. Ce sont des droits de la personnalité en ce sens qu'ils sont attachés à la personnalité des individus et ne peuvent en être séparés dans une sorte de démembrement. Ils sont fondamentaux puisqu'ils permettent d'individualiser les personnes non seulement au regard d'un autre individu mais au regard de tous les autres individus d'une société. Ainsi, ils structurent les individus en matérialisant les éléments qui leur sont propres et les situent vis-à-vis des autres dans leur environnement social. Au regard de ces caractéristiques il apparaît que l'ensemble des droits extrapatrimoniaux une fois établis produisent - dès leur établissement - leurs effets juridiques. Cela concerne tant la date de naissance, le lieu de naissance, les noms, prénoms, sexe et incapacité des individus, c'est-à-dire les éléments individuels, intimes et personnels, que le plan familial (mariage, filiation)<sup>775</sup>. Ce sont notamment les matières pour lesquelles la réalisation d'un acte juridique donne accès à un statut, lié à une situation juridique, en principe illimité<sup>776</sup>, ce qu'il convient d'illustrer au travers d'exemples.

259. En droit interne le mariage valablement formé, les époux sont soumis à un statut matrimonial légal durant tout le temps de leur union<sup>777</sup>. Le mariage valablement formé est celui qui, respectant les conditions de fond, aura été célébré devant l'autorité compétente. Par principe, en droit interne, il s'agit de l'officier d'état civil, en l'occurrence le maire, l'un de ses adjoints ou un membre du conseil municipal du lieu où les ou l'un des futurs époux a son domicile. On peut dire que dès l'échange des consentements mutuels par les époux, le mariage valablement formé produit

<sup>772</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 225, n° 343

<sup>773</sup> V. *Supra*, p. 75 s., n° 116

<sup>774</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, Préface de C. Attias, 2008, p. 169

<sup>775</sup> À cet égard V. I. GALLMEISTER, *État et capacité des personnes* [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 27 octobre 2020], juin 2016 (Actualisation décembre 2019), Dalloz, n° 4

<sup>776</sup> V. *Supra*, p. 161, n° 250 - V. *Supra*, p. 167, n° 256

<sup>777</sup> M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, *Mariages : effets* [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 8 décembre 2020], avril 2014 (actualisation juin 2020), Dalloz, n° 1

ses effets légaux, au moins extrapatrimoniaux, à leur égard. Il s'agit des effets personnels du mariage. Ce sont donc les effets juridiques en matière de nom par exemple et la possibilité d'utiliser comme nom d'usage le nom de son époux ou de son épouse. De même les devoirs d'assistance, de cohabitation et de fidélité, prévus par le droit français en matière de mariage s'appliquent dès la conclusion et la célébration valable du mariage tant que la nullité n'a pas été judiciairement prononcée. En ce sens le mariage est un acte juridique qui dès sa conclusion produit ses effets ou certains de ses effets. On peut dire que le mariage est un acte produisant ses effets substantiels *ipso facto ipso jure*, c'est-à-dire dès sa conclusion.

260. Si les époux peuvent contracter mariage ils peuvent également sortir du lien matrimonial. Cela concerne, autant que le mariage lui-même dont il marque l'achèvement, le statut familial et social de la personne. La sortie du lien matrimonial, incarnée par le divorce en tant qu'acte juridique, produira également des effets juridiques *ipso facto ipso jure* dès sa conclusion. Concernant les conséquences du divorce - eu égard aux personnes -, c'est à la date à laquelle il est prononcé ou à la date à laquelle la convention est déposée chez le notaire s'agissant du divorce par consentement mutuel, que le divorce devient définitif. Cette date marque la fin du mariage à la fois dans les rapports entre les époux mais aussi dans les rapports avec les tiers. Le jugement qui met fin au mariage entre deux époux est un jugement constitutif en ce sens qu'il donne naissance à une situation juridique nouvelle qui, par définition, n'existait pas auparavant<sup>778</sup>. Ainsi, dès le prononcé de la décision de divorce ou du dépôt auprès du notaire de la convention de divorce s'agissant du nouveau divorce par consentement mutuel, le divorce produira certains de ses effets juridiques immédiatement ou *ipso facto ipso jure*. Les devoirs d'assistance, de cohabitation ou de fidélité par exemple cessent en même temps que cesse le mariage. Le divorce est donc un acte juridique qui, touchant à l'état des personnes, est amené à produire ses effets juridiques dès sa réalisation. Comme le dit Charalambos Pamboukis, une fois prononcé le divorce attribue *ipso facto ipso jure* la qualité du divorcé<sup>779</sup>. Il apparaît qu'en matière de divorce par consentement mutuel, le dépôt de la convention signée par avocats au rang des minutes d'un notaire attribue également, comme le prononcé judiciaire du divorce, *ipso facto ipso jure*, la qualité de divorcé et les effets qui en découlent.

261. Si cette qualité reconnue à certains actes juridiques de produire leurs effets *ipso facto ipso jure* se rencontre en matière familiale, à l'image du mariage, on la retrouve également dans les

<sup>778</sup> A. BÉNABENT, Droit de la famille, LGDJ, 2020 (5ème édition), p. 254, n° 333

<sup>779</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 155, n° 216



matières touchant au statut individuel de la personne. Ainsi en matière de nom, de prénom, de filiation ou encore de sexe.

262. En matière de prénom tout d'abord, les prénoms une fois inscrits dans l'acte de naissance sont acquis définitivement et ne peuvent subir aucune modification sans une décision de justice<sup>780</sup>. L'établissement de l'acte de naissance permet donc aux éléments contenus dans l'acte, en l'espèce le prénom, de produire ses effets immédiatement puisque ceux inscrits dans l'acte sont définitivement acquis sauf intervention d'une éventuelle décision de justice ultérieure. Tant la société que l'administration ou les institutions tiennent alors pour établis les prénoms tels qu'ils résultent de l'acte de naissance. Juridiquement les actes de naissance établissent donc immédiatement les prénoms qu'ils contiennent et constituent aux yeux de tous l'état civil de l'individu concerné par l'acte tant que la nullité de l'acte n'a pas été judiciairement prononcée. C'est le même schéma s'agissant non plus des prénoms mais des noms.

263. De la même manière en matière de filiation, l'acte d'état civil est plus qu'une preuve d'un fait ; il constitue le « titre », en tant qu'il est un mode d'établissement extrajudiciaire de la filiation qui ne peut être détruit que dans les conditions propres aux actions en justice relatives à la filiation<sup>781</sup>. L'établissement et la détermination de la filiation résulteront donc, dès sa réalisation, des éléments contenus dans l'acte d'état civil. La destruction ou la modification de ces éléments ne pourra résulter que d'une éventuelle procédure ayant cette finalité. En l'absence d'une telle procédure, la filiation est immédiatement établie par l'acte de naissance. Les actes de l'état civil participent à la détermination de l'état des personnes. Un élément (nom, prénom, *etc.*...) se réalisant par l'acte peut être mis en cause et reste contestable directement. Cependant, en dehors de toute contestation, c'est l'acte d'état civil qui permet l'établissement de l'élément en question<sup>782</sup>. L'établissement de l'élément de l'état de la personne considérée se réalise dès la confection de l'acte d'état civil par l'officier d'état civil.

264. Les noms, prénoms, sexe, statut matrimonial, filiation *etc.*... attribués dans l'acte d'état civil en droit interne, seront aux yeux de l'État et de la société ceux de la personne désignée, tant que, par principe, aucune contestation judiciaire n'aura abouti. En ce sens, ils produisent leurs

---

<sup>780</sup> F. LAROCHE-GISSEROT, Nom - Prénom [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 27 avril 2020], avril 2014 (actualisation décembre 2019), Dalloz, n° 313

<sup>781</sup> C. LABRUSSE-RIOU, Filiation : généralités [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 11 octobre 2020], Dalloz, septembre 2009 (actualisation septembre 2020), n° 29

<sup>782</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 270, n° 330

effets substantiels *ipso facto ipso jure*, dès leur établissement. S'il semble possible de considérer qu'en matière extrapatrimoniale - typiquement en matière d'état des personnes ou de statut familial - les actes juridiques produisent leurs effets substantiels *ipso facto ipso jure* il n'en est pas systématiquement de même pour tous les actes, notamment en matière patrimoniale.

## § 2. Les actes privés d'effet substantiel *ipso facto ipso jure*

265. En matière patrimoniale l'acte juridique essentiel, l'archétype, est le contrat. Il est, à côté de la loi, l'acte phare donnant naissance aux obligations. En principe, deux parties concluent un contrat pour s'obliger à quelque-chose, l'idée étant que le contrat crée des obligations pour les parties<sup>783</sup>. Selon la pensée d'Aristote « *le principe de l'activité c'est la décision réfléchie, d'où vient le mouvement initial* ». Aristote poursuit la dialectique de l'efficacité suivant un schéma projet/action, théorie/pratique ou formation/exécution<sup>784</sup>. « *Le principe* » désigne la source, le point de départ de la chose auquel il se rapporte<sup>785</sup>. La définition d'un projet constitue une idée théorique préalablement formée qui par la suite est réalisée. Il s'agit du point de départ de la distinction entre la formation et l'exécution<sup>786</sup>. Cependant la question se pose de savoir dans quelle mesure ce schéma s'est transposé également dans la sphère juridique ? Il semble que l'on puisse déceler des indices de l'influence de ce dernier, notamment en droit romain des contrats. Aristote pensait l'intangibilité du contrat en distinguant sa formation et son exécution à partir de la comparaison qu'il faisait du contrat et de la loi. Or cette association se retrouve en droit romain, où elle est mise en évidence sous la plume de Papinien ou Ulpien<sup>787</sup>. La comparaison de la loi et du contrat est une métaphore, il s'agit d'une œuvre de l'esprit. La retrouver sous la plume d'Aristote et des jurisconsultes romains démontre sans doute une filiation dans la conception aristotélicienne et romaine du contrat<sup>788</sup>. En droit romain l'exécution est considérée comme l'issue normale du contrat. C'est-à-dire l'accomplissement de ce qui a été formé. Rien de plus que ce qui a été formé, mais tout ce qui a été formé<sup>789</sup>.

<sup>783</sup> P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ., 1999, p. 771 s., spéc. p. 771

<sup>784</sup> O. PENIN, La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision, Thèse, LGDJ, 2012, Préface de Y. Lequette, p. 131, n° 316

<sup>785</sup> O. PENIN, *op. cit.*, p. 131, n° 317

<sup>786</sup> O. PENIN, *op. cit.*, p. 132, n° 318

<sup>787</sup> O. PENIN, *op. cit.*, p. 138, n° 333

<sup>788</sup> O. PENIN, *op. cit.*, p. 138, n° 334

<sup>789</sup> O. PENIN, *op. cit.*, p. 139, n° 337

266. Il est classique de distinguer à propos du contrat le temps où il se forme et celui où il s'exécute. À cet égard, l'analyse du contrat comme acte de prévision est, au moins concernant les contrats consensuels, susceptible de conforter cette distinction<sup>790</sup>. En qualifiant le contrat d'acte de prévision Maurice Hauriou a fait apparaître sa signification profonde. Il offre aux parties la possibilité de s'approprier le futur<sup>791</sup>.

267. Dans un contrat consensuel, au titre des prévisions des contractants, demeure l'effet des obligations qui naissent de la conclusion de ce contrat. En effet, ces obligations peuvent être soit exécutées, soit non exécutées. Cet élément est de nature à clarifier la distinction entre les effets du contrat et les effets de l'obligation. Si les contractants ne peuvent rien contre les premiers de ces effets, les effets du contrat, ils peuvent en revanche agir sur les seconds, les effets des obligations, qui constituent la prévision. Ainsi, l'effet recherché des obligations contractuelles peut ne pas se produire dans le cas où l'un des contractants n'exécute pas son ou ses obligations<sup>792</sup>. À cet égard, il semble qu'une étude non seulement historique du droit romain, mais également comparative du droit allemand et français des contrats, est de nature à mettre en évidence certains points : le droit allemand plus que le droit français paraît mettre en avant cette distinction entre effet des contrats et effet des obligations et les différentes étapes inhérentes au processus contractuel. En droit allemand, cette distinction se résume en la conclusion du contrat puis l'exécution des obligations découlant de celui-ci. Ce sont deux étapes successives et strictement séparées l'une de l'autre. Enfin, la notion de propriété est la première fois exposée en droit romain et s'est vue, de tout temps, admise au rang de « *pilier du droit* »<sup>793</sup>. C'est la raison pour laquelle, dans le présent paragraphe, on s'appuiera principalement sur l'exemple du contrat de vente, qui permet le transfert de propriété, pour assurer notre démonstration historique et comparatiste du droit des contrats.

268. D'un point de vue historique le contrat de vente en droit romain consiste en la réalisation de deux opérations juridiques. Tout d'abord le contrat, opération juridique entre les deux parties, ne crée que des obligations entre elles. En l'occurrence, le contrat de vente oblige principalement l'acheteur au paiement du prix et le vendeur à l'obligation de transférer la propriété

---

<sup>790</sup> H. LECUYER, Le contrat acte de prévision, *in* L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré, Dalloz, 1999, p. 643 s., spéc. p. 645

<sup>791</sup> H. LECUYER, *op. cit.*, spéc. p. 643

<sup>792</sup> H. LECUYER, *op. cit.*, spéc. p. 645 s.

<sup>793</sup> G. LABRO, La question du transfert de propriété en droit français et en droit allemand sous l'angle de l'obligation de donner, Mémoire dactyl., Université Panthéon-Assas, Sous la direction de J-S. Borghetti, 2011, p. 6

de la chose vendue et de la livrer à l'acquéreur. Une autre opération permet de rendre le transfert de propriété opposable aux tiers : la *mancipatio*, l'*in iure cessio* ou la *traditio*<sup>794</sup>.

269. Tant la *mancipatio* que l'*in iure cessio* sont considérés comme des modes de transfert formels de la propriété<sup>795</sup>. Dans le cas de la *mancipatio*, pour que le transfert de propriété soit valable et effectif, il était absolument nécessaire de respecter scrupuleusement les paroles à prononcer, il s'agit dès lors d'un acte formel<sup>796</sup>. Dans le cadre de l'*in iure cessio* c'est une procédure formelle qu'il convient de respecter pour assurer le transfert de propriété<sup>797</sup>. La *traditio* quant à elle est considérée comme un mode non formel de transfert de propriété<sup>798</sup>. La *traditio* manifeste publiquement que le bénéficiaire a acquis la propriété, puisque tous peuvent voir désormais la chose en son pouvoir<sup>799</sup>. La *traditio* est donc un concept matériel de prise de possession du bien acquis par l'acheteur et mis à disposition par le vendeur, et non pas un simple concept juridique de transfert de propriété. Deux opérations juridiques sont donc nécessaires en droit romain pour transférer la propriété. Tout d'abord le contrat portant sur le transfert de propriété. Vient ensuite le transfert concret et matériel de propriété en lui-même, la *traditio*<sup>800</sup>. Pour le transfert de propriété par *traditio*, une *iusta causa* est nécessaire en droit romain. Cette *iusta causa* permet de déterminer les causes pour lesquelles la propriété doit être transférée<sup>801</sup>. Ainsi le droit romain rejette l'idée d'un transfert immédiat de la propriété. La *traditio* de la chose vendue joue encore aujourd'hui un rôle déterminant et la plupart des droits étrangers écartent également le principe du transfert immédiat de la propriété et confèrent à la *traditio* de la chose vendue un rôle déterminant<sup>802</sup>.

270. Le Code civil français s'est aujourd'hui, pour sa part, détaché de cette tradition juridique issue du droit romain avec l'instauration de l'article 1138 ancien du Code civil et l'instantanéité du transfert de propriété par la conclusion du contrat. Il s'agit d'un transfert de propriété instantané, dont le principe est aujourd'hui prévu par l'article 1196 du Code civil suite à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. C'est ici la pensée de Grotius et de l'école du droit naturel qui a vu consacrées et mises en pratique ses théories par le Code civil<sup>803</sup>. Dès lors, ce qui

---

<sup>794</sup> G. LABRO, *op. cit.*, p. 7

<sup>795</sup> P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ, Schulthess éditions romandes, 2008, p. 257 s.

<sup>796</sup> P. PICHONNAZ, *op. cit.*, spéc. n° 1134 s.

<sup>797</sup> P. PICHONNAZ, *op. cit.*, p. 258, n° 1145 s.

<sup>798</sup> P. PICHONNAZ, *op. cit.*, p. 260, n° 1157 s.

<sup>799</sup> G. LABRO, *op. cit.*, p. 7

<sup>800</sup> G. LABRO, *op. cit.*, p. 8

<sup>801</sup> G. LABRO, *op. cit.*, p. 9

<sup>802</sup> G. LABRO, *op. cit.*, p. 11

<sup>803</sup> G. LABRO, *op. cit.*, p. 12

différencie principalement les deux droits est le moment du transfert de propriété<sup>804</sup>. Celui-ci est instantané en droit français, conformément à l'article 1196 du Code civil ; cette disposition est complétée par l'article 1197 qui impose une obligation de délivrance de la chose. Le transfert de propriété étant instantané, cette disposition impose au vendeur l'obligation de délivrer la chose vendue.

271. En droit contemporain il existe deux grandes manières de concevoir le transfert de propriété. La première est celle que reflète le droit français ou encore le droit italien<sup>805</sup>, considérant que la conclusion du contrat de vente opère à elle seule le transfert de propriété de la chose vendue, sans qu'un acte matériel ne soit nécessaire. La seconde se rapproche de la tradition juridique du droit romain suivant laquelle le contrat de vente n'opère pas de lui-même transfert de propriété de la chose mais crée sur la tête du vendeur l'obligation de transférer la chose vendue. C'est ce que l'on appelle le principe de séparation<sup>806</sup>. De nombreux ordres juridiques nationaux demeurent aujourd'hui fidèles à cette approche du transfert de propriété. C'est le cas notamment du droit allemand. Ce principe de séparation, développé sous la doctrine de Savigny au XIX<sup>ème</sup> siècle, est d'une particulière importance en droit allemand des contrats. Il innervait l'ensemble de la thématique des actes juridiques qui sont envisagés comme étant des actes résultant de la manifestation d'une ou plusieurs volontés ayant pour finalité de donner lieu à une situation juridique voulue par les parties<sup>807</sup>. Savigny développe la thèse du contrat réel ainsi que la séparation entre droit des obligations et droit des biens<sup>808</sup>.

272. En Allemagne les rédacteurs du BGB ont repris la théorie de Savigny et consacré le contrat réel et le principe de séparation (*Trennungsprinzip*) en droit allemand des contrats dans le paragraphe 929 du BGB<sup>809</sup>. Ce paragraphe dispose que « *Pour transférer la propriété d'une chose mobilière, il est nécessaire que le propriétaire procède à la remise matérielle de la chose à l'acquéreur et que les deux soient d'accord pour que la propriété passe de l'un à l'autre. Si l'acquéreur est déjà en possession de la chose, l'accord des*

---

<sup>804</sup> G. LABRO, *op. cit.*, p. 18 s.

<sup>805</sup> Article 1376 du *Codice civile*

<sup>806</sup> M. FROMONT et J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, LGDJ, 2017 (2<sup>ème</sup> édition), p. 184, n° 308

<sup>807</sup> S. CALME, V° Allemagne, Fasc. 30 : ALLEMAGNE. - Droit du commerce [en ligne], Jurisclasseur Droit comparé, Encyclopédies JurisClasseur, 22 février 2016 [consulté le 28 septembre 2018], Lexis360, spéc. n° 18

<sup>808</sup> G. LABRO, *op. cit.*, p. 14

<sup>809</sup> J-S. BORGHETTI, *Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe*, RDC, 2013, p. 1684 s., spéc. p. 1686

*volontés sur le transfert de propriété suffit* »<sup>810</sup>. Concernant les immeubles c'est, conformément au paragraphe 873 du BGB, l'inscription de la mutation immobilière sur le registre foncier qui vaut transfert de propriété<sup>811</sup>. En effet, ce paragraphe dispose que « *Pour le transfert de la propriété d'un immeuble, pour le grever d'un droit réel de même que pour transférer ou grever un tel droit, il est nécessaire que le titulaire du droit et l'autre partie soient d'accord sur la modification juridique à réaliser et que cette modification soit inscrite au Livre foncier, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement* »<sup>812</sup>. Ainsi, en droit allemand, conformément aux paragraphes qui nous venons d'évoquer et au paragraphe 433 du BGB<sup>813</sup>, le contrat de vente n'est créateur que d'obligations<sup>814</sup> mais ne procède pas au transfert de propriété. Pour qu'il y ait ce transfert de propriété il est nécessaire qu'il y ait remise de la chose, matériellement, physiquement, à l'acquéreur. C'est-à-dire qu'il y ait transfert de possession<sup>815</sup>. À cet égard, comme la doctrine a pu l'évoquer, si le droit allemand est plus complexe et moins facile d'accès que le droit français, il n'en demeure pas moins que sur ces questions il fait preuve d'une plus grande précision et d'une plus grande rigueur<sup>816</sup>.

273. Il convient de préciser que le principe de séparation est également de droit positif en droit suisse au travers de l'article 714 alinéa 1er du Code civil suisse disposant « *que la mise en possession est nécessaire pour le transfert de propriété mobilière* ». Enfin c'est également la solution retenue par Code civil autrichien (ABGB) pour le transfert de propriété, ce dernier prévoyant, au paragraphe 425, que la propriété ne peut en principe être transmise que par la remise de la chose<sup>817</sup>. Ainsi l'opération de vente requiert la réalisation d'une dualité d'actes, le contrat de vente *stricto sensu* et le contrat translatif de propriété. Envisagé sous un angle temporel, le transfert de propriété s'opère en droit allemand plus tardivement, en règle générale, qu'en droit français<sup>818</sup>. Le droit allemand comme le droit suisse ou autrichien, au contraire du droit français ou italien, est resté proche de la tradition juridique romaine en refusant l'idée d'un transfert de propriété immédiat.

<sup>810</sup> G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PÉDAMON et C. WITZ, Code civil allemand. Traduction commentée. Bürgerliches Gesetzbuch BGB, Dalloz, 2010, §929, p. 334

<sup>811</sup> R. CABRILLAC, Droit européen comparé des contrats, LGDJ, 2016 (2ème édition), p. 22, n° 22

<sup>812</sup> G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PÉDAMON et C. WITZ, *op. cit.*, §873, p. 319

<sup>813</sup> « *Par le contrat de vente, le vendeur d'une chose est tenu d'en effectuer la délivrance à l'acheteur et de lui en procurer la propriété. Le vendeur doit procurer à l'acheteur une chose exempte de défauts matériels et de défauts juridiques.* » - G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PÉDAMON et C. WITZ, *op. cit.*, §433, p. 148

<sup>814</sup> R. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 22, n° 22

<sup>815</sup> M. FROMONT et J. KNETSCH, *op. cit.*, p. 280, n° 536

<sup>816</sup> M. FROMONT et J. KNETSCH, *op. cit.*, p. 282, n° 539

<sup>817</sup> J-S. BORGHETTI, *op. cit.*, spéc. p. 1687

<sup>818</sup> C. WITZ, Le droit allemand, Dalloz, 2018 (3ème édition), p. 113

274. Toutefois, il est à noter que le droit allemand va encore plus loin que les droits suisse ou autrichien dans la séparation du droit des biens et du droit des obligations. Si le droit suisse et le droit autrichien envisagent un transfert de propriété causé, le droit allemand instaure un transfert de propriété abstrait incarné par le principe d'abstraction (« *Abstraktionsprinzip* »)<sup>819</sup>. Ce principe est matérialisé par la conclusion de deux conventions, le « *Verpflichtungsgeschäft* » (qui crée une obligation et relève classiquement du droit des obligations) et le *Verfügungsgeschäft* (qui consiste en la mise à disposition d'un bien quelconque relevant classiquement du droit des biens). Ces deux contrats sont indépendants l'un de l'autre<sup>820</sup>. Cette solution n'est pas celle retenue par les droits suisse et autrichien qui font dépendre le transfert de propriété de la validité du premier contrat. En droit allemand, ce principe d'abstraction dispose d'une particulière vigueur en droit de la vente immobilière, puisqu'ici l'élément générateur de l'obligation résultera d'un acte notarié alors que la mise à disposition du bien résulte de l'inscription du droit de propriété immobilière sur un registre foncier spécial valant présomption de propriété<sup>821</sup>. L'inscription sur le registre foncier fait suite à la conclusion d'un second acte juridique, que suppose le principe de séparation consacré par le droit allemand, que l'on peut appeler « acte de cession immobilière » (« *Auflassung* »)<sup>822</sup>. L'inscription au livre foncier a un effet constitutif, de sorte que le transfert de propriété devient effectif le jour de l'inscription<sup>823</sup> et non pas le jour de la signature du contrat créant des obligations à la charge des parties. Avec le principe de séparation, parfois complété par le principe d'abstraction, le contrat de vente impose au vendeur l'obligation de transférer la propriété par une opération distincte du contrat initial. Il en résulte que le vendeur reste propriétaire de la chose après la conclusion du contrat<sup>824</sup>. Ainsi, sur le plan juridique, le transfert de propriété fait toujours l'objet d'une opération distincte et spécifique nommée en droit allemand « *verfügungsgeschäft* » par opposition au « *verpflichtungsgeschäft* ».

275. Si le droit français consacre le transfert de propriété instantané dès la conclusion du contrat, il semble que tant le droit romain que le droit allemand, au travers du principe de séparation, complété par le principe d'abstraction permettent de mieux visualiser et mettre en avant la distinction entre l'effet des contrats et l'effet des obligations. En effet, si la conclusion d'une première convention permet de mettre en évidence la volonté des parties de transférer la propriété d'une chose, celles-ci sont toutefois tenues d'accomplir leurs obligations naissant de ce premier

<sup>819</sup> J.-S. BORGHETTI, *op. cit.*, spéc. p. 1689

<sup>820</sup> S. CALME, *op. cit.*, spéc. n° 18 s.

<sup>821</sup> S. CALME, *op. cit.*, spéc. n° 20

<sup>822</sup> M. FROMONT et J. KNETSCH, *op. cit.*, p. 272, n° 514

<sup>823</sup> M. FROMONT et J. KNETSCH, *op. cit.*, p. 273, n° 515

<sup>824</sup> M. FROMONT et J. KNETSCH, *op. cit.*, p. 182, n° 306

contrat, et notamment pour le vendeur l'obligation d'exécuter ses engagements et de transférer la propriété de la chose vendue, c'est-à-dire exécuter une obligation de donner, au travers d'une seconde convention. À l'opposé, cette obligation, en droit français, se réalise par le simple échange des consentements des parties, voilà pourquoi l'existence d'une obligation de donner dans le domaine de la vente a pu faire l'objet de critiques par certains membres de la doctrine<sup>825</sup>. Comment peut-il demeurer une obligation de donner si celle-ci se réalise immédiatement par le simple échange des consentements ? Comme il a été dit, en droit français la conclusion du contrat entraîne instantanément le transfert de propriété. La solution retenue par le Code civil correspond, semble-t-il, à une vue abstraite. Partant, il s'agit de mettre en évidence que malgré les règles du Code civil relatives au transfert de propriété - faisant produire au contrat de vente ses effets juridiques immédiatement, nous pourrions dire *ipso facto ipso jure* - des obligations demeurent à la charge des parties et spécialement du vendeur de mettre concrètement la chose à disposition de l'acheteur. S'agit-il d'une obligation de faire ? Malgré la solution retenue par le Code civil le vendeur dispose ainsi d'un certain pouvoir sur la réalisation, au moins matérielle, de cet effet juridique dans le cas où celui-ci ne s'exécuterait pas et manquerait ainsi à son obligation de remise matérielle de la chose vendue. Partant, si le Code civil considère, de manière abstraite, que l'obligation de donner s'exécute immédiatement par l'échange des consentements des parties, il n'en demeure pas moins que concrètement la mise à disposition du bien vendu ne se réalise pas automatiquement et requiert donc de la part du vendeur une exécution. De ce point de vue, le second acte prévu par le droit allemand pour le contrat de vente - qui s'analyse en un acte transférant la propriété - semble, mieux que le droit français, démontrer que le processus contractuel, en l'occurrence le processus de la vente, se révèle un processus en plusieurs étapes. L'accord des volontés constitue la première étape, et le transfert de propriété qui consiste en l'exécution de l'obligation de donner qui pèse sur le vendeur, constitue la seconde étape. Ainsi le droit allemand met-il plus que le droit français en avant la distinction entre les effets du contrat et les effets des obligations. Les effets du contrat consistent en la force obligatoire de ce qui a été convenu par les parties, effet sur lequel les parties n'ont aucun pouvoir. En revanche les effets des obligations permettent la réalisation de ce qui a été convenu, c'est-à-dire non seulement le transfert de propriété mais également la livraison de la chose et dépendent avant tout de l'exécution du cocontractant vendeur.

276. La prévision se reconnaît en ce qu'elle porte sur un évènement qui est postérieur au moment où elle est formulée et dont la survenance est tout simplement incertaine<sup>826</sup>. C'est ce que

---

<sup>825</sup> V. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil Les obligations*, Dalloz, 2018 (12ème édition), p. 1600, n° 1527

<sup>826</sup> H. LECUYER, *op. cit.*, spéc. p. 644



nous avons tenté de démontrer au travers de l'exemple du contrat de vente. Se perçoit ainsi que les phases d'exécution et de formation du contrat sont distinguées et articulées<sup>827</sup>. Si la formation du contrat « désigne aussi bien la phase d'élaboration du contrat que l'aboutissement de celle-ci marquée par la réunion de toutes les conditions nécessaires à la perfection de l'accord et à la naissance de l'obligation »<sup>828</sup>, l'exécution concerne quant à elle « la réalisation d'une obligation ou un devoir juridique, le processus qui permet de faire passer le droit dans les faits, de faire coïncider ce qui est et ce qui doit être »<sup>829</sup>. Dans un cadre contractuel, l'acte réalisé ne permet donc pas d'affirmer que les effets de l'obligation, projetés dans le futur, se réaliseront avec certitude puisque ces derniers sont incertains et dépendant de l'éventuelle exécution. C'est en cela que le contrat est qualifié d'acte de prévision et qu'il n'est pas, de notre point de vue, un acte juridique produisant ses effets juridiques *ipso facto ipso jure*. S'agissant par exemple d'une obligation de paiement d'un prix, la réalisation de cet état de droit nécessite en cas de refus d'exécution du débiteur le recours au juge, si nécessaire, pour envisager une éventuelle procédure d'exécution. De ce point de vue, l'établissement d'une convention ne réalise pas *ipso facto* de changement juridique dans le monde réel<sup>830</sup>. Ainsi, la propriété étant le droit, la possession elle, est le fait. Partant la possession est l'ombre de la propriété<sup>831</sup>. Si les notions de possession et de propriété sont deux notions juridiques bien distinctes, elles entretiennent toutefois l'une et l'autre un lien particulier, intime, pour faire passer le droit dans les faits comme le démontre le droit des contrats et spécialement la conception du transfert de propriété en droit allemand.

277. Comme il a été évoqué, sous un angle temporel, le principe de séparation engendre comme conséquence que l'effet juridique du contrat de vente, le transfert de propriété, s'opérera plus tardivement que dans les pays ayant adopté une conception du transfert de propriété instantané par la conclusion du contrat, comme c'est le cas du droit français. Partant, l'effet juridique s'opérant temporellement plus tard, il est logiquement impossible de dire que le contrat de vente produit ses effets juridiques *ipso facto ipso jure*. Illustré au travers des exemples du contrat de vente en droit comparé et notamment en droit allemand, suisse ou autrichien, nous avons souhaité démontrer que certains actes ne produisent pas, dès leur conclusion, leurs effets juridiques. Ils vont généralement nécessiter la réalisation d'un acte matériel - la mise en possession -, incarné dans les droits nationaux ayant conservé *la traditio* dans leurs droits positifs par un second acte

<sup>827</sup> O. PENIN, *op. cit.*, p. 2, n° 3

<sup>828</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 2020 (13<sup>ème</sup> édition mise à jour), p. 471, V. Formation

<sup>829</sup> P. THÉRY, *in* Dictionnaire de la Culture juridique, Quadriga, Lamy-PUF, Sous la direction de D. Alland et S. Rials, 2003, V. Exécution, p. 678 s., spéc. p. 678, 1<sup>ère</sup> colonne

<sup>830</sup> V. C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 155, n° 216

<sup>831</sup> J. CARBONNIER, Droit Civil. Tome 3, Les biens, PUF, 1978 (9<sup>ème</sup> édition), p. 150

juridique. Pour conclure, l'exemple du contrat de vente a permis de mettre en évidence que certains actes juridiques ne produisent pas leurs effets substantiels *ipso facto ipso jure*. Une nouvelle fois, à l'image du contrat de vente, ces actes juridiques se rencontrent, semble-t-il, uniquement en droit patrimonial car la réalisation du second acte matériel, parfois juridique suivant les législations, peut s'analyser comme l'exécution de ce qui a été prévu au contrat. Or l'exécution est une notion éminemment patrimoniale. À cet égard Philippe Théry considère que l'on peut, sans hardiesse excessive, lier l'idée d'exécution à celle de satisfaction du créancier<sup>832</sup>.

278. Cette distinction entre les actes juridiques produisant leurs effets substantiels *ipso facto ipso jure* et les autres a permis de démontrer qu'une classification des actes suivant leurs effets peut s'avérer une classification pertinente dans la mesure où, si tous les actes juridiques ont vocation à produire des effets juridiques substantiels, ils ne les produisent pas tous au même moment. Le critère de la production des effets juridiques substantiels peut donc s'avérer être un critère intéressant de classification des actes juridiques dans la mesure où tous les actes juridiques ont vocation à produire des effets juridiques ; cet élément les réunit et permet de traiter globalement l'ensemble des actes juridiques. Toutefois, ils ne produisent pas tous leurs effets substantiels au même moment ce qui permet également de les distinguer selon les actes juridiques considérés. Il convient alors, à l'aune du critère des effets substantiels, de mettre les actes juridiques à l'épreuve des méthodes du droit des conflits en droit international privé.

---

<sup>832</sup> P. THÉRY, Rapport introductif : la notion d'exécution, *in* L'exécution, XXIIIème colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, LYON - Vendredi 19 et samedi 20 novembre 1999, L'Harmattan, 2001, p. 9 s., spéc. p. 10

## Conclusion du chapitre 1

279. Si les effets juridiques des actes, en ce qu'ils constituent un élément essentiel des actes juridiques, se révèlent, à côté de leur nature, un critère pertinent de classification des actes juridiques, encore convient-il de déterminer quels sont les effets à considérer ? À cet égard la dichotomie classique en doctrine oppose les effets procéduraux aux effets substantiels. Parmi les principaux effets procéduraux des actes juridiques, sont généralement mis en avant la force probante ou la force exécutoire. Pour autant l'un comme l'autre des critères ne semblent pas être des critères pertinents de classification pour plusieurs raisons. Concernant la force probante tout d'abord, si son intensité peut varier suivant l'*instrumentum* considéré, tous les actes juridiques sont dotés d'une force probante. S'appliquant à tous les actes sans distinction, le critère de la force probante se révèle en réalité être un « non-critère » de classification puisqu'il ne permet pas de distinguer les actes juridiques les uns des autres dans la mesure où ils disposent tous, par principe, d'une certaine force probante. S'agissant de la force exécutoire certains actes juridiques, pour lesquels la notion de force exécutoire est totalement étrangère, ne disposent jamais de la force exécutoire. L'exemple des actes d'état civil est clair à cet égard. De ce point de vue la force exécutoire n'apparaît pas non plus représenter un critère pertinent de classification des actes juridiques dans la mesure où certains actes, étrangers à la notion de force exécutoire, se verraient *a priori* exclus de toute conséquence fondée sur un tel critère. Enfin, comme il a été tenté de le démontrer à l'égard des actes juridictionnels ou volitifs, tant la force probante que la force exécutoire ne constituent en réalité pas des effets, mais des attributs des actes juridiques en ce qu'ils sont attribués par la loi et sont extérieurs à l'acte juridique. Ils ne relèvent ni de l'activité du tiers instrumentaire, ni de la volonté des parties, ni de la conséquence de la survenance d'un fait juridique. Dans le cadre d'une classification des actes juridiques fondée sur les effets juridiques on ne peut retenir alors un critère qui s'apparente non pas à un effet mais à un attribut. Si les « effets » procéduraux considérés ne peuvent servir de critères de classification des actes juridiques, reste à s'interroger sur les effets substantiels. Les effets substantiels concernent la modification des droits des parties par la production des effets de l'acte juridique. Ce critère est décisif dans la mesure où il a été théorisé que la production des effets substantiels entraîne la cristallisation d'un rapport juridique en situation juridique, c'est-à-dire le passage d'un rapport juridique abstrait régi par une norme hypothétique et permanente, ou une règle, à une situation juridique concrète régie par une norme catégorique et non-permanente, c'est-à-dire une décision. Comme nous l'avons vu, cette novation des caractères de la norme serait, pour certains auteurs, un élément de remise en cause des solutions traditionnellement admises en droit international privé pour la circulation des actes juridiques. Pour autant avant de mettre les actes juridiques à l'épreuve des méthodes du droit des

conflits en droit international privé sur le fondement des effets juridiques pour en établir d'éventuelles conséquences, encore convient-il d'établir l'effectivité d'une classification des actes juridiques fondé sur les effets substantiels. Il apparaît nécessaire à cet égard que le critère à considérer soit à la fois un critère commun à l'ensemble des actes juridiques, qui en ce sens permet de les réunir (sans en laisser aucun inconsideré) mais également un critère qui permette de les distinguer sans quoi aucune classification n'est possible. À cet égard, les effets substantiels apparaissent comme un critère susceptible de réunir ces deux impératifs antagonistes. Tout d'abord les effets juridiques sont essentiels aux actes juridiques, il s'agit donc d'un critère ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des actes juridiques. Toutefois, à la différence de la force probante par exemple, il a souhaité être démontré que ces effets ne surviennent pas de manière similaire pour l'ensemble des actes juridiques, démontrant l'effectivité ou la pertinence d'une classification des actes suivant ce critère. Si certains actes juridiques, intervenant principalement en matière extrapatrimoniaire, produisent leurs effets substantiels *ipso facto ipso jure* ce n'est pas le cas de tous. D'autres, intervenant principalement pour leur part en matière patrimoniale, supposent par principe une exécution matérielle pour la réalisation des effets substantiels. À la différence des actes produisant leurs effets *ipso facto ipso jure*, les effets substantiels les concernant sont différés dans le temps, différés notamment au moment de l'exécution. Il convient donc à présent - sur le fondement du critère des effets substantiels des actes juridiques - de mettre ces derniers à l'épreuve des méthodes du droit des conflits en droit international privé. Cette étape doit alors permettre de vérifier si, dès lors qu'est considéré un critère différent de celui de la nature des actes juridiques - en l'espèce les effets substantiels - les conséquences sont les mêmes, ou au contraire si la considération des effets substantiels est susceptible de bousculer les solutions établies en droit positif, dans la poursuite de la réalisation des objectifs de la matière.



## Chapitre 2. Les conséquences de la classification des actes en fonction de leurs effets

281. Dans le cadre d'une classification des actes suivant leurs effets, il peut être non seulement théoriquement concevable mais également pratiquement souhaitable de redéfinir le champ de compétence assigné aux méthodes du droit des conflits en droit international privé. À cet égard, certains proposent d'élargir le champ de compétence assigné à la méthode de la reconnaissance d'efficacité dans le domaine de la circulation internationale des actes. Pour Sylvain Bollée, il s'agit d'élargir le champ de compétence assigné à ce mode de raisonnement pour l'étendre à des êtres juridiques qui sont des points de vue normatifs concrets exprimés par un ordre juridique mais ne prenant pas strictement la forme de décisions<sup>833</sup>. Cela peut être l'une des conséquences de la classification des actes en fonction de leurs effets. Pour ce faire, il convient de mettre la classification proposée à l'épreuve des méthodes du droit des conflits. Il s'agit donc tout d'abord d'envisager de soumettre les actes juridiques produisant ou ayant produit leurs effets substantiels à la méthode du conflit de lois (Section 1). Cette étape doit être à même de démontrer le caractère adapté, ou non, de cette méthode pour la circulation des situations juridiques cristallisées. Dans un second temps il conviendra, à l'inverse, de proposer de soumettre les situations juridiques cristallisées à la deuxième méthode de principe du droit des conflits, la méthode de la reconnaissance d'efficacité (Section 2). Ces deux étapes doivent alors aboutir à donner les indications permettant de déterminer, dans le cadre d'une classification des actes basés sur les effets juridiques, laquelle des méthodes du droit des conflits - la méthode du conflit de lois ou la méthode de reconnaissance d'efficacité - se révèle la mieux adaptée à leur circulation internationale.

### Section 1. La classification des actes à l'épreuve de la méthode conflictuelle

282. Lors d'une classification basée sur les effets juridiques et la conséquence de ces effets, la cristallisation et la concrétisation, il est nécessaire de prendre en considération les objectifs

---

<sup>833</sup> S. BOLLÉE, L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 306 s., spéc. p. 315

impératifs liés à l'usage d'une méthode déterminée, que ceux-ci soient d'ordre théorique ou pratique. Ces objectifs sont de nature à influencer le choix de la méthode.

Une fois un point de vue normatif concret exprimé et la production des effets juridiques substantiels d'une situation juridique réalisée, la méthode du conflit de lois sera, il semble, théoriquement inadaptée pour appréhender une situation juridique ayant vocation à circuler (Paragraphe 1). En effet, la méthode du conflit de lois se fixe comme principal objectif la détermination de la loi applicable à un rapport juridique empreint d'extranéité. Elle a donc pour but de réaliser un choix parmi différentes lois substantielles éventuellement applicables à un rapport juridique. Elle ne vise pas à déterminer l'acceptation ou le rejet d'une situation juridique concrète et existante. C'est pourtant la question que pose une situation juridique concrète, régie par une norme catégorique et non-permanente suivant un certain nombre d'auteurs<sup>834</sup>.

De même, au-delà des objectifs théoriques qu'elle se fixe, il apparaît que l'application de la méthode du conflit de lois pour la circulation des situations juridiques réduit également la poursuite des objectifs pratiques du droit international privé (Paragraphe 2). Ainsi, dès lors que la classification des actes juridiques est basée sur les effets produits par ces derniers, la méthode du conflit de lois s'avère inadaptée tant au regard des objectifs théoriques poursuivis par cette méthode que des objectifs pratiques poursuivis par le droit international privé.

## § 1. Des objectifs théoriques inadaptés

283. Dans le cadre d'une classification basée sur les effets, la méthode conflictuelle apparaît théoriquement inadaptée à double titre : elle est d'abord inadaptée à la détermination des conditions de réception des situations juridiques produisant leurs effets substantiels (A). En effet les situations juridiques produisant leurs effets posent, comme il a été exposé, la question de leur rejet ou de leur acceptation mais non du choix de la loi qui leur est applicable comme le propose, par essence, la méthode conflictuelle. De plus, la méthode apparaît également inadaptée pour considérer le système s'étant effectivement appliqué (B). Pour autant, la détermination des effets substantiels relèvera nécessairement de la règle qui s'est effectivement appliquée et non obligatoirement de la règle désignée par la règle de conflit de lois du for. En effet, la règle qui s'est effectivement appliquée et la règle désignée par la règle de conflit du for sont susceptibles de différer. Ainsi, pour déterminer les effets juridiques il convient selon nous de considérer le système qui s'est effectivement appliqué, c'est-à-dire prendre en considération la règle de conflit étrangère qui se sera effectivement appliquée pour la constitution du rapport juridique. Cette solution

---

<sup>834</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s.

apparaît inhérente au critère de classification proposé, les effets juridiques. Solution qui pourrait alors se révéler à même de constituer une atténuation au problème des conflits de système dans le temps.

#### A. Une méthode inadaptée à la détermination des conditions d'efficacité des situations juridiques

284. Il s'agit de mettre en évidence que la règle de conflit de lois est inadaptée pour appréhender les situations juridiques concrètes produisant leurs effets substantiels : les situations juridiques cristallisées (1). En effet, les objectifs, l'abstraction et la rigidité de la règle de conflit de lois sont de nature à poser certaines difficultés dans l'appréhension des situations juridiques concrètes produisant leurs effets juridiques. Par ailleurs, au regard des difficultés d'adaptation de la règle de conflit de lois, ce caractère inadapté demeure, malgré les tentatives dont la règle de conflit a pu faire l'objet (2).

##### 1. Le caractère abstrait et les objectifs de la règle de conflit de lois

285. Dès lors qu'un rapport juridique litigieux est internationalisé par un élément d'extranéité un problème se pose pour le juge. Quelle loi doit-il appliquer afin de résoudre le litige qui lui est soumis ? En effet, le juge ne peut appliquer cumulativement plusieurs lois, ayant potentiellement des solutions différentes. D'où la nécessité pour ce dernier d'effectuer un choix parmi les différentes lois. Il y a conflit de lois et le juge doit choisir entre elles. Pour cela la règle de droit international privé, ou règle de conflit de lois, pose un critère permettant au juge de retenir la législation applicable<sup>835</sup>. Voici succinctement résumé l'objet de la méthode du conflit de lois en droit international privé. Cette méthode repose donc sur l'utilisation d'une règle. La règle est déterminée par sa généralité, son abstraction et enfin son caractère hypothétique<sup>836</sup>. Le caractère général d'une loi découle de la forme indéterminée et impersonnelle qu'elle présente du point de vue de sa rédaction<sup>837</sup>. Si pour la plupart des auteurs l'abstraction se confond, dans ses critères, avec la généralité<sup>838</sup>, Pierre Mayer les distingue même s'il admet un lien étroit entre l'abstraction et la

<sup>835</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, 2019 (12<sup>ème</sup> édition), p. 81, n° 89

<sup>836</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Thèse, Dalloz, 1973, Préface de H. Batiffol, p. 36, n°50 - V. *Supra* p. 153 s., n° 240 s.

<sup>837</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 37, n° 52

<sup>838</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 39, n° 54



généralité<sup>839</sup>. Enfin, concernant le caractère hypothétique, ce qui caractérise l'hypothèse ou le présumé, c'est la « *référence à une situation type* »<sup>840</sup>. Dans une perspective classique le rattachement retenu par la règle de conflit est général, rigide et prédéterminé. La règle est persuadée de sa propre valeur et de la qualité du rattachement qu'elle retient comme la loi nationale en matière de statut personnel, la *lex loci delicti* en matière délictuelle, *etc...*<sup>841</sup> Ces considérations ne sont pas propres au droit français et se retrouvent généralement dans les droits positifs nationaux, notamment dans les domaines où le besoin de sécurité paraît devoir l'emporter, comme en matière de statut personnel<sup>842</sup>.

286. Pour Sabine Maya Bouyahia la rigidité de la présomption « *irréfragable* » qui découle de l'abstraction et de la généralité de la règle apparaît de plus en plus critiquable<sup>843</sup>. C'est cette présomption qui vise à appliquer une loi prédéterminée à raison de la nature du rapport juridique en cause. Cette méthode a montré ses limites sur le plan pratique en raison de la complexité des rapports privés. Ces derniers ne peuvent reposer sur une analyse abstraite des questions de droit. Concrètement, le résultat auquel aboutit l'application de la méthode savignienne s'éloigne parfois du résultat poursuivi par le rattachement retenu par la règle de conflit du rapport juridique, qu'il s'agisse de la proximité<sup>844</sup>, de la souveraineté, *etc...*

Ainsi, quel que soit le niveau de perfection que peut atteindre une règle de droit préétablie, prédéterminée, la complexité des relations concrètes qui se nouent contredira à un moment ou un autre les prévisions préétablies par la règle de droit, en l'occurrence la règle de conflit de lois<sup>845</sup>. Au-delà du fait que le rattachement abstrait retenu par la règle de conflit de lois est à même de mettre en évidence une déconnexion entre l'appréciation abstraite faite par la règle et le rattachement concret des situations juridiques, on peut également relever le caractère inadapté de la méthode conflictuelle à la réception des situations juridiques constituées.

<sup>839</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 41, n° 58

<sup>840</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 43, n° 60

<sup>841</sup> D. BUREAU ET H. MUIR-WATT, *Droit International Privé*, Tome 1 partie générale, PUF, 2014 (3ème édition), p. 606, n° 517

<sup>842</sup> P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI, 1986-I (Vol. 196), p.1 s., spéc. p. 31, n° 5

<sup>843</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *La proximité en droit international privé de la famille*, Thèse, L'Harmattan, 2015, Préface de L. Chedly et M. Goré, p. 32, n° 14

<sup>844</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *op. cit.*, p. 20, n° 2

<sup>845</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *op. cit.*, p. 325, n° 478

287. Le caractère inadapté de la méthode conflictuelle relève tout d'abord de la cristallisation du rapport juridique préalablement évoquée<sup>846</sup>. Ceci constitue pour certains auteurs la raison technique justifiant le non-recours aux règles de conflits de lois<sup>847</sup>. Si un mariage est, par exemple, célébré devant l'officier d'état civil grec, ledit mariage sera, aux yeux de l'ordre juridique grec, existant et valable *prima facie*. La question que cela pose est celle de savoir si pour la reconnaissance ou la confirmation de l'existence de ce mariage on a, ou non, besoin de la règle de conflit.

Un rapport juridique concret, existant, produisant ses effets juridiques et comportant une dimension internationale peut se rattacher à divers ordres juridiques. La localisation par le biais de la règle de conflit, nécessaire à la création de la situation juridique *a priori* ne sert plus à la confirmation de l'existence *a posteriori*<sup>848</sup>. En effet, il n'est pas de la fonction de la règle de conflit de déterminer si un rapport existant est bien existant, c'est-à-dire de confirmer son existence. Ce rôle n'entre pas dans le rôle de la règle de conflit qui a pour fonction la désignation de la loi applicable à un rapport juridique, et la réalisation d'un choix. Ainsi, une fois le rapport juridique concret existant, le recours à la règle de conflit de lois est techniquement inadapté puisque la règle de conflit n'a pas une fonction de confirmation de l'existence d'une situation juridique mais une fonction de désignation de la loi applicable à un rapport de droit. De ce point de vue, il apparaît qu'en dehors des domaines de création des rapports juridiques, la mise en œuvre de la règle de conflit conduit à des difficultés et des résultats peu satisfaisants en matière de cohérence de la vie privée internationale<sup>849</sup>. Ces résultats éloignent alors le droit international privé de son rôle qui est de faciliter la vie des rapports privés internationaux et de répondre à des objectifs de continuité et de cohérence.

288. Dans l'objectif de déterminer la méthode applicable à la circulation des actes publics en droit international privé, Pierre Callé développe dans sa thèse une approche « normativiste » s'inspirant des travaux de Pierre Mayer<sup>850</sup>. Il distingue, au sein des actes produisant leurs effets substantiels, ceux produisant un effet décisionnel et ceux produisant un simple effet de titre<sup>851</sup>. Si

---

<sup>846</sup> V. *Supra*, p. 155, n° 242 et p. 164 s., n° 251 s.

<sup>847</sup> C. PAMBOUKIS, La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance, *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 513 s., spéc. p. 522 s.

<sup>848</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 526, n° 16

<sup>849</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 525, n° 15

<sup>850</sup> C. BIDAUD-GARON, L'état civil en droit international privé, Thèse dactyl., Lyon, 2005, p. 245, n° 298

<sup>851</sup> P. CALLÉ, L'acte public en droit international privé, Thèse, *Economica*, 2004, Préface de P. Mayer, n° 431 s.

l'intervention de l'autorité n'est que l'une des conditions d'application d'une règle de droit, l'acte en résultant n'a pas de valeur décisionnelle : « *Il n'est qu'un titre qui permet, par l'intermédiaire d'une règle de droit de modifier la situation substantielle des parties* »<sup>852</sup>. Partant, seuls les effets décisionnels ressortiraient de la méthode de la reconnaissance d'efficacité car ils constituent une norme étrangère que le droit français peut soit reconnaître soit refuser de reconnaître. À l'inverse, la méthode du conflit de lois s'imposerait pour les effets de titre car le caractère public de l'*instrumentum* ne purgerait pas le *negotium* des vices qui ont pu l'affecter<sup>853</sup>. Au-delà de ces analyses, le point de vue que nous développons semble s'opposer aux solutions normativistes proposées par l'auteur.

Le Professeur Callé propose une classification suivant les effets des actes qui, concernant spécialement les actes publics, distingue effet décisionnel et effet de titre. Il propose de soumettre l'effet de titre à la méthode du conflit de lois. Il apparaît juste que, concernant ce qu'il appelle l'effet de titre, la situation juridique prend sa source dans une règle de droit<sup>854</sup>. Toutefois il apparaît, comme cela a été développé par certains membres de la doctrine, que malgré sa source cette situation juridique concrétisée dispose des caractères d'une décision<sup>855</sup>.

289. L'effet de titre se compose des « *effets substantiels qu'une règle de droit attache à l'existence d'un titre public* »<sup>856</sup>. Or, tel est justement l'élément fondamental s'agissant de notre proposition : la production des effets juridiques aboutit à « *modifier la situation substantielle des parties* »<sup>857</sup>. Puisqu'une règle de droit, identifiable<sup>858</sup>, attache des effets substantiels à l'existence d'un titre, public ou non, ce titre est digne d'un intérêt particulier. Il peut en effet constituer une source de prévision de la part des parties, sa considération est à même de favoriser l'harmonie internationale des solutions, favoriser la cohérence des situations juridiques internationales, *etc...* Autant d'éléments qui invitent, au-delà de son objet inadapté s'agissant des situations juridiques, à envisager la possibilité de ne plus recourir à la règle de conflit de lois dont les objectifs s'éloignent de la considération de ces éléments - pourtant fondamentaux en droit international privé - dès lors qu'existe une situation juridique. En outre, si une règle de droit attache des effets à l'existence d'un titre, c'est bien que l'existence de celui-ci a, au moins tant que sa nullité n'a pas été prononcée, un certain pouvoir normatif. Ce pouvoir normatif n'est certes pas autonome, puisqu'il relève de la règle de droit

<sup>852</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, n° 445 s.

<sup>853</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, n° 468 s. - C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 245, n° 299

<sup>854</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 27, p. 230

<sup>855</sup> V. *Supra*, p. 155 s., n° 239 s.

<sup>856</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 231 s., n° 448 s.

<sup>857</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, n° 445 s.

<sup>858</sup> V. *Infra*, p. 194 s., n° 297 s.

appliquée. Pour autant, au regard de ses conséquences, il semble primordial de le considérer. En effet, tant que le titre n'aura pas fait l'objet d'une action en nullité ayant abouti, son pouvoir normatif conditionne la vie juridique des parties.

290. Enfin, si la décision de justice est un mode de concrétisation de la règle de droit, il n'est pas certain pas que la réalisation de cette dernière se produise uniquement, inévitablement et systématiquement, par la biais d'une décision de justice autoritaire ayant « *purgé l'état de droit de tous les vices dont il était susceptible d'être affecté* »<sup>859</sup>. S'il devait en être ainsi, alors le droit ne se réaliserait dans la vie sociale que devant les tribunaux. Il semble inacceptable que cela soit le cas. Au contraire, il apparaît que le droit positif et les règles qui le composent se concrétisent aussi par la réalisation de comportements et d'actes ne disposant pas, pour reprendre les termes du Professeur Callé, d'« *un pouvoir normatif autonome* »<sup>860</sup>. Les effets juridiques qui peuvent être attachés à un comportement ou à la conclusion d'un acte juridique participent, il semble, avec les tribunaux, à la réalisation sociale de la règle de droit en la concrétisant comme cela se passe dans la vie courante. Même si l'officier d'état civil, par exemple, ne dispose pas d'un pouvoir normatif autonome, et ainsi ne rend pas une décision *stricto sensu*, on ne peut nier que la loi attache des effets à son intervention. Pour les époux, ce qui change c'est bien « *qu'avant ils n'étaient pas mariés, depuis l'intervention de l'autorité publique ils le sont* »<sup>861</sup>, avec les obligations qu'entraîne le statut d'époux tant que le mariage n'a pas été judiciairement déclaré nul ou n'arrive pas à son terme. Dans cet exemple on assiste - par l'intervention de l'officier d'état civil - à une concrétisation de la règle de droit relative au mariage, créant une nouvelle situation juridique, en l'absence pourtant d'une décision juridictionnelle. Cette situation juridique est alors susceptible de se cristalliser. Au regard de son objet, mais également des caractères des situations juridiques, le recours à la méthode conflictuelle apparaît alors inadapté et les objectifs d'harmonie internationale des solutions, de cohérence des situations juridiques ou de respect des prévisions des parties peuvent alors même œuvrer dans le sens de la considération directe du titre sur lequel repose la situation juridique.

291. Pour conclure, certes la règle est porteuse de sécurité et de prévision, mais elle est quelquefois incapable, à cause de son caractère abstrait, général et mécanique, de donner une solution satisfaisante aux litiges internationaux. Son existence même engendre parfois une parfaite insécurité et une insupportable imprévision. Elle doit alors être sacrifiée<sup>862</sup>. La cristallisation et

<sup>859</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 26, p. 230

<sup>860</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 27, p. 230

<sup>861</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 236

<sup>862</sup> G. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, Thèse dactyl., Nice, 1978, p. 503

l'effectivité obligent à abandonner les constructions partisanses pour faire le point sur l'essence même du droit international privé : assurer la continuité de la vie juridique. Cela doit forcer à introduire un peu de relativité qui humanise la matière dans un domaine où la rigidité a beaucoup sévi<sup>863</sup>. Si des efforts ont été menés afin d'adapter au mieux la règle de conflit abstraite à la complexité concrète des rapports internationaux dans le but de satisfaire au mieux aux objectifs de la matière, l'adaptation de la règle de conflit de lois aux situations concrètes et pratiques est source de nombreuses difficultés.

## 2. Les difficultés d'adaptation de la règle de conflit de lois

292. Ce passage d'une réglementation abstraite à la prise en compte de considérations pragmatiques s'accompagne d'une relativisation des rattachements ; comme si toute règle de conflit, méthodologiquement correcte, devait à présent douter de sa propre valeur<sup>864</sup> et être relativisée. La correction peut tout d'abord se faire au stade de l'élaboration de la règle de conflit de lois. Au lieu d'un rattachement unique pour chaque catégorie, le droit contemporain s'est très largement attaché à développer la notion suivant laquelle un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel celui-ci entretient les rapports les plus étroits<sup>865</sup>. C'est l'expression du principe de proximité. Ainsi, par exemple, le concept de résidence habituelle s'est développé en matière de statut familial, celui de prestation caractéristique en matière de contrats<sup>866</sup>. Le statut personnel dans sa version classique n'est plus, et le rattachement à la loi nationale s'est marginalisé. Auparavant fondé exclusivement sur l'article 3 du Code civil, on a assisté à une « balkanisation » des règles relatives au statut personnel. Cela concerne tant l'adoption de règles spéciales et dérogatoires en droit interne (filiation, divorce, partenariat) que l'adhésion à des normes d'origine internationale, telles certaines conventions de La Haye adoptées dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé ou certains règlements adoptés par l'Union européenne<sup>867</sup>. Par ailleurs, la correction peut également se révéler au stade de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois. Si les prévisions législatives ont été faussées par la réalité, il serait judicieux que le juge puisse les écarter afin d'appliquer un rattachement considérant la situation concrète. C'est le principe des clauses d'exception. Elles sont « *des dispositions générales ayant pour fonction d'attribuer au juge le pouvoir de corriger*

<sup>863</sup> G. GOURDET, *op. cit.*, p. 504

<sup>864</sup> D. BUREAU ET H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 607, n° 519

<sup>865</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*

<sup>866</sup> D. BUREAU ET H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 606 s., n° 518

<sup>867</sup> É. CORNUT, Qu'est-ce qui circule (la notion de « statut personnel ») ?, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 29 s., spéc. p. 32 s.

*praeter legem une ou plusieurs règles de conflit si, au regard des circonstances, l'application de la loi d'un État autre que le désigné s'impose comme étant la plus appropriée*»<sup>868</sup>. En France, la clause d'exception s'est développée à travers le contrat dans la Convention de Rome de 1980 notamment en son article 4. C'est un domaine où elle demeure aujourd'hui avec le règlement Rome I, elle s'est étendue à la responsabilité extracontractuelle (Règlement Rome II, article 4-3) et aux quasi-contrats (Règlement Rome II, article 10-4 et 11-4).

293. De même, les options de législation se révèlent aussi être des adaptations de la règle de conflit de lois abstraite et rigide. Le procédé repose également sur une idée de faveur, mais ici, le choix entre deux ou plusieurs lois est offert à l'une des parties. Le juge devra appliquer la loi désignée par ce choix<sup>869</sup>. Si le choix de loi applicable a longtemps été limité à la seule matière contractuelle, ce n'est plus le cas aujourd'hui. De nombreuses réglementations de droit des personnes ou de la famille offrent désormais la possibilité aux parties d'effectuer le choix de déterminer la loi applicable à leurs rapports personnels ou familiaux. C'est la contractualisation du droit de la famille, notamment. Toutefois, dans ces matières, il s'agit généralement d'une *optio juris*<sup>870</sup> et non d'une véritable autonomie comme c'est le cas, par exemple, en matière contractuelle. Ainsi la possibilité de choisir parmi certaines lois limitativement énumérées dans ces matières se retrouve dans le règlement « *aliments* », le règlement « *Rome III* », le règlement « *successions* », le règlement « *régimes matrimoniaux* », le règlement « *effets patrimoniaux des partenariats enregistrés* », la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, voire, selon certaines analyses, l'article 515-7-1 du Code civil relatif à la loi applicable aux partenariats enregistrés<sup>871</sup>.

294. Les clauses d'exception, comme les options de législation ont pour objectif d'amoindrir l'abstraction dont fait preuve la règle de conflit, notamment en y introduisant des considérations pragmatiques et relativisant ses rattachements. Ces tentatives d'adapter la règle de conflit de lois abstraite à des considérations pratiques est, dans une démarche de pragmatisme

---

<sup>868</sup> C-E. DUBLER, Les clauses d'exception en droit international privé, GEORG - Librairie de l'Université - Genève, 1983, Vol. 35, p. 27, n° 6

<sup>869</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 113, n° 143

<sup>870</sup> É. FONGARO, L'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille, *in* Des liens et des droits mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde, Dalloz, 2015, p. 651 s., spéc. p. 653 - É. FONGARO, Méthode conflictuelle et choix de loi : brèves observations sur l'*optio juris* en droit international privé de la famille, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 149 s.

<sup>871</sup> É. FONGARO, L'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille, *op. cit.*, spéc. p. 652

juridique parfaitement bienvenue. Toutefois, les bienfaits de ces adaptations apparaissent limités, démontrant les difficultés d'adaptation de la règle de conflit. En effet, comme l'explique Sabine Maya Bouyahia dans sa thèse, même si c'est une recherche de proximité qui est mise en œuvre il n'en demeure pas moins que c'est une proximité présumée, identifiée par une règle de conflit préconçue. La proximité abstraite posée par la règle de conflit est par conséquent également sujette aux bouleversements des situations concrètes<sup>872</sup>. Ainsi il semble exister des liens, une parenté, et des inconvénients similaires, irréductibles, entre la règle de conflit de lois savignienne abstraite et neutre et la règle de conflit de lois atténuant la solution de principe en ouvrant la voie aux options de législation ou aux clauses d'exception dans une démarche pragmatique. On se situe, dans l'un comme dans l'autre cas, dans le cadre de la détermination *a priori* de la loi applicable. S'agissant de la circulation des actes et des décisions, et notamment des situations juridiques, cette solution « *a priori* » est étrangère à la recherche de la proximité concrète. La détermination de la proximité s'effectue en effet toujours dans l'environnement d'une réglementation abstraite et *a priori*. Ce sont, nous semble-t-il, les limites de l'adaptation dont fait preuve la règle conflictuelle.

295. Ainsi le maintien d'un raisonnement fondé sur une règle de conflit de lois pour la circulation des situations juridiques internationales - malgré les tentatives d'interprétation de la règle de conflit de lois savignienne - demeure abstrait et également sujet aux bouleversements concrets. La règle de conflit de lois se révèle alors (malgré les tentatives d'adaptation) tout autant inadaptée que la règle de conflit de lois savignienne elle-même dont elle a le même objet, pour appréhender les situations juridiques internationales. Qu'il s'agisse de la règle de conflit de loi savignienne ou de la même règle ayant fait l'objet d'une adaptation par le biais des options de législation ou des clauses d'exception dans une démarche pragmatique, la cristallisation des situations juridiques maintient le caractère inadapté de l'objet de la méthode conflictuelle les concernant<sup>873</sup>.

296. Pour l'ensemble de ces raisons, les adaptations dont a été objet la règle de conflit de lois dans un esprit pragmatique, ne paraissent pas des solutions favorables pour déterminer les conditions de circulation des situations juridiques produisant leurs effets substantiels. En effet, le caractère inadapté de la méthode conflictuelle demeure eu égard à la cristallisation des situations juridiques. De ce point de vue, malgré les tentatives d'interprétation dont elle a pu faire l'objet, le recours à la méthode conflictuelle semble une méthode toujours autant inadaptée pour appréhender les situations juridiques internationales produisant leurs effets substantiels, pour leur

---

<sup>872</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *op. cit.*, p. 309 s., n° 460

<sup>873</sup> V. *Supra*, p. 186 s., n° 285 s.

circulation internationale. Par ailleurs, lors d'une classification basée sur les effets des actes juridiques il est également, par définition, fondamental de connaître et déterminer l'existence ou non d'effets juridiques attachés à un acte juridique. Le recours à la méthode du conflit de lois peut-il permettre de déterminer et considérer qu'un rapport juridique produit, ou non, des effets juridiques ?

B. Une méthode inadaptée à la détermination des effets juridiques : la nécessaire considération du système effectivement appliqué

297. Si la méthode conflictuelle n'a pas une fonction de confirmation d'une situation juridique cristallisée et se révèle inadaptée, par son objet, pour appréhender les situations juridiques confrontées à la circulation internationale, il apparaît de même que celle-ci se révèle inapte à déterminer si un rapport juridique produit ou non ses effets, et partant, est une situation juridique concrète. En effet, la production d'effets juridiques d'un rapport juridique ne peut être déterminée par application de la règle de conflit de lois. Cette règle a pour objet de désigner la loi applicable et la réalisation d'un choix. La loi désignée par la règle de conflit du for ne sera pas nécessairement, potentiel conflit de systèmes oblige, celle qui aura effectivement été appliquée à l'étranger pour la constitution de la situation juridique. La loi désignée n'est pas nécessairement celle effectivement appliquée, ou *lex causae*. Le recours à la règle de conflit de lois paraît donc particulièrement inadapté pour déterminer les effets juridiques d'un rapport juridique. Elle désigne potentiellement une loi qui n'aura tout simplement pas été appliquée par le système étranger. Elle ne peut donc être en mesure de déterminer si une situation juridique produit ses effets. De notre point de vue, seul le système qui s'est effectivement appliqué, le système ayant une emprise sur le rapport juridique, est à même de dire les effets produits par ce rapport juridique, à même d'entraîner sa cristallisation et la naissance d'une situation juridique. C'est ce système qui doit indiquer la loi qui s'est effectivement appliquée pour la constitution d'un rapport juridique. C'est cette loi substantielle qui déterminera les effets juridiques. S'agissant de la classification que proposée, fondée sur les effets substantiels, il semble donc nécessaire et essentiel de prendre en considération le système qui s'est effectivement appliqué.

Toutefois la question se pose de savoir comment identifier le système à considérer, comme s'étant effectivement appliqué ? Cette question se pose certainement avec moins d'acuité lorsque la situation juridique aura été instrumentée par une autorité publique. En effet il semble plus évident dans ce cas de figure de pouvoir identifier le système qui s'est effectivement appliqué à la constitution d'une situation juridique dès lors que cette dernière a pris naissance suite à



l'intervention d'une autorité publique appliquant nécessairement les règles du système auquel elle appartient et l'ayant instituée.

Dans leurs thèses, Éric Agostini<sup>874</sup> et Marie-Noëlle Jobard-Bachelier<sup>875</sup> ont proposé en cas de conflit de systèmes dans le temps de considérer mais également d'appliquer le système qui s'est effectivement appliqué. La proposition vise à appliquer le système étranger avec les règles de conflit qui lui sont attachées. Dans leurs travaux, ces propositions ont été réalisées sur le fondement de l'apparence créée par l'effectivité de certaines situations juridiques constituées à l'étranger. À cet égard l'apparence apparaît extrêmement liée aux effets juridiques<sup>876</sup>. Il en résulte que la réalisation de certaines conditions de l'apparence paraît susceptible de permettre dans certains cas l'identification du système effectivement appliqué à la constitution d'un rapport de droit, et qui a participé à créer la situation d'apparence. Il semble que c'est ce système qu'il convient alors de considérer afin de déterminer les effets juridiques d'un rapport de droit et l'éventuelle cristallisation de celui-ci dans le cadre de notre proposition. Ainsi les travaux réalisés par Éric Agostini et Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, concernant l'apparence en droit international et à la prise en considération du système étranger, apparaissent particulièrement bienvenus dans l'objectif d'identifier le système s'étant effectivement appliqué à la constitution d'une situation juridique, notamment en l'absence d'instrument public.

298. La définition juridique retenue de l'apparence<sup>877</sup> oppose la réalité d'un droit ou d'une qualité à la perception erronée ou la croyance fautive de cette réalité : elle suppose une situation vraisemblable mais inexacte en droit<sup>878</sup>. L'apparence de droit est associée indéfectiblement à la « théorie de l'apparence » pour comprendre qu'elle est une construction méthodologique offrant aux juges un guide pour motiver des décisions qui font prévaloir le fait sur le droit<sup>879</sup>. L'apparence est envisagée comme un principe accessoire de validité, fondé sur une prise en considération nécessaire des représentations juridiques, même fausses des individus, dès lors que celles-ci apparaissent légitimes. Elles peuvent être considérées comme telles dès lors qu'est constatée la

---

<sup>874</sup> É. AGOSTINI, L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé, Thèse dactyl., Bordeaux, 1975

<sup>875</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, L'apparence en droit international privé : essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé, Thèse, LGDJ, Préface de P. Lagarde, 1984

<sup>876</sup> V. *Infra*, p. 196 s., n° 299

<sup>877</sup> Pour une présentation complète de l'apparence en droit V. M. BOUDOT, Apparence [en ligne] Répertoire de droit civil, mai 2018 (actualisation décembre 2019) [consulté le 4 décembre 2020], Dalloz

<sup>878</sup> B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Introduction au droit, Litec, 1996 (4ème édition), p. 571, n° 1502

<sup>879</sup> M. BOUDOT, *op. cit.*, n° 16

concordance d'une réalité matérielle donnée avec la réalité juridique correspondante<sup>880</sup>. Il faut préciser qu'en droit international privé la distance qui peut séparer une réalité matérielle donnée de la réalité juridique risque d'être plus difficile à percevoir en raison du caractère indirect du règlement des litiges internationaux. Telle situation pourra être considérée valable au regard du système A et nulle au regard du système B finalement amené à se prononcer dessus. Pour autant, si les représentations juridiques des individus sont plus difficiles en droit international privé, l'utilité pratique à ce que les comportements des individus soient efficaces n'est pas moindre dans les relations internationales que dans les relations privées internes<sup>881</sup>. Pour le Professeur Jobard-Bachelier, la constatation de l'existence de représentations fausses chez les individus pourrait conduire les juges à nuancer quelque peu l'application stricte de leurs règles de droit international privé sans pour autant ruiner les solutions acquises quant à la détermination du droit compétent pour régir ces situations. Il s'agit d'envisager, eu égard à l'apparence internationale, une certaine relativité des règles de droit international privé comme on le connaît en droit interne<sup>882</sup>. L'exception d'ignorance, si elle est admise, permettra au juge du for saisi de substituer à la solution issue d'une application ordinaire de sa règle de conflit, celle qui résulte de la prise en considération d'une loi déterminée par un rattachement différent du sien. Le for qui accepte le jeu de l'exception considèrera que ses rattachements sont relatifs, contingents et qu'exceptionnellement ils pourront être écartés au profit d'un autre rattachement, ceux-là même auxquels les parties se sont fiées quand elles ont agi<sup>883</sup>. Il apparaît cependant que les justifications à l'application ou à la considération du système étranger divergent. En effet pour les Professeurs Jobard-Bachelier et Agostini c'est l'apparence qui le justifie. S'agissant de notre réflexion portant sur l'application des méthodes du droit international privé des conflits, ce serait la production des effets juridiques d'un rapport juridique et son éventuelle cristallisation qui serait à même de le justifier. À cet égard, il s'avère qu'apparence et effets juridiques entretiennent entre eux des liens ténus pour justifier l'application du système étranger.

299. Selon le Professeur Jobard-Bachelier : « *La notion d'effectivité entretient, évidemment, des rapports certains avec la notion d'apparence* »<sup>884</sup>. Ainsi dans l'arrêt *Machel*<sup>885</sup> par exemple, il ne s'agissait pas vraiment pour le juge marocain de se prononcer sur la validité des droits acquis dans le passé,

<sup>880</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 23, n° 28

<sup>881</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 25, n° 32

<sup>882</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 29, n° 39

<sup>883</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 37, n° 52

<sup>884</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 31, note de bas de page n° 150

<sup>885</sup> V. *Infra*, p. 199, n° 303

selon un système étranger, mais de maintenir ou non les effets normalement attendus par les parties concernant une situation née longtemps auparavant. En réalité, dans cette affaire concernant la liquidation du régime matrimonial du couple Machet, l'application de la règle de conflit du for pouvait permettre de revenir sur les effets escomptés d'un acte passé<sup>886</sup>. L'apparence relevait pour les parties du fait que ces dernières n'avaient pu prévoir l'application ultérieure d'un système autre que celui ayant présidé à la réalisation de leur rapport juridique et sous l'emprise duquel ils avaient en fait et en droit vécu dans le temps. C'est ici la réalité cachée qui a amené l'erreur des parties. Toutefois, la réalité cachée provient de ce qu'en apparence la situation était régie, pour les individus, par le droit sous l'emprise duquel la situation était née. C'est ici l'apparence trompeuse. En effet, les parties, de leur côté, attendaient l'application d'un certain régime matrimonial. L'application des règles de conflit du for ultérieurement saisi aurait ruiné leurs attentes et les effets escomptés<sup>887</sup>. L'apparence relevait donc de ce que les parties, de bonne foi, étaient persuadées que les effets du régime matrimonial qui se produiraient, étaient ceux du système de droit sous lequel ils avaient vécu suite à la constitution du rapport juridique. Pour autant s'il n'y a pas d'effets juridiques il ne peut y avoir, semble-t-il, d'apparence trompeuse. L'apparence trompeuse découle précisément du fait qu'existe une réalité cachée, laquelle aboutit à faire produire à la situation juridique des effets différents de ceux escomptés par les parties. Dans ces conditions, l'apparence trompeuse est intimement liée aux effets produits par un rapport juridique. Ensuite se révèle la réalité cachée. À cet égard Marie-Noëlle Jobard-Bachelier parle « *des situations qui se sont constituées à l'étranger et y ont produit leurs effets* »<sup>888</sup>. L'effet présenté de l'apparence a donc toujours été celui de préserver les effets d'actes, de situations à la régularité desquels les parties, ou les tiers, ont cru à tort<sup>889</sup>. C'est-à-dire que l'apparence pour les parties découlera du fait que la situation juridique considérée produira normalement ses effets dans le for de constitution ou de « cristallisation », mais sans que les parties n'aient pu envisager, dans un contexte international, que celle-ci ait pu être régie par une autre règle matérielle dans un autre ordre juridique et ainsi la remette en cause. Il y a donc apparence trompeuse de la validité de la situation juridique, et réalité cachée dans un contexte international. Il est alors possible d'affirmer que ce sont les effets juridiques qui fondent l'apparence trompeuse.

300. Marie-Noëlle Jobard-Bachelier envisage différentes conditions justifiant la considération de la règle qui s'est effectivement appliquée. Ces conditions sont celles à même de

<sup>886</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 60, n° 84

<sup>887</sup> V. É AGOSTINI, Relativité des rattachements et conflits positifs, *in* Des liens et des droits mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde, Dalloz, 2015, p. 3 s., spéc. p. 22

<sup>888</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 95, n° 131

<sup>889</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 86, n° 119

créer une situation d'apparence chez les parties. Cette apparence, trompeuse, découle de l'effectivité de la situation et des effets juridiques qu'elle produit. Ainsi s'agissant des situations juridiques, pris sur le fondement des effets des actes juridiques, la réalisation des conditions proposées par l'auteur, justifie également la considération de la règle du système qui s'est effectivement appliquée, dans l'objectif de déterminer les effets juridiques d'un rapport de droit. En effet, c'est ce dernier qui déterminera la réalité de la production des effets juridiques, justifiant non seulement l'apparence dans le domaine des travaux du Professeur Jobard-Bachelier, mais également l'éventuelle cristallisation du rapport juridique s'agissant de nos travaux. Comme il a été indiqué, la méthode conflictuelle, dont ce n'est pas l'objet, ne peut arriver à la détermination de ces effets.

301. Pour déterminer les effets juridiques il s'agit donc, une fois les conditions proposées par Marie-Noëlle Jobard-Bachelier réalisées, de considérer les règles du système qui s'est effectivement appliqué. Parmi ces conditions, existent des conditions objectives comprenant un facteur temporel et un facteur spatial<sup>890</sup> et des conditions subjectives<sup>891</sup>. Dans le domaine des conflits de système dans le temps, les conditions objectives de l'apparence se réalisent par la réunion de facteurs spatiaux et temporels. Dans ce cadre, l'élément-temps se combine avec le phénomène de la frontière<sup>892</sup> pour créer l'apparence. Précisons que la détermination du système qui s'est effectivement appliqué à la constitution d'une situation juridique, pour en déterminer les effets, peut apparaître relativement évidente dès lors qu'une autorité publique étrangère compétente et instituée par un ordre juridique est intervenue dans la constitution d'une situation juridique. En revanche lorsque, dans une approche théorique, une situation juridique est née et cristallisée par l'effectivité en dehors de l'intervention de toute autorité, il convient malgré tout de déterminer le système qui s'est effectivement appliqué. Ainsi c'est dans l'objectif d'identifier en toutes circonstances le système qui s'est effectivement appliqué à la réalisation d'une situation juridique, et notamment en l'absence de l'intervention d'une autorité publique, que les conditions objectives de l'apparence se révèlent particulièrement utile à nos travaux.

---

<sup>890</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 55 s., n° 74 s.

<sup>891</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 63 s., n° 88 s.

<sup>892</sup> É. AGOSTINI, Cours de droit international privé, Association Esprit Etudiant Montesquieu, 2012-2013, p. 166, n° 78

302. Pour bien comprendre l'intervention de l'élément temps (facteur temporel) il est permis de l'illustrer au travers de la fameuse affaire *Machet*<sup>893</sup>. L'affaire posait un problème de liquidation du régime matrimonial du couple Machet. Le litige était porté devant les juridictions marocaines de la résidence habituelle des époux. Dans leur décision, les juges marocains ont appliqué le régime légal français, en contradiction avec la solution donnée par la règle matérielle désignée par leurs propres règles de conflit, estimant que le droit international privé marocain ne pouvait, selon eux, régir les situations déjà nées et acquises dans un autre pays avec un régime légal différent.

303. L'affaire *Machet* concerne le mariage, en 1918, de Jules Machet de nationalité italienne avec Marie Revelu, de nationalité française, laquelle par ce mariage acquiert la nationalité italienne de son époux. Après deux années de résidence en France, les époux se fixèrent définitivement au Maroc où le tribunal de première instance puis la Cour d'appel de Rabat furent requis afin de liquider le régime matrimonial unissant les époux. À cet égard, la règle de conflit marocaine donnait compétence à la loi italienne de la nationalité de l'époux, monsieur Machet. La loi italienne prévoyait un régime légal de séparation des biens. Toutefois, la loi française réclamait également sa compétence en tant que lieu du premier domicile commun des époux. L'application de la loi française conduisait en revanche à l'application d'un régime légal de communauté des meubles et acquêts. La question fondamentale qui se pose alors est de savoir quelle règle de conflit appliquer ? La règle de conflit française sous laquelle s'était réalisé le rapport litigieux ou la règle de conflit du for, la règle de conflit marocaine ? La Cour d'appel de Rabat va opter pour la première de ces règles en considérant « *qu'il n'est pas douteux que l'article 15 [la règle de conflit marocaine] doit être appliquée aux situations juridiques nées dans le Protectorat mais que ce texte ne peut régir des situations déjà nées et acquises dans un autre pays* ».

304. Ici, deux systèmes juridiques avaient eu successivement qualité pour déterminer la situation patrimoniale des époux. Le système français et le système marocain. Toutefois, compte tenu de l'éloignement de la situation avec le Maroc au moment de la réalisation du rapport juridique entre les époux, la Cour d'appel de Rabat évinça l'application de sa propre règle de conflit au profit de la règle française. Cette solution, liée à l'éloignement de la situation juridique lors de sa création et justifiant l'éviction de la règle de conflit marocaine est d'ailleurs confirmée par une interprétation

---

<sup>893</sup> CA. Rabat, 24 octobre 1950 : Rev. crit. DIP, 1952, p. 92, note Francescakis ; JDI, 1951, p. 894 s., note Goldman - M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 57, n° 80 - B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 2006 (5ème édition), p. 210 s.

*a contrario* d'une décision rendue par la Cour d'appel de Rabat le 13 janvier 1961<sup>894</sup>. Dans cette affaire, à la différence de l'affaire Machet, les juges décidèrent d'appliquer leur propre règle de conflit, l'article 15<sup>895</sup> du Dahir<sup>896</sup>, dans la mesure où le premier domicile commun des époux se trouvait au Maroc<sup>897</sup>. L'introduction du facteur temps, comme en l'espèce, ne doit pas être confondu avec les situations qui relèvent d'un véritable « conflit dans le temps de règles de conflits dans l'espace ». Ici, pas plus la circonstance de rattachement que le contenu de la règle de conflit du for ou de la loi applicable n'avaient nécessairement changé. C'est le rapport juridique dans son entier qui, traversant successivement deux ou plusieurs ordres juridiques pourrait conduire le juge à rechercher quel est, dans le temps, le système de droit international privé le plus adapté à la réglementation de ce rapport<sup>898</sup>. Cela permet de distinguer la problématique à laquelle nous sommes confrontés - les conflits de système dans le temps - de la problématique engendrée par le conflit mobile par exemple. L'affaire Machet entraînait une difficulté résidant dans le fait qu'il ne s'agissait pas vraiment pour le juge marocain de se prononcer sur la validité des droits acquis dans le passé, selon un système étranger, mais de maintenir ou non les effets normalement attendus par les parties, d'une situation née longtemps auparavant. Pour autant, comme le montre Francescakis dans sa note à la revue critique de droit international privé<sup>899</sup>, ce qui compte c'est moins le temps écoulé que le fait que la situation se soit certainement réalisée dans le passé. L'élément temps ne permet pas d'expliquer la mise à l'écart de la règle de conflit du for. Il introduit l'idée suivant laquelle l'acquisition définitive d'un droit ou la régularité d'une situation, cristallisée, pourrait dans certaines circonstances constituer des intérêts suffisamment importants pour venir concurrencer ceux tirés de la rétroactivité de la règle de conflit du for<sup>900</sup>. L'idée même de droits acquis, plus que le critère du facteur temporel strictement, est profondément liée à des considérations de justice, d'équité et d'opportunité. C'est cet élément qui est de nature à relativiser l'application systématique de la règle de conflit de lois du for et permettant d'envisager sa mise à l'écart ponctuelle<sup>901</sup>. Bien sûr c'est l'écoulement du temps qui a provoqué le contact ultérieur de cette situation avec l'ordre juridique

<sup>894</sup> JDI, 1961, p. 524 s., note P. Decroux

<sup>895</sup> « *En l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage. Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le régime des biens.* »

<sup>896</sup> Dahir du 12 août 1913 sur la condition civile des Français et des étrangers dans le protectorat français au Maroc

<sup>897</sup> É. AGOSTINI, *op. cit.*, p. 162

<sup>898</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 55, n° 76

<sup>899</sup> CA. Rabat, 24 octobre 1950 : Rev. crit. DIP, 1952, p. 92, note Francescakis

<sup>900</sup> Rev. Crit. DIP, 1952, *op. cit.* - M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 58, n° 80

<sup>901</sup> É. AGOSTINI, L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé, *op. cit.*, p. 431, n° 289

qui a été saisi. Cependant l'essentiel réside dans l'éloignement spatial entre la situation juridique et l'ordre juridique ultérieurement saisi, lors de la constitution de ce rapport<sup>902</sup>. Après le facteur temporel il est alors fondamental de considérer également le facteur spatial. Il constitue le second élément objectif de l'apparence dans le cadre des conflits de système dans le temps, justifiant non seulement l'éviction de l'application des règles de conflits de lois du for, mais également la considération du système qui s'est effectivement appliqué. L'importance de ce facteur sera démontrée au travers de l'affaire Schwebel.

305. Dans l'affaire *Schwebel c/ Ungar*<sup>903</sup>, les tribunaux de la province de l'Ontario au Canada, saisis par l'époux Schwebel, devaient se prononcer sur la validité du divorce par Gueth, intervenu en Italie entre madame Ungar et son ex-époux monsieur Waktor.

Le 13 novembre 1945 Joseph Waktor se maria en Hongrie avec madame Ungar suivant le rite hébraïque, applicable à raison de la religion des futurs époux. Ces derniers décidèrent d'aller s'installer en Israël. Pour ce faire, les époux passèrent par différents camps de réfugiés, dont un en Italie, au sein duquel intervint un divorce par Gueth. Ce divorce était valable conformément au droit israélien, en revanche il était nul tant au regard du droit hongrois que du droit italien. Après s'être domiciliée en Israël comme initialement prévu, madame Ungar, présente au Canada, rencontra monsieur Schwebel qui l'épousa en 1957. Peu de temps après, Schwebel demanda aux tribunaux canadiens de prononcer la nullité de leur union pour bigamie de son épouse. En effet, le divorce judéo-italien ne pouvait être reconnu au Canada<sup>904</sup>. Les tribunaux de la province d'Ontario devaient alors apprécier la validité du divorce par Gueth intervenu en Italie entre madame Ungar et monsieur Waktor, son premier époux. La règle générale de l'Ontario n'admettait l'efficacité du divorce prononcé à l'étranger que si celui-ci était valable et reconnu par la loi du pays du domicile des époux au moment de leur divorce. Cependant qu'il s'agisse de la loi hongroise, loi du domicile des époux à l'origine ou de la loi italienne, loi de la résidence des époux au moment du divorce par Gueth, ni l'une ni l'autre de ces lois ne reconnaissaient ce divorce par Gueth comme valide.

306. Pour les juges canadiens cette solution n'était en pratique pas acceptable, et la juridiction décida qu'il convenait d'admettre une exception à la règle normalement applicable dès lors que « *la défenderesse, avant de venir au Canada et d'y acquérir un domicile par son mariage avec le demandeur, avait acquis un domicile dans un pays dont les lois reconnaissent le divorce* ». Madame Ungar avait vécu plus

<sup>902</sup> É. AGOSTINI, *op. cit.*, p. 440, n° 296

<sup>903</sup> Schwebel vs. Ungar, CA. Ontario, 4 novembre 1963 : Rev. Crit. DIP, 1965, p. 321 s., note W. Wengler

<sup>904</sup> É. AGOSTINI, *op. cit.*, p. 346, n° 227

de sept années en Israël avant de se rendre au Canada. Son état-civil dans cet État attestait de son état de célibataire et qu'elle pouvait ainsi se remarier. Un certificat en ce sens lui fut d'ailleurs, semble-t-il, fourni par les autorités israéliennes<sup>905</sup>. En contravention avec la règle matérielle désignée par sa propre règle de conflit, la Cour d'appel de l'Ontario va ainsi reconnaître la validité du divorce intervenu par Gueth en Italie entre les époux Waktor.

307. Dans cette affaire, l'erreur commune aurait été celle du milieu israélien dans lequel les parties étaient venues s'intégrer et dans lequel la validité de leur état d'époux divorcés se trouvait admise. En revanche, avant cette intégration, leur situation était certainement douteuse puisque contraire tant aux règles de leur ordre juridique d'origine, l'ordre juridique hongrois, qu'à celles de l'ordre juridique dans lequel avait pris naissance la situation litigieuse, l'ordre juridique italien<sup>906</sup>. Ici c'est le milieu israélien qui validant le rapport juridique des parties l'aura « cristallisé » dans le temps en lui faisant produire ses effets et en donnant naissance à une véritable situation juridique. En l'occurrence les effets sont ceux correspondant et attachés à l'état de personne divorcée en Israël. Les juges canadiens semblent donc avoir parfaitement perçu que dans le litige qui leur était présenté et qu'ils étaient tenus de trancher, le maintien de l'application des règles de conflits du for aurait eu des conséquences pratiques désastreuses, ruinant le maintien d'un statut personnel acquis dans un autre État.

308. En résumé, comme le dit le Professeur Agostini concernant l'affaire Machet, mais apparaissant parfaitement transposable à l'affaire Schwebel, il existait dans cette affaire une double extranéité donnant naissance au conflit de systèmes. Tout d'abord une extranéité de la situation juridique par rapport à l'ordre juridique saisi, qui constitue la cause du conflit positif. Nous sommes ici dans le cadre du facteur spatial. Cependant il y a également extranéité par rapport à l'ordre juridique déclaré compétent. Pour Éric Agostini cela constitue le caractère du conflit positif<sup>907</sup>. On voit ici comment le facteur spatial, en l'occurrence le milieu israélien représentant l'une des conditions objectives de la naissance du conflit de systèmes dans le temps et de l'apparence chez les parties, aura joué un rôle fondamental dans la mise à l'écart de la règle de conflit de lois du for et dans la considération *in fine* de la loi qui s'est effectivement appliquée à la réalisation de la situation juridique, la loi israélienne. L'application des règles de conflit du for, au contraire, s'avérait en pratique totalement inadaptée.

---

<sup>905</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 72, n° 99

<sup>906</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 75, n° 102

<sup>907</sup> É. AGOSTINI, *op. cit.*, p.452, n° 305



309. Il apparaît alors que dans cette affaire le facteur spatial fut à même de créer l'apparence. C'est avant tout celui-ci, au travers du milieu israélien, qui aura fait produire des effets juridiques au divorce intervenu par Gueth, justifiant ultérieurement la mise à l'écart des règles de conflit de lois du for. En effet, on voit comment le facteur spatial, couplé au facteur temporel démontre l'emprise d'un ordre juridique sur une situation juridique. C'est dans ces conditions qu'il est alors nécessaire de considérer le droit de cet ordre juridique.

310. On peut dire que dans le domaine des conflits de systèmes dans le temps, démontrant l'emprise d'un ordre juridique sur un rapport juridique, l'éloignement temporel de la situation litigieuse par rapport au for saisi, ne saurait jamais suffire, il doit toujours être complété par un éloignement spatial<sup>908</sup>. Ce sont ces conditions, constituant les conditions objectives de l'apparence, qui sont à même de démontrer l'emprise d'un ordre juridique sur une situation juridique s'agissant des conflits de systèmes dans le temps. Provoquant l'application inopinée des règles de conflit d'un ordre juridique quelconque, les conflits de systèmes dans le temps vont bouleverser les prévisions légitimes des parties en entraînant l'application d'une loi dépourvue de liens effectifs avec leurs relations. La question qui se pose en effet est celle de savoir s'il est légitime de considérer ce conflit dans le but de satisfaire à l'équité et de promouvoir la justice<sup>909</sup> ? Tant dans l'affaire *Machet* que dans l'affaire *Schwebel*, la considération de la règle qui s'était effectivement appliquée, au détriment de la règle de conflit du for et de la loi qu'elle désigne, était primordiale. Dans l'affaire *Machet*, il n'eut pas été opportun de déclarer séparés en biens des époux qui avaient vécu plusieurs années de leur vie sous un régime de communauté de biens. Dans l'affaire *Schwebel*, les considérations des conséquences pratiques de l'application de la règle de conflit du for étaient d'autant plus impérieuses qu'elles ne concernaient pas une situation financière mais d'état de la personne<sup>910</sup>. Dans ces affaires, l'application de la solution proposée par la loi étrangère - normalement incompétente mais qui s'était effectivement appliquée - était étayée par des considérations pratiques d'une extrême importance<sup>911</sup>. Ce sont les mêmes considérations ayant abouti à la consécration du mécanisme du renvoi par la jurisprudence de droit international privé. Il s'agissait donc de solutions d'opportunités pratiques. Cela évoque l'idée de considérations de justice matérielle. Dans l'affaire *Schwebel* on a même pu souligner le caractère évidemment équitable

<sup>908</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 74, n° 101

<sup>909</sup> É. AGOSTINI, *op. cit.*, p. 462, n° 314

<sup>910</sup> É. AGOSTINI, *op. cit.*, p. 464, n° 316

<sup>911</sup> É. AGOSTINI, *op. cit.*, p. 465, n° 316

de la solution adoptée par les juges de l'Ontario<sup>912</sup>. Ainsi, dès lors que l'emprise spatiale et temporelle est constatée il convient de considérer, notamment en l'absence d'acte public, les règles de cet ordre juridique. Elles seules pourront déterminer les effets qu'elles font produire au rapport juridique, à même de créer une véritable situation juridique et ainsi révéler le caractère inadapté de l'application de la méthode conflictuelle dans le cadre de leur circulation internationale eu égard au concept de cristallisation. La notion d'emprise spatiale et temporelle d'un ordre juridique sur un rapport juridique pourrait éventuellement servir de critère permettant de répondre au souci exprimé par certains auteurs de déterminer un enracinement objectif d'une situation juridique au sein d'un ordre juridique déterminé<sup>913</sup>. L'emprise spatiale et temporelle d'un ordre juridique sont des critères à même de démontrer l'enracinement objectif d'une situation juridique au sein d'un ordre juridique. Ce sont alors les règles de l'ordre juridique disposant de cette double emprise qu'il convient de considérer. Elles seules pourront déterminer les effets qu'elles font produire à un rapport juridique et ainsi révéler l'éventuelle cristallisation de la situation juridique et le caractère inadapté de la méthode conflictuelle concernant leur circulation internationale<sup>914</sup>.

311. Enfin, précisons que l'irrégularité de la situation à l'origine, ou fraude originelle, pourra être couverte par l'intervention d'actes ou de décisions qui auront permis aux parties de croire légitimement à l'absence de toute possibilité de remise en cause ultérieure de leur situation. Au fond, le problème ne sera donc pas tant de savoir s'il y a eu ou non fraude au départ que de se demander, au jour où le for doit se prononcer, si à ce moment-là, et à ce moment-là seulement, l'acquisition de leurs droits est définitive. Cet élément est de nature à créer de légitimes prévisions chez les parties, à l'image de l'affaire *Schwebel*<sup>915</sup>. Dans cette affaire l'erreur commune aurait été celle du milieu israélien dans lequel les parties étaient venues s'intégrer et dans lequel la validité de leur état d'époux divorcés se trouvait admise. En revanche, avant cette intégration, leur situation était certainement douteuse puisque contraire tant aux règles de leur ordre juridique d'origine qu'à celle de l'ordre juridique dans lequel avait pris naissance la situation litigieuse<sup>916</sup>. Il convient donc, afin de savoir si les conditions des conflits de systèmes dans le temps sont remplies, de se placer non

---

<sup>912</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 72, n° 99

<sup>913</sup> C. LATIL, La cristallisation d'une situation juridique, condition du déclenchement de la méthode de la reconnaissance, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 185 s., spéc. p. 192, n° 179

<sup>914</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s.

<sup>915</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 67, n° 93

<sup>916</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 75, n° 102

pas au moment où la source du droit revendiqué a pris sa naissance, mais au moment où celui-ci a pu être considéré légitimement comme valablement acquis par les parties<sup>917</sup>.

S'agissant des conditions de l'apparence en matière de conflits de systèmes dans le temps, ces conditions objectives, temporelles et spatiales, mises en avant par le Professeur Jobard-Bachelier ne sont pas les seules. Existence également des conditions subjectives relevant notamment de la bonne foi des parties<sup>918</sup>.

312. Si l'existence des conditions subjectives est nécessaire à l'établissement de l'apparence et de la bonne foi des parties dans le domaine des conflits de systèmes dans le temps, elles ne sont pas, s'agissant de notre proposition, nécessaires pour établir l'emprise objective d'un ordre juridique étranger sur un rapport juridique et ainsi identifier l'ordre juridique à considérer pour déterminer la production d'effets substantiels et l'éventuelle cristallisation de ce rapport juridique. En effet, pour notre proposition, l'important réside dans la constatation de l'existence d'un rapport juridique, l'éloignement spatial et temporel de ce rapport juridique avec le for saisi ultérieurement, et l'emprise objective d'un autre ordre juridique. Il s'agit donc de constater les conditions objectives de l'apparence dans le cadre des conflits de systèmes dans le temps. Ces éléments, s'agissant d'une classification des actes juridiques fondée sur les effets juridiques, doivent suffire à permettre d'identifier la règle qui s'est effectivement appliquée à la constitution du rapport juridique pour justement pouvoir déterminer les effets que cette règle fait produire à un rapport juridique. Partant, si la considération des conditions subjectives est nécessaire à l'établissement de l'apparence, il n'apparaît pas qu'elle le soit pour établir l'emprise d'un ordre juridique sur un rapport juridique constitué à l'étranger et ainsi permettre d'identifier l'ordre juridique à considérer pour déterminer les effets substantiels que les règles de cet ordre juridique font éventuellement produire à un rapport juridique.

313. Pour Éric Agostini l'ensemble des facteurs, l'extranéité spatiale et temporelle de la situation juridique avec l'ordre du for saisi que nous avons évoqué, fondent l'apparence. L'ignorance, lors de la constitution du rapport, de l'intervention ultérieure des règles de conflit du for et la désignation corrélatrice d'une autre loi que celle qui avait présidé à l'établissement de leurs relations doit alors aboutir à l'application du droit qui s'est effectivement appliquée. La théorie de l'apparence a pour effet d'incliner le for à ne pas appliquer sa propre règle de conflit eu égard à

---

<sup>917</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p.73, n° 99

<sup>918</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 64 s., n° 88 s.

l'erreur légitime et commise de bonne foi par les intéressés<sup>919</sup>. Nous aboutissons au même résultat pour des raisons théoriques toutefois différentes. En effet, s'agissant des présents travaux, basés sur une classification des actes juridiques à raison des effets, l'extranéité spatiale et temporelle est à même de révéler l'emprise d'un ordre juridique sur un rapport juridique. C'est alors la consultation de cet ordre juridique, disposant de l'emprise sur le rapport de droit, qui est à même d'indiquer les effets qu'il fait produire, ou non, à un rapport juridique. De son côté, la méthode du conflit de lois qui a pour objet de désigner une loi suite à la réalisation d'un choix, se révèle inadaptée à déterminer les effets qu'un ordre juridique étranger fait produire à un rapport de droit qui se trouve sous son emprise. Le potentiel de conflit de systèmes existant dans l'ordre international offre à cet égard la possibilité que la loi désignée par la règle de conflit du for ne soit tout simplement pas la règle matérielle appliquée par le système étranger. Déterminer les effets juridiques à l'étranger d'un rapport de droit sur le fondement des règles de conflit de lois du for, dont ce n'est pas l'objet, apparaît alors particulièrement inadapté et hasardeux. Seul l'ordre juridique dont les règles se sont effectivement appliquées sera à même de déterminer les effets d'un rapport juridique. Dans ces conditions, il est primordial d'évincer le raisonnement conflictuel et de considérer alors les règles du système qui se sont effectivement appliquées, à même de déterminer les effets juridiques et l'éventuelle cristallisation. Ainsi c'est l'emprise matérielle d'un ordre juridique - déterminée en l'absence d'instrument public par les seules conditions objectives de l'apparence, l'éloignement spatial et temporel du rapport juridique - qui doit conduire le juge du for à considérer les règles du système s'étant effectivement appliquées, afin de déterminer les effets que cet ordre juridique fait produire au rapport de droit. En déterminant les effets juridiques le juge pourra alors distinguer les actes juridiques. Seuls ceux produisant leurs effets substantiels révèlent alors le caractère inapproprié de l'application de la méthode conflictuelle dans le cadre de leur circulation internationale<sup>920</sup>. Ainsi, dès lors que le critère de classification est les effets juridiques, cela implique alors nécessairement de consulter les règles du système s'étant effectivement appliquées à la constitution du rapport juridique pour en déterminer les effets. C'est un objectif que la méthode conflictuelle, dont ce n'est pas l'objet - et considérant les divergences de règles entre les différents systèmes - est inapte à réaliser. Au-delà d'être théoriquement inadapté pour appréhender les situations juridiques prises sur le fondement des effets juridiques, il semble également que son application est susceptible de nuire à certains objectifs pratiques du droit international privé. Parmi

---

<sup>919</sup> É. AGOSTINI, *op. cit.*, p. 485, n° 332 - É. AGOSTINI, Cours de droit international privé, *op. cit.*, p. 168, n° 79

<sup>920</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s.

ceux-là, certains font partie des objectifs principaux du droit international privé tels l'harmonie internationale des solutions ou le respect des prévisions légitimes des parties.

## § 2. Les objectifs pratiques du droit international privé

314. Au-delà des objectifs théoriques poursuivis par la règle de conflit de lois, justifiant son existence en droit international privé, la matière elle-même se fixe d'autres objectifs à atteindre. Ces objectifs sont aussi nombreux qu'hétérogènes<sup>921</sup>. Cependant, dans le domaine de la circulation des situations juridiques produisant leurs effets substantiels, il ressort que l'application de la méthode conflictuelle à la détermination de leur validité et ainsi de leur l'efficacité est à même de porter atteinte à la réalisation de certains de ces objectifs. Parmi les objectifs susceptibles d'être touchés et « diminués » par l'application de la méthode conflictuelle, certains se révèlent être de véritables principes directeurs fondamentaux du droit international privé, tel l'harmonie internationale des solutions<sup>922</sup> (A). D'autres en revanche ne sont, pour reprendre la classification effectuée par la doctrine spécialisée, que des corollaires à ces principes directeurs fondamentaux<sup>923</sup>, comme le respect des prévisions légitimes des parties<sup>924</sup> (B). Malgré la différence de classification dont ils sont l'objet, ces objectifs constituent chacun, soit en tant que principe directeur fondamental du droit international privé, soit en tant que corollaire de ces principes, des objectifs pratiques poursuivis par la matière. Partant, assurer au mieux leur réalisation se révèle, dans l'application pratique du droit international privé, fondamental. Enfin, il existe également des situations où l'application de la méthode conflictuelle est de nature à porter atteinte au droit européen (C). Ces atteintes se trouvent en pratique sanctionnées par les instances chargées de faire respecter l'application de ces normes. Respecter le droit européen se révèle ainsi un objectif pratique déterminant puisque dans le cas contraire la solution adoptée par l'ordre juridique est à même d'engendrer la censure des instances européennes. Pour l'ordre juridique auquel il s'applique il convient donc de se conformer, au mieux, au respect du droit européen.

---

<sup>921</sup> M-C. NAJM, Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et religieux, Thèse, Dalloz, 2005, Préface de Y. Lequette, p. 76, n° 72

<sup>922</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 77 s., n° 74 s. – V. *Supra*, p. 16, n° 16

<sup>923</sup> M-C. NAJM, *op. cit.*, p. 88 s., n° 88 s.

<sup>924</sup> V. *Supra*, p. 18, n° 17

## A. L'harmonie internationale des solutions et la continuité du statut personnel et familial

315. Le besoin de permanence internationale du statut personnel n'est pas une chose nouvelle. Au XVIème siècle le juriconsulte Rodenburg considérait déjà « *qu'il est nécessaire que l'état et la capacité d'une personne soient jugés de la même manière dans tous les territoires...* »<sup>925</sup>. Depuis le milieu du XXème siècle l'objectif principal du droit international privé est d'atteindre l'harmonie internationale<sup>926</sup> cherchant ainsi à éviter les situations internationales boîteuses. Une situation est qualifiée d'internationalement boîteuse lorsqu'elle est reconnue ou consacrée dans un État mais qu'elle ne l'est pas selon le droit d'un autre État concerné<sup>927</sup>. Au sein d'un ordre juridique une personne qui acquiert un droit subjectif peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il ne soit pas remis en cause ultérieurement, notamment en matière d'état des personnes (filiation, mariage, noms, etc...) caractérisé par son besoin de permanence. Dans un objectif de sécurité juridique, l'État assure la stabilité des situations valablement constituées. Ce besoin de stabilité ne disparaît pas dans l'ordre international au moment du franchissement d'une frontière. Toutefois, dans ce cadre, la protection n'est plus nécessairement assurée par l'État qui refuse de reconnaître un élément de statut personnel acquis à l'étranger<sup>928</sup>. Dans ce cas l'harmonie internationale est rompue et se crée une situation internationalement boîteuse.

316. Cependant, comme le relève Andréas Buscher, si l'harmonie et la recherche de coordination avec les systèmes étrangers étaient véritablement un objectif prioritaire, il faudrait s'en remettre plus systématiquement aux solutions provenant des droits étrangers avec lesquels la situation dispose de liens importants. Pourtant, dans une optique pratique, cette option est seulement limitée à la reconnaissance des jugements étrangers. La méthode conflictuelle, bilatérale, désigne la loi applicable sans s'interroger au préalable sur leur intérêt à s'appliquer au cas particulier. Cela devrait pourtant constituer une préoccupation minimale pour la recherche de l'harmonie internationale<sup>929</sup>. S'il n'est pas contesté que les règles de conflit de lois, et la loi qu'elle désigne

---

<sup>925</sup> S. PFEIFF, Reconnaissance et théorie générale du droit international privé, in *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 171 s., spéc. p. 172, n° 162

<sup>926</sup> A. BUSCHER, *La dimension sociale du droit international privé. Cours général.*, ADI-poche, 2011, p. 118, n° 48 - T. BALLARINO et G. P. ROMANO, *Le principe de proximité chez Paul Lagarde*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 37 s., spéc. p. 41

<sup>927</sup> É. CORNUT, *op. cit.*, spéc. p. 35

<sup>928</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, spéc. p. 171, n° 161

<sup>929</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 119, n° 48

applicable, ont toutes leur place au stade de la création des situations juridiques dans un État, on peut s'interroger sur le point de savoir s'il est nécessaire que les autorités d'un autre État saisi après la création de la situation juridique doivent également apprécier l'efficacité et la validité de la situation en question au regard de leurs propres règles de conflit de lois. Ou bien est-il concevable, voire souhaitable, qu'elles fassent abstraction de celles-ci ?<sup>930</sup>. En effet, l'observation du fonctionnement, notamment du « mécanisme » du conflit de lois, montre que si l'harmonie internationale est un objectif recherché, il n'est que rarement atteint dans ses résultats<sup>931</sup>. En matière de statut personnel, l'unité du statut est une préoccupation majeure et la recherche d'une solution limitant la survenance de situations boiteuses s'inscrit dans l'objectif du droit international d'atteindre l'harmonie internationale des solutions. Il s'agit d'un objectif classique du droit international privé<sup>932</sup>. Si le paradigme a changé passant de la prédominance de l'intérêt des États à la reconnaissance d'un véritable droit fondamental à la permanence de son statut personnel fondé sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, il n'en demeure pas moins que cet impératif de continuité et d'unité perdure. À cet égard, il conviendrait de faire des efforts plus soutenus pour que les véritables bénéficiaires de l'harmonie internationale soient les individus. Tendre à cet objectif se révèle une préoccupation fondamentale<sup>933</sup>. La reconnaissance des situations en matière familiale est même pour certains membres de la doctrine un impératif relevant d'un principe directeur<sup>934</sup>.

317. Pour autant, la divergence des règles de conflit de lois suivant les États aboutit au constat qu'une situation juridique ne sera pas nécessairement soumise à la même loi selon le droit du lieu où elle se sera constituée et selon le droit du lieu où elle sera ultérieurement appréciée. En effet, l'État dans lequel la situation est invoquée recourt à sa propre règle de conflit de lois pour en apprécier la validité. Dans ce cadre, le risque demeure réel qu'une situation boiteuse résulte de la divergence des règles conflictuelles des États concernés<sup>935</sup>. Cela s'explique par le fait que le droit international privé reste un droit encore largement national, surtout dans le domaine du droit de la

---

<sup>930</sup> P. LAGARDE, La reconnaissance mode d'emploi, *in* Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Dalloz, 2008, p.481 s., spéc. p. 481

<sup>931</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 151, n° 67

<sup>932</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, spéc. p. 172, n° 162

<sup>933</sup> É. CORNUT, *op. cit.*, p. 29 s.

<sup>934</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, p. 28 s., n° 9 s.

<sup>935</sup> É. CORNUT, *op. cit.*, spéc. p. 36



famille ou en matière d'état et de capacité des personnes. Les conflits de systèmes et la diversité des lois matérielles internes rend l'apparition de situations internationales boîteuses inévitable<sup>936</sup>.

318. Ainsi, dans le domaine de la circulation des situations juridiques - provenant d'un acte n'étant pas strictement une décision - une des pistes menant à l'objectif d'harmonie internationale consiste en l'effacement de l'application de la méthode conflictuelle et sa substitution par la méthode de reconnaissance d'efficacité<sup>937</sup>. Celle-ci est à même de venir au soutien d'une harmonie internationale des solutions entendue de façon concrète<sup>938</sup>. Le recours à la méthode de la reconnaissance dans l'objectif favoriser la permanence internationale du statut personnel - et ainsi l'harmonie internationale des solutions - peut paraître provocante. En effet, initialement le critère de rattachement à la loi nationale dans la catégorie du statut personnel retenu par la méthode savignienne relevait du besoin de permanence. Toutefois cette permanence est envisagée de manière abstraite. Cela consiste à déterminer *ex ante* le meilleur critère de rattachement<sup>939</sup>. À une époque de mondialisation, caractérisée par une grande mobilité des personnes, ne peut-on pas envisager cette permanence de manière plus pratique ou concrète ? Cette considération de permanence, envisagée concrètement, rejoint celle de l'harmonie internationale des solutions<sup>940</sup>. Si le statut acquis dans un État demeure en traversant les frontières, c'est qu'au moins entre les États dont les frontières ont été traversées et où le statut a demeuré, l'harmonie internationale des solutions est réalisée. Aucun des États en contact et concerné par la situation n'aura dénié aux parties le statut ou la situation acquis dans un autre État. Il convient de sauvegarder autant que possible la cohérence internationale du rapport juridique privé en cause et d'éviter au maximum les situations et rapports juridiques boîteux. Si cela est nécessaire, au prix de l'effacement partiel de la règle de conflit de lois<sup>941</sup>. Il semble en effet, qu'en dehors du cadre de la création des rapports juridiques, la mise en œuvre de la règle de conflit de lois puisse conduire à des complications et à des résultats contraires à la cohérence et à l'harmonie de la vie privée internationale, notamment en matière de statut personnel où il s'agit pourtant d'un objectif fondamental.

319. Néanmoins, avant d'étudier l'opportunité éventuelle du recours à la méthode de la reconnaissance d'efficacité en lieu et place de la méthode conflictuelle - dans le cadre de la

<sup>936</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, spéc. p. 174, n° 163

<sup>937</sup> V. *Infra*, p. 244 s., n° 372 s.

<sup>938</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 121, n° 50

<sup>939</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, spéc. p. 172 s., n° 162

<sup>940</sup> P. LAGARDE. *op. cit.*, spéc. p. 491

<sup>941</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 521

circulation internationale des situations juridiques pris sur le fondement des effets juridiques - précisons que la marginalisation de la méthodologie classique tient également au cadre dans lequel les conflits de lois se nouent. À l'échelle mondiale ils subissent tout autant la mondialisation qui tend à accroître la mobilité et la liberté des individus que l'impact des droits de l'Homme<sup>942</sup>. Ces derniers influent largement sur les solutions traditionnelles en imposant l'accueil de situations juridiques créées en dehors des frontières de l'État du for, au nom du respect de la vie privée ou de la continuité de la vie familiale<sup>943</sup>, ou encore du respect des libertés du citoyen européen. Ces impératifs imposent la continuité des situations juridiques au mépris des solutions tirées de l'application des règles de conflit de lois du for. De ce point de vue, le respect de l'harmonie internationale des solutions et la continuité du statut personnel et familial, pouvant être concrètement protégé lors de l'application des droits de l'Homme, notamment au niveau européen, peut engendrer (afin de respecter ces objectifs) la mise à l'écart ponctuelle de la règle de conflit de lois. Cette appréhension abstraite des situations juridiques par la règle de conflit de lois est à même d'engendrer la censure des solutions auxquelles elle aboutit dans le domaine de la protection concrète des droits de l'Homme.

320. Il est possible d'illustrer la rupture d'harmonie internationale qu'est susceptible d'engendrer l'application de la règle de conflit de lois du for concernant des situations juridiques s'étant cristallisées à l'étranger par la production des effets juridiques. Dans l'affaire *Schwebel* présentée<sup>944</sup>, le recours aux règles de conflit de lois du for, s'il avait été appliqué normalement par les juridictions de l'Ontario, aurait abouti à la nullité du divorce des époux Waktor et Schwebel rompant sans conteste avec l'harmonie internationale des solutions. En effet, les époux étaient considérés comme divorcés au regard du droit israélien. Très concrètement maintenir la relation matrimoniale aurait porté atteinte à la situation acquise et l'harmonie des solutions dans la mesure où Monsieur Waktor et Madame Schwebel auraient été considérés comme divorcés en Israël mais toujours mariés au Canada. On voit ainsi comment le recours à la méthode traditionnelle du conflit de lois dans le cas de situations juridiques constituées en dehors d'une décision de justice à l'étranger, ayant subi l'influence de l'espace et du temps et l'emprise d'un ordre juridique étranger, est de nature à porter atteinte à l'objectif pratique d'harmonie internationale des solutions en droit international privé. L'exigence d'une règle de conflit de régir un rapport étranger ne doit pas enfreindre la justice matérielle du droit international privé, à savoir l'exigence de ne pas rendre

---

<sup>942</sup> V. *Infra*, p. 215 s., n° 324 s.

<sup>943</sup> D. BUREAU ET H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 603, n° 517

<sup>944</sup> V. *Supra*, p. 201, n° 305

boîteux *a posteriori* un rapport juridique existant. C'est cette considération fondée sur l'harmonie internationale des solutions et la continuité du statut personnel et familial qui devra concrètement servir de guide, dans l'objectif de sauvegarder l'intégrité de la situation juridique concernée<sup>945</sup>. L'harmonie des solutions rate ainsi son objectif à partir du moment où elle n'arrive pas à assurer la continuité du statut ou de la situation juridique d'un individu<sup>946</sup>. Et cela justifie la mise à l'écart de la règle de conflit de lois lors de la circulation des situations juridiques cristallisées, dès lors que sa mise en œuvre est de nature à porter atteinte à l'objectif pratique d'harmonie internationale des solutions. L'harmonie internationale des solutions n'est pas le seul objectif de la matière susceptible d'être amputé par l'application de la règle de conflit de lois du for dans le domaine de notre étude. Les prévisions légitimes des parties sont également susceptibles d'être ignorées dans le cadre de la mise en œuvre de la méthode conflictuelle traditionnelle par le for de reconnaissance.

## B. Le rôle de l'effectivité dans les prévisions légitimes des parties

321. Classiquement, beaucoup d'auteurs ont avancé l'idée d'un respect nécessaire des prévisions des individus, d'une considération en quelque sorte de leur représentation du droit pour en établir le contenu<sup>947</sup>. L'objet de l'ignorance des parties tient dans l'application ultérieure de la règle de conflit du for saisi. L'important étant qu'au moment de la constitution du rapport juridique et de la réalisation de ses effets, il n'est jamais entré dans les prévisions des parties qu'un ordre juridique étranger serait saisi ultérieurement et appliquerait sa propre règle de conflit<sup>948</sup>. C'est exactement ce qui est arrivé dans l'affaire Machel<sup>949</sup>. Jamais les parties n'avaient envisagé l'application ultérieure des règles de conflit de lois marocaines et elles étaient convaincues d'être séparées de biens comme le prévoyait le droit français sous l'emprise duquel les individus avaient noué leur relation juridique, vécu, et sur la base duquel ils avaient donc fondé de légitimes prévisions.

322. Lorsque les auteurs d'un acte juridique s'interrogent sur les règles matérielles qui les gouvernent, ils envisagent naturellement la détermination de ces règles au moment où l'acte est accompli et depuis le lieu où ils se trouvent<sup>950</sup>. Partant, dès lors qu'une situation juridique produit

<sup>945</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 529

<sup>946</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 152, n° 67

<sup>947</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 3, n° 3

<sup>948</sup> M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 62, n° 85 s.

<sup>949</sup> V. *Supra*, p. 199, n° 303

<sup>950</sup> L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé : essai de méthode*, Thèse, Bruylant Bruxelles, 2001, p. 145, n° 128

ses effets le recours systématique à la règle de conflit du for se révèle contraire à l'objectif pratique du droit international privé d'assurer le respect des prévisions légitimes des parties. Ces prévisions seront fondées sur les règles qui se seront effectivement appliquées. Il ne serait pas raisonnable qu'un juge, substituant sa propre vision des conflits de lois bouleverse les prévisions des auteurs de l'acte juridique<sup>951</sup>.

Toutefois, on peut s'interroger sur le point de savoir pour quelles raisons les prévisions des parties peuvent être considérées comme légitimes ? De notre point de vue, si les prévisions réalisées par les parties sont qualifiées de légitimes c'est parce que les règles, sous l'emprise desquelles les parties se trouvaient, donnaient effet à leur volonté ou déclaration, créant une véritable situation juridique. Ainsi, c'est la production des effets et l'effectivité de la norme qui fonde justement les légitimes prévisions des parties<sup>952</sup>. En effet, les auteurs d'un acte ont la volonté de produire un effet de droit. Cette volonté destinée à produire des effets de droit vise nécessairement l'ordre juridique d'un État au moment où elle s'exprime<sup>953</sup>. Pour cela, on peut dire que les effets juridiques lorsqu'ils se produisent embrassent la volonté des auteurs. On peut raisonnablement estimer que si les auteurs d'un acte juridique émettent une volonté dans le but de voir se réaliser des effets de droit et que ceux-ci, conformément à leurs volontés, se réalisent, la concordance entre les volontés exprimées et les effets de droit se produisant ne peut qu'amener les parties, puisque « les choses se déroulent comme prévu », à croire légitimement dans l'acquisition de leur droit subjectif. Cette croyance légitime est à même de favoriser l'émergence de prévisions de même nature par les parties quant à leur situation juridique. On voit ainsi comment, au-delà d'être théoriquement inadaptée, l'application ultérieure de la méthode conflictuelle est à même de ruiner les prévisions légitimement fondées par les parties s'agissant des droits dont - au regard des effets qu'ils ont produit et de l'éventuelle cristallisation de leur situation juridique - ils se sont crus réellement titulaires. S'agissant de la circulation des situations juridiques l'application de cette méthode peut, en ce sens, se révéler contraire aux objectifs pratiques du droit international privé.

323. On voit ainsi comment l'application de la méthode conflictuelle peut se révéler contraire aux objectifs pratiques de la matière, que ceux-ci concernent l'harmonie internationale des solutions ou le respect des prévisions légitimes des parties. Face à ce constat il convient de s'interroger<sup>954</sup> sur le point de savoir si l'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité,

---

<sup>951</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p. 222, n° 203

<sup>952</sup> C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Thèse, LGDJ, 1993, Préface de P. Lagarde, p. 157, n° 218

<sup>953</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p. 222, n° 203

<sup>954</sup> V. *Infra*, p. 231 s., n° 347 s.

seconde méthode de principe en droit des conflits, est à même de mieux satisfaire la poursuite et la réalisation de ces objectifs. On peut disposer d'un indice en ce sens en ayant à l'esprit que la méthode de la reconnaissance n'est pas neutre et favorise l'efficacité des actes et l'alignement de la réalité juridique sur les faits, ce qui permet un meilleur respect des prévisions légitimes des parties<sup>955</sup> mais également de l'harmonie internationale<sup>956</sup>. Il convient donc de confronter son application, et d'évaluer la pertinence de cette seconde méthode pour la circulation des actes et des décisions en droit international privé. Avant cela, notons toutefois que concernant des situations juridiques, produisant leurs effets substantiels, l'application classique de la méthode conflictuelle est également de nature à porter atteinte et contrevenir au droit européen.

### C. La considération du droit européen

324. Le droit européen, au sens large, se révèle un catalyseur du besoin de permanence du statut personnel et de l'harmonie internationale des solutions au détriment des solutions traditionnelles. Accepter qu'un individu dispose d'un statut personnel boîteux revient à minimiser l'importance du respect de l'identité de la personne. Pour autant le respect de cette identité est un droit fondamental dont tout individu peut se prévaloir dans les États faisant partie du Conseil de l'Europe, de même que dans le cadre des libertés individuelles instaurées par l'Union européenne au profit du citoyen européen<sup>957</sup>. Partant, ce serait l'influence des droits fondamentaux d'un côté, et de la citoyenneté européenne de l'autre côté, qui, pour certains auteurs, commanderaient la circulation<sup>958</sup>.

En ce sens, la considération du droit européen se révèle fondamentale dans la mesure où, comme nous l'avons évoqué<sup>959</sup>, son respect est susceptible d'influencer les solutions traditionnellement mises en œuvre par les États concernant la réception des situations juridiques constituées à l'étranger. Les jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme se construisent en parallèle. Elles se révèlent complexes et évolutives. Pourtant, de celles-ci émerge peu à peu un impératif de reconnaissance des situations juridiques

---

<sup>955</sup> P. MAYER, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, *in* Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes, Dalloz, 2005, p.547 s., spéc. p. 564, n° 33

<sup>956</sup> V. *Infra*, p. 248, n° 379

<sup>957</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, spéc. p. 175, n° 164 s.

<sup>958</sup> P. HAMMJE, Actes publics : reconnaissance ou conflit de lois ?, *in* La circulation européenne des actes publics. Premier commentaire du règlement 2016/1191 du 6 juillet 2016, Bruylant, 2020, p. 29 s., spéc. p. 38

<sup>959</sup> V. *Supra*, p. 209 s., n° 315 s.

créées dans un autre Etat<sup>960</sup>. C'est cet impératif pratique, de droit positif, visant au respect du droit européen qu'il convient d'envisager. Comme le suggère la dualité des juridictions, l'impératif pratique de respect du droit européen, obligeant à sa considération, est double. Il concerne tant le droit mis en œuvre par l'Union européenne (1) que celui protégé par la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) (2).

## 1. Le droit de l'Union européenne

325. Dans l'environnement du marché intérieur, la liberté d'établissement a pour objectif de favoriser l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de l'Union européenne. Mais l'établissement au-delà des frontières habituelles a eu également pour effet d'augmenter les litiges résultant de la confrontation avec les différents systèmes juridiques nationaux, litiges liés à l'application du principe de liberté d'établissement. Les libertés européennes consistent en l'interdiction de mesures susceptibles d'entraver l'exercice de ces libertés. Ce devoir d'abstention incombant à tout État membre a pour corollaire une obligation positive de respect des situations acquises dans un autre État membre, leur méconnaissance étant de nature à constituer un obstacle à tirer profit de sa liberté de circuler dans l'espace européen et de choisir son pays de séjour. La jurisprudence de la CJUE s'assure du respect de ces libertés<sup>961</sup>. Pour assurer cet objectif, l'éviction des solutions retenues par les règles conflictuelles des fors concernés est parfois nécessaire. La construction d'un espace unique européen contribue à l'apparente émergence d'un « droit à la reconnaissance »<sup>962</sup>, parfois incompatible avec des solutions traditionnelles.

326. En effet la mise en œuvre des libertés européennes, dont la liberté de circulation des personnes, doit s'accompagner de mesures visant à diminuer les difficultés rencontrées par le citoyen européen migrant. Pour cela, le législateur a adopté un certain nombre de règlements en droit de la famille. Toutefois, à l'exception du Règlement *Bruxelles II bis*, aucun de ces instruments ne régit la reconnaissance internationale des éléments du statut personnel d'un individu. Dès lors, non seulement l'application uniforme des règlements européens (applicables au divorce, aux obligations alimentaires, à la responsabilité parentale, *etc...*) se retrouve fragilisée puisque la détermination du statut personnel, comme l'existence d'un lien de filiation par exemple, est laissée

---

<sup>960</sup> H. FULCHIRON, Existe-t-il un droit à la libre circulation du statut personnel à travers les frontières ?, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 3 s., spéc. p. 4

<sup>961</sup> V. A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 489, n° 222

<sup>962</sup> H. FULCHIRON, *op. cit.*, spéc. p. 7

à la libre appréciation des États suivant leur droit national<sup>963</sup> ; mais plus encore, la détermination des éléments du statut personnel relève directement de l'application des règles nationales des États. C'est l'application de ces règles, et notamment l'application de la loi désignée par la règle de conflit, conformément aux solutions traditionnelles, qui est susceptible de créer une atteinte aux libertés mises en œuvre dans le cadre de l'Union européenne. Il est possible d'illustrer cela à travers quelques affaires, classiques mais significatives, rendues notamment en matière de nom et de société, en commençant, suivant une logique chronologique, par l'affaire *Überseering*.

327. Toutefois, avant cela, il convient d'évoquer les affaires *Centros*<sup>964</sup> et *Inspire Art*<sup>965</sup> qui, si elles ne concernent pas directement le refus de reconnaissance d'une personnalité morale constituée à l'étranger par le jeu des règles de conflit de lois du for, permettent de mettre en évidence la manière dont le droit de l'Union œuvre en faveur de la liberté d'établissement, qui semble ne pas être sans conséquence sur la reconnaissance. En effet, ces arrêts favorisent la liberté d'établissement des personnalités morales constituées sur le territoire de l'Union dans les autres États membres en mettant en évidence la violation du droit européen relevant de certaines contraintes issues des règles nationales des États membres. Le droit des sociétés et la liberté d'établissement constituent un domaine pionnier en matière de respect des libertés européennes.

328. L'affaire *Centros* concerne la société Centros, immatriculée en Angleterre et au Pays de Galles en mai 1992 qui, durant l'été 1992, adresse à la direction générale du commerce et des sociétés danoise une demande d'immatriculation d'une succursale de Centros au Danemark. Cette demande est rejetée par les autorités danoises. Elles estiment que Centros n'exerce aucune activité commerciale aux Royaume-Uni et la demande cherchait à constituer en réalité au Danemark non pas une succursale mais un établissement principal. La société Centros, de son côté, soutient que dès lors qu'elle a été légalement constituée au Royaume-Uni les articles 52 et 58 du traité lui accordent le droit de constituer une succursale au Danemark. La question posée aux juridictions européennes consiste à savoir s'il est compatible avec le traité CE le fait de refuser l'immatriculation d'une succursale d'une société établie légalement dans un autre État membre lorsque ladite succursale est envisagée pour exercer l'ensemble de l'activité dans le pays où elle est constituée et, qu'à cet égard, il y a lieu de considérer que les méthodes utilisées avaient pour objectif de se soustraire à la libération du capital minimum de 200 000 DKR prévu par le droit danois ? La Cour

<sup>963</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, spéc. p. 176 s., n° 165

<sup>964</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.*, p. 1459

<sup>965</sup> CJCE, Plén., 30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd*, aff. C-167/01, *Rec.*, p. 10155

va considérer que le fait pour un ressortissant d'un État membre - qui souhaite créer une société – de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer un usage abusif du droit d'établissement. Dès lors, le refus par un État membre d'immatriculer la succursale d'une société constituée conformément au droit d'un autre État membre dans lequel elle a son siège au motif que la succursale est destinée à lui permettre d'exercer l'ensemble de son activité économique dans l'État d'accueil, avec pour conséquence que l'établissement secondaire échapperait aux règles nationales relatives à la constitution et à la libération d'un capital minimal, est incompatible avec les articles 52 et 58 du traité, dans la mesure où il empêche toute mise en œuvre du droit au libre établissement secondaire dont les articles 52 et 58 visent précisément à assurer le respect.

329. De son côté l'affaire *Inspire Art* vise la société Inspire Art, constituée le 28 juillet 2000 sous la forme d'une société privée à responsabilité limitée de droit anglais. Le siège social se trouve au Royaume-Uni, alors que l'unique administrateur de la société est domicilié, pour sa part, à La Haye, aux Pays-Bas. La société Inspire Art est enregistrée au registre du commerce et des sociétés d'Amsterdam, sans toutefois la mention qu'il s'agissait d'une société étrangère de pure forme. La chambre de commerce va alors solliciter que l'immatriculation de cette société au registre du commerce et des sociétés d'Amsterdam soit complétée par la mention « *société étrangère de pure forme* » comme le prévoient les dispositions de la loi néerlandaise. Pour autant, les juridictions néerlandaises se posent la question de la compatibilité de telles dispositions avec le droit communautaire et la liberté d'établissement (Article 43 et 48 CE), dès lors, notamment, que l'établissement à titre secondaire aux Pays-Bas d'une société constituée au Royaume-Uni avait pour objectif de jouir de certains avantages par rapport aux sociétés constituées selon le droit néerlandais ? En résumé la Cour, pour répondre à cette question, va faire appel à sa jurisprudence et rappeler que, comme elle l'a indiqué dans l'arrêt *Centros* (point 18), n'est pas constitutif d'un abus le fait que la société ait été créée dans un État membre dans le seul but de bénéficier d'une législation plus avantageuse, et ce même si la société en cause exerce l'essentiel, voire l'ensemble, de ses activités dans l'État d'établissement. Ainsi, il y a lieu de conclure que les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à une législation nationale, telle la WFBV, qui soumet l'exercice de la liberté d'établissement à titre secondaire dans cet État, par une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre, à certaines conditions prévues en droit interne pour la constitution de sociétés, relatives au capital minimal et à la responsabilité des administrateurs. Les raisons pour lesquelles la société a été constituée dans le premier État membre, ainsi que la



circonstance qu'elle exerce ses activités exclusivement ou presque exclusivement dans l'État membre d'établissement, ne la privent pas, sauf à établir au cas par cas l'existence d'un abus, du droit d'invoquer la liberté d'établissement garantie par le traité.

330. En somme dans l'affaire *Centros* c'est le refus d'immatriculation de la succursale de la société *Centros* par les autorités danoises - au motif de que la succursale est destinée à permettre à la société *Centros* d'exercer l'ensemble de son activité dans l'État d'accueil avec pour conséquence que l'établissement de la succursale permettrait d'échapper aux règles nationales relatives à la constitution et à la libération d'un capital minimal - qui entraîne une violation des articles 53 et 58 CE relatifs à la liberté d'établissement dans l'espace européen. Dans l'affaire *Inspire Art*, ce sont les dispositions de la loi néerlandaise relative aux sociétés étrangères de pure forme, soumettant la liberté d'établissement à titre secondaire dans cet État membre à certaines conditions relatives à la libération du capital social et à la responsabilité des administrateurs [dès lors qu'il s'agit d'une société étrangère de pure forme] qui se révèlent contraires aux dispositions des articles 43 et 48 CE. On voit ainsi comment les règles nationales peuvent constituer un frein à la liberté d'établissement garantie par le droit de l'Union européenne, et pour le fonctionnement duquel elles doivent parfois s'effacer. Sur ce point, conformément à la jurisprudence de la Cour<sup>966</sup>, on peut conclure que les entraves touchant au déplacement, « à la sortie » de la société vers un autre État membre semblent mieux résister que les entraves empêchant l'accueil d'une société constituée dans un autre État membre.

331. Cependant, plus que ces affaires, il apparaît que l'arrêt *Überseering* qui s'inscrit dans cette dynamique initiée par la Cour de justice des communautés européennes – et rendu trois ans après l'arrêt *Centros* et un an seulement avant l'arrêt *Inspire Art* –, se révèle mieux à même de mettre en évidence la violation du droit de l'Union européenne - et des libertés qu'elle instaure - relevant du recours par les États membres à leurs propres règles de conflit de lois s'agissant d'une situation juridique constituée à l'étranger.

332. L'affaire *Überseering*<sup>967</sup> en matière de société est intéressante dans la mesure où elle concerne le refus de reconnaissance de la capacité juridique d'une personne morale ayant effectué toutes les formalités relatives à son acquisition, incluant sa capacité juridique, dans un autre État

<sup>966</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, aff. 81/87, *Rec.*, p. 5483 - CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *Rec.*, p. 9919.

<sup>967</sup> CJCE, 5 novembre 2002, C-208/00, *Rec.* 2002, I, p. 9919 : P. LAGARDE, Liberté d'établissement et reconnaissance mutuelle des sociétés, *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 508

membre de l'Union européenne. Au sein de cet État la société possédait la personnalité morale et s'était constituée en conformité avec sa législation. L'affaire débute par un litige opposant deux sociétés, la société Überseering de droit néerlandais et immatriculée au registre du commerce d'Amsterdam et la société NCC établie en Allemagne. La société Überseering a acquis un terrain en Allemagne qu'elle utilise à des fins professionnelles. Quelques années après, deux allemands se portent acquéreurs de la totalité des parts de la société constituée aux Pays-Bas. Le litige provient de ce que Überseering estime que les travaux qu'elle a confiés à NCC sont porteurs de vices qu'elle souhaite faire réparer. Pour cela, elle décide de saisir les juridictions allemandes. Toutefois, ces dernières rejettent le recours effectué considérant que, suite au transfert des parts sociales, le siège social effectif d'Überseering a été transféré en Allemagne. Ainsi les juridictions estiment qu'en tant que société de droit allemand constituée aux Pays-Bas, Überseering ne disposait pas de la capacité d'agir et d'ester en justice. Pour autant les juridictions allemandes s'interrogent sur le point de savoir si la solution à laquelle aboutit l'application de leur droit n'est pas susceptible d'entrer en conflit avec les règles défendues par le droit de l'Union et notamment la liberté d'établissement dans l'espace européen. Le *Bundesgerichtshof* se demande si les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement s'opposent, dans une situation telle que celle en cause au principal, à l'application des règles de conflit de lois en vigueur dans l'État membre où se trouve le siège effectif d'une société légalement constituée dans un autre État membre, lorsque ces règles ont pour conséquence la non-reconnaissance de la capacité juridique de cette société. Encore une fois c'est l'application des règles de conflit de lois du for aboutissant à la non-reconnaissance de la capacité juridique, pourtant acquise dans un autre État membre, qui pose une difficulté susceptible de se révéler contraire au droit de l'Union. La question préjudicielle posée par les juridictions allemandes est double et se présente comme telle : « *Les articles 43 CE et 48 CE doivent-ils être interprétés en ce sens que la liberté d'établissement des sociétés s'oppose à ce que la capacité juridique et la capacité d'ester en justice d'une société légalement constituée en vertu du droit d'un État membre soient appréciées au regard du droit d'un autre État dans lequel ladite société a transféré son siège effectif lorsqu'il résulte de ce droit qu'elle ne peut plus faire valoir en justice dans l'État d'établissement les droits tirés du contrat ? En cas de réponse positive : la liberté d'établissement des sociétés impose-t-elle d'apprécier la capacité juridique et la capacité d'ester en justice d'une société au regard du droit de l'État où elle a été constituée ?* »

333. La Cour de Justice va répondre par l'affirmative aux deux questions qui lui sont posées. Elle décide dans la paragraphe 94 de sa décision que le droit européen en matière de liberté d'établissement s'oppose à ce que, lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un État membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire est réputée, selon le droit d'un autre

État membre, avoir transféré son siège effectif dans cet État, ce dernier dénie à ladite société la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice devant ses juridictions nationales. La Cour affirme que la liberté d'établissement s'oppose à ce que, lors du transfert du siège d'une société d'un État membre vers un autre, l'État du nouveau siège refuse de reconnaître à la société transférée la capacité juridique qu'elle avait valablement acquise dans un autre État membre<sup>968</sup>. Il en résulte que la capacité juridique et la capacité d'ester en justice de ladite société doit s'apprécier au regard du droit de l'État de sa constitution, lieu du siège social statutaire, en l'occurrence le droit néerlandais. Ce droit lui reconnaissant la capacité juridique, Überseering aurait du pouvoir ester en justice en Allemagne au regard du droit de l'Union. Si la capacité juridique des personnes morales, confrontée à la liberté d'établissement instituée par l'Union européenne, constitue un domaine pionnier dans le respect de situations constituées dans un autre État membre, il n'est pas le seul. Le phénomène s'est largement exprimé et répandu en matière de statut personnel, notamment en matière de noms, pour lequel s'est également le recours normal à leurs règles de conflit de lois de la part des États membres qui s'est révélé susceptible d'entraîner une violation des libertés instituées par l'Union européenne.

334. La très classique affaire *Garcia Avello*<sup>969</sup> concerne l'attribution du nom de famille à un mineur européen. Monsieur Garcia Avello, de nationalité espagnole, et madame Weber, de nationalité belge, sont mariés et résident en Belgique. De leur union naissent deux enfants possédant chacun la double nationalité belge et espagnole. Conformément au droit belge, sur l'acte de naissance des enfants figure le nom de famille de leur père. En effet, la règle de conflit belge en matière de nom prévoit que c'est la loi nationale des intéressés qui s'applique, conformément à l'article 3 du Code civil belge. Disposant de la double nationalité, les autorités belges ont donc appliqué leur propre loi. Il est à préciser qu'à la section consulaire espagnole en Belgique les intéressés avaient été enregistrés sous le nom de Garcia Weber, c'est-à-dire le premier nom de leur père et le nom de leur mère, comme le droit espagnol en offre la possibilité. Les parents s'opposant au refus de l'administration belge d'enregistrer leurs enfants sous le nom de Garcia Weber décident alors de porter l'affaire en justice. Sans entrer dans le détail de la procédure, suite à l'exercice des voies de recours internes les juridictions belges décident de se tourner vers la Cour de Justice en la saisissant d'une question préjudicielle sur la compatibilité de la solution retenue par le droit belge dans cette affaire avec le droit de l'Union. La question posée à la Cour porte sur le point de savoir

<sup>968</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 494, n° 223

<sup>969</sup> CJCE, 2 octobre 2003, C-148/02, Rec. 2003, I, p. 11613 : P. LAGARDE, Du nom d'un mineur européen disposant d'une double nationalité, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 184 s.

si les principes de droit européen en matière de citoyenneté européenne et de liberté de circulation doivent être interprétés comme empêchant l'autorité administrative belge, dans ce cas d'espèce, de refuser le changement de nom en faisant valoir que ce type de demande est habituellement rejeté au regard du fait qu'en Belgique les enfants portent le nom de leur père. Face à cette situation, la juridiction européenne décide que « *Les articles 12 CE et 17 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, l'autorité administrative d'un État membre refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre, alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second État membre* ». Afin de respecter le droit européen, les autorités belges ont donc été tenues de procéder au changement de nom des enfants de Garcia Avello en Garcia Weber, en contradiction avec la solution à laquelle aboutit la règle conflictuelle belge. Pour la Cour, le refus des autorités belges porte atteinte aux articles 12 et 17 du traité CE étant donné que les enfants portent des noms différents au regard de leurs deux lois nationales. Or pour la Cour, la diversité des noms de famille pour les intéressés est de nature à créer de sérieux inconvénients (paragraphe 36 de l'arrêt)<sup>970</sup>. On perçoit, dans le litige, la manière dont l'application de la règle de conflit peut aboutir au refus de reconnaître, en l'occurrence un élément, acquis conformément au droit d'un autre État membre. En effet, de leur double nationalité les enfants disposaient également d'un état civil en Espagne pour lequel le patronyme était Garcia Weber. Si les faits de l'espèce diffèrent d'une situation acquise dans un État étranger au travers de l'espace et du temps, il n'en demeure pas moins que pour l'ordre juridique espagnol le patronyme Garcia Weber avait été enregistré et le refus par les autorités belges de le reconnaître (sur le fondement de l'application de leur règle de conflit de lois), entraîne alors une violation du droit de l'Union. Cette solution n'est pas isolée et se rapproche de celle rendue quelques années plus tard dans l'affaire *Grunkin et Paul*, également en matière de nom patronymique.

335. Peut-être plus encore que les deux affaires présentées, la décision rendue dans l'affaire *Grunkin et Paul*<sup>971</sup> montre de quelle manière le recours aux règles normales de conflit de lois de la part des États membres dans le cadre de la circulation des situations juridiques relatives au statut personnel est à même d'entraîner une violation des libertés instituées par l'Union européenne. En matière de nom on peut désormais affirmer que le citoyen européen dispose du droit de circuler dans l'espace européen avec ses noms et prénoms, sans que l'État d'accueil ne

<sup>970</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 499, n° 224

<sup>971</sup> CJCE, 14 octobre 2008, C-353/06, Rec. 2008, I-07639

puisse, à raison de son droit national, refuser de le reconnaître ou le modifier<sup>972</sup>. Le 27 juin 1998 naît l'enfant du couple marié Grunkin et Paul. L'enfant né au Danemark possède exclusivement la nationalité allemande comme chacun de ses parents. La famille réside au Danemark. Le litige survient car les autorités allemandes refusent de reconnaître le nom de l'enfant tel qu'il avait été déterminé au Danemark, au motif que la loi applicable à la détermination du nom en Allemagne est la loi allemande (la loi nationale de l'enfant) et que celle-ci prohibe le double nom. Or au Danemark, l'enfant s'est vu attribuer le nom de ses deux parents, Grunkin-Paul. Si les juridictions allemandes refusent de reconnaître le nom attribué au Danemark, conformément à leur règle de conflit applicable en la matière, elles émettent également des doutes quant à la compatibilité de la solution retenue avec le droit de l'Union Européenne. Les juridictions allemandes interrogent donc à ce sujet la Cour de Justice, interrogation qui se résume ainsi : à la lumière des traités européens « *la règle de conflit allemande prévue à l'article 10 de l'EGBGB peut-elle échapper à la censure dans la mesure où elle rattache les règles régissant le nom d'une personne à la seule nationalité ?* »

336. Il est clair, dans cette affaire, que l'élément de nature à porter atteinte aux libertés garanties par le droit de l'Union Européenne est l'application par le for de reconnaissance - en l'espèce l'ordre juridique allemand - de sa règle de conflit eu égard à une situation établie dans un autre État membre, conformément à ses propres règles. C'est donc ici l'application de la règle de conflit du for qui représente l'éventuelle source de violation du droit de l'Union. En l'espèce la Cour va considérer que l'application des normes nationales aboutit effectivement à la violation des règles protégées par l'Union. Elle considère que dans les conditions de l'affaire le refus des autorités d'un État membre de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé dans un autre État membre, en application de leur droit national, incluant la règle de conflit de lois, est contraire à l'article 18 du Traité instituant la Communauté Européenne.

La solution à laquelle aboutit la Cour est de nature à démontrer de quelle manière l'application des règles de conflit de lois du for - pour déterminer la validité et par extension l'efficacité d'une situation juridique constituée à l'étranger, dans un autre État membre, peut porter atteinte au droit européen. Dans le cas d'espèce, la cristallisation de la situation juridique est vraisemblable dans la mesure où la famille Grunkin et Paul résidait habituellement au Danemark. Ainsi les effets du nom tel qu'attribué par le droit danois correspondaient à la réalité sociale quotidienne à laquelle était confrontée la famille Grunkin et Paul. Au regard de cette réalité non seulement sociale mais également juridique, l'existence d'une véritable situation juridique concernant l'élément patronymique de l'enfant Grunkin-Paul est probable. Le problème de droit international privé qui

---

<sup>972</sup> É. CORNUT, *op. cit.*, spéc. p. 39

se pose alors aux juridictions allemandes est celui, non pas du choix de la loi, mais celui de l'efficacité en Allemagne du nom de l'enfant tel qu'attribué au Danemark. La question de l'acceptation ou du rejet de son efficacité sur le sol allemand<sup>973</sup>. L'arrêt *Grunkein et Paul* montre de quelle manière, lorsqu'une situation juridique a pu se constituer à l'étranger, les solutions rigides dictées par les règles de conflit de lois, et pour lesquelles les adaptations sont très limitées, sont à même de porter atteinte aux finalités défendues par le droit de l'Union européenne, en l'occurrence à la citoyenneté européenne et la liberté de circulation qui lui est attachée<sup>974</sup>. La Cour rejette ainsi l'argument de la méthode conflictuelle pour justifier un refus de reconnaissance d'un élément du statut personnel, ici le nom patronymique. L'État membre est donc obligé de reconnaître une situation acquise dans un autre État membre sans considération pour ses règles de conflit de lois<sup>975</sup>.

337. Enfin, on observe également de quelle manière l'application de la méthode conflictuelle par le for de reconnaissance est aussi de nature à porter atteinte à l'harmonie internationale des solutions, rompant avec la solution danoise, et aux prévisions légitimes des parties, résidant au Danemark. Avec cette affaire, une nouvelle fois, on se rend compte de quelle manière le recours à la méthode conflictuelle traditionnelle concernant la circulation des situations juridiques est de nature à porter atteinte non seulement à l'harmonie internationale des solutions mais également, en l'espèce, aux règles européennes. Il convient donc, tant pour des raisons théoriques<sup>976</sup> et pratiques<sup>977</sup>, que pour favoriser le respect du droit européen, de constater que ce recours se révèle inadapté en matière de circulation internationale des situations juridiques. C'est ce que démontre, notamment, l'arrêt *Grunkein et Paul*. Si ces jurisprudences ne modifient pas les règles de conflit de lois des États membres elles affectent leur pertinence puisque dès qu'un nom ou encore la capacité juridique d'une personne morale a été attribué par un État membre, ces règles de conflit peuvent alors devoir s'effacer<sup>978</sup> pour permettre le respect du droit de l'Union européenne.

338. Enfin l'arrêt *Coman*<sup>979</sup>, rendu en 2018, même s'il ne repose pas sur le recours aux règles de conflit pour apprécier la situation juridique concernée, est intéressant. Il semble étendre

<sup>973</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s.

<sup>974</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, spéc. p. 175 s., n° 165

<sup>975</sup> É. CORNUT, *op. cit.*, spéc. p. 39

<sup>976</sup> V. *Supra*, p. 185 s., n° 283 s.

<sup>977</sup> V. *Supra*, p. 209 s., n° 315 s. - p. 213 s., n° 321 s.

<sup>978</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 502, n° 225

<sup>979</sup> CJUE, 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman*

la jurisprudence, relativement fournie en matière de noms, à la reconnaissance des mariages et du statut de conjoint dans l'objectif d'assurer le respect des libertés européennes. Brièvement, dans cette affaire, la Cour conclut à la violation de l'article 21 § 1 du TFUE. En l'espèce, le refus des autorités roumaines de reconnaître le mariage légalement conclu dans un autre État membre ferme, au conjoint du citoyen européen, l'accès au droit de séjour prévu aux familles des citoyens de l'UE conformément à la directive 2004/38<sup>980</sup>. C'est ce refus qui porte atteinte à l'article 21 § 1 TFUE, aux libertés des citoyens européens. En effet, les personnes unies légalement par les liens du mariage conformément au droit d'un État membre sont considérées comme conjoints au sein du droit de l'UE<sup>981</sup>. En ce sens, le conjoint doit bénéficier des droits et libertés de séjourner, en tant que membre de la famille d'un citoyen européen, sur le territoire d'un État membre conformément à l'article 7 § 2 de la directive n° 2004/38. C'est dans cette mesure que, si l'état des personnes dépend certes de la compétence des États membres, dans la mise en œuvre de leurs compétences les États membres doivent considérer les libertés européennes<sup>982</sup>. Dans le cadre de ces libertés l'ordre juridique roumain ne peut en l'espèce s'opposer à la reconnaissance du mariage légalement conclu dans un autre État membre au motif que l'ordre juridique roumain ne reconnaît pas le mariage entre personnes de même sexe<sup>983</sup>. Si cette affaire concerne donc l'accès à un droit de séjour pour un ressortissant d'un État tiers, conjoint d'un citoyen de l'UE, on voit de quelle manière l'accès à ce droit oblige l'État roumain à la reconnaissance de la situation matrimoniale des époux. Dans le cas inverse, en effet, on aboutit à une violation de l'article 21 § 1 du TFUE. La marche en faveur de la reconnaissance des éléments du statut personnel pour assurer le respect des libertés européennes semble s'étendre au-delà du nom.

339. Les solutions mises en avant des arrêts *Überseering*, *Garcia Avello* ou *Grunkin et Paul* ne sont pas exhaustives de la jurisprudence de la Cour de justice, elles ont avant tout pour objectif d'illustrer le potentiel d'atteinte au droit de l'Union européenne que constitue le recours à la méthode conflictuelle en matière de situations juridiques. On peut imaginer une extension matérielle de la jurisprudence de la CJUE obligeant les États membres à reconnaître l'ensemble des éléments du statut personnel d'un citoyen européen, comme les partenariats enregistrés ou les

<sup>980</sup> Directive 2004/38 CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) no 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE

<sup>981</sup> CJUE, 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman*, spéc. § 34

<sup>982</sup> CJUE, 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman*, spéc. § 38 - É. CORNUT, *op. cit.*, spéc. p. 45

<sup>983</sup> CJUE, 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman*, spéc. § 51

mariages homosexuels. Se pose aussi la question d'une éventuelle extension géographique. Pour reprendre l'exemple de l'affaire *Grunkin et Paul*, si l'enfant était né non pas au Danemark mais en Norvège, hors de l'Union Européenne, la non-reconnaissance de son nom en Allemagne ne lui porterait-il pas préjudice dans sa liberté de circuler sur le territoire de l'Union en tant que citoyen ?<sup>984</sup>. Dans l'affirmative la jurisprudence de la CJUE pourrait donc s'étendre et imposer plus encore aux États membres la reconnaissance d'éléments du statut personnel ou familial concernant des citoyens de l'Union européenne, pour des situations constituées hors du territoire de l'Union. Certes l'état des personnes dont il est question ici ne relève pas de la compétence de l'Union Européenne. Toutefois, dans l'exercice de cette compétence, les États doivent respecter le droit de l'UE auquel ils ont souverainement adhéré<sup>985</sup>. La liberté de circulation, pour laquelle l'application des règles conflictuelles en matière de statut personnel est susceptible d'entrer en opposition, entre dans ce schéma. Le droit européen mis en œuvre dans le cadre de l'Union européenne n'est toutefois pas le seul à subir des atteintes par la mise en œuvre de la règle conflictuelle du for s'agissant de la réception des situations juridiques qui se sont constituées à l'étranger, et y ont produit des effets conformément à notre critère de classification. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a aussi régulièrement relevé des violations de la Convention européenne des droits de l'Homme lors de la mise en œuvre, par le for, de ses règles de conflit de lois pour déterminer l'accueil d'un rapport juridique constitué hors de ses frontières.

## 2. La Convention Européenne des Droits de l'Homme

340. Dans la mesure où les États parties doivent respecter, notamment, la vie privée et familiale, un droit largement défendu par la Convention européenne des droits de l'Homme et mis en œuvre par la Cour, les personnes doivent jouir de l'unité de leur statut personnel. Le principe semble s'affirmer, le respect des situations juridiques en matière individuelle et familiale en tant que droit de l'Homme ne peut se concevoir dans la diversité des lois nationales. Les individus doivent pouvoir jouir d'une situation juridique une fois celle-ci acquise. L'application des règles de conflit ne saurait mettre en cause les droits fondamentaux<sup>986</sup>. Dès le départ, la Cour a en effet été guidée par le souci d'assurer à ces droits leur pleine effectivité. Elle a ainsi très vite reconnu que « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »<sup>987</sup>. Partant,

<sup>984</sup> P. LAGARDE, La reconnaissance mode d'emploi, *op. cit.*, spéc. p. 488 s.

<sup>985</sup> H. FULCHIRON, *op. cit.*, spéc. p. 7

<sup>986</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 156, n° 69

<sup>987</sup> CEDH, 9 octobre 1979, n° 6289/73, *Airey contre Irlande*



la Cour veille au respect des droits fondamentaux qu'elle protège de manière très concrète, l'arrêt *Wagner* en est une illustration.

341. Dans l'affaire *Wagner*<sup>988</sup>, un tribunal péruvien a prononcé l'adoption plénière d'un enfant au profit d'une femme célibataire de nationalité luxembourgeoise. L'adoptante va se confronter à un refus d'*exequatur* de la décision par les autorités luxembourgeoises. Précisons que le refus de l'*exequatur* était fondé sur une des conditions de l'efficacité des jugements étrangers qui existent au Luxembourg : que le juge étranger ait appliqué la loi qui aurait été applicable si les tribunaux luxembourgeois avaient été directement saisis de la demande ou du moins une loi qui produirait un résultat concret équivalent<sup>989</sup>. En effet, la décision de la Cour de cassation luxembourgeoise conclut que « *la décision péruvienne d'adoption plénière a été rendue en contradiction avec la loi luxembourgeoise de conflit de lois qui prévoit à l'alinéa 2 de l'article 370 du Code civil que les conditions requises pour adopter sont régies par la loi nationale de l'adoptant. Ainsi la Cour d'appel a fait l'exacte application de la loi sans violer la convention* » (Paragraphe 34 de l'arrêt de la Cour). La juridiction luxembourgeoise tire sa solution de l'article 370 alinéa 2 du Code civil luxembourgeois suivant lequel « *Les conditions requises pour adopter sont régies par la loi nationale du ou des adoptants* ». Après s'être vu refuser la reconnaissance de la décision d'adoption plénière péruvienne, la mère adoptive dépose une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme estimant que le refus d'*exequatur* porte atteinte à leurs droits, en tant qu'adoptant et adopté, au regard de l'article 8 de la CEDH (paragraphe 99 de l'arrêt de la Cour).

342. La Cour rappelle qu'« *en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille* ». En l'espèce, la requérante se comporte à tous égards comme la mère de la mineure depuis 1996, de sorte que des « *liens familiaux* » existent « *de facto* » entre elles (Paragraphe 117 de l'arrêt de la Cour). Ces éléments sont de nature à démontrer une approche concrète de l'appréciation des faits par la juridiction pour assurer le respect de la convention. Rappelant que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires, la Cour estime que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre un statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la convention. Cependant, les autorités nationales ont refusé la reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises (paragraphe 131 de l'arrêt de la Cour) sur la réalité

<sup>988</sup> CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, *Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg* : P. KINSCH, Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou, Rev. crit. DIP, 2007, p. 807 s.

<sup>989</sup> P. KINSCH, *op. cit.*, spéc. p. 807

sociale et sur la situation des personnes concernées (paragraphe 133 de l'arrêt de la Cour). La Cour arrive à la conclusion qu'en l'espèce, les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient *de facto* entre les requérantes. La Cour prend par ailleurs le soin de préciser que la Convention est « *un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles* ». Elle estime que les motifs invoqués par les autorités nationales - à savoir l'application stricte, conformément aux règles luxembourgeoises de conflits de lois, de l'article 367 du Code civil qui réserve l'adoption plénière aux époux - ne sont pas « *suffisants* » aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 (paragraphe 135 de l'arrêt de la Cour). Au vu de ces éléments, la Cour européenne conclut à la violation de l'article 8 de la convention par les autorités luxembourgeoises ayant refusé l'*exequatur*. L'arrêt vient heurter les conceptions traditionnelles d'un droit international privé évoluant avec des règles réputées neutres et soudainement confrontées aux valeurs humaines.

343. La décision est révélatrice de l'atteinte aux droits de l'Homme susceptible de résulter de l'application, par un système juridique, de ses propres règles de conflit pour déterminer les conditions de circulation et d'efficacité, sous l'angle de la validité en l'occurrence, d'une situation juridique constituée à l'étranger. Dans cette affaire il est aisé de le percevoir dans la mesure où cela est explicitement formulé par la Cour au paragraphe 131 de la décision qu'elle rend. C'est le maintien de l'application des règles de conflit luxembourgeoises concernant une situation juridique valablement créée à l'étranger qui entraîne la violation de l'article 8 de la Convention européenne. On a donc opposé à l'adoption péruvienne la règle de conflit luxembourgeoise désignant la loi nationale de la mère pour déterminer les conditions de l'adoption. C'est la source de la violation de l'article 8 de la convention par le Luxembourg en l'espèce. Ainsi, comme l'illustre cette affaire l'application de la méthode conflictuelle par le for de reconnaissance est de nature à entraîner une violation du droit européen incarné ici par la Convention européenne des droits de l'Homme. À l'image de la solution retenue par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Grunkin et Paul*, la Cour européenne dans l'affaire *Wagner* rejette le résultat auquel aboutit le recours à la méthode conflictuelle<sup>990</sup>, comme portant atteinte à la Convention européenne des droits de l'Homme qu'elle garantit. Dès lors, le refus de reconnaître une adoption prononcée à l'étranger, fondé sur le non-respect des règles de l'État d'accueil, est à même de violer le droit à la protection de la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>991</sup> dès lors que cette situation juridique dispose d'une certaine effectivité, comme le met en avant la Cour.

<sup>990</sup> É. CORNUT, *op. cit.*, spéc. 39

<sup>991</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, spéc. p. 177, n° 166

Pour éviter cela, l'éviction de la méthode conflictuelle semble d'autant plus impérieuse que la règle conflictuelle retient nécessairement un rattachement abstrait, puisque déterminé *a priori*. Ce rattachement abstrait est réfractaire à l'adaptation s'agissant de l'appréhension de situations juridiques concrètes. Il est donc difficilement envisageable que son application puisse faire l'objet d'adaptation pratique. Si une situation juridique valablement créée à l'étranger se présente au for de reconnaissance et doit être appréciée conformément aux règles de conflit de lois de ce dernier, la possibilité d'une correction pratique de la solution mise en œuvre par la règle de conflit se révèle complexe. Au-delà des éléments théoriques, il apparaît ainsi également que des raisons pratiques, en l'espèce le respect du droit européen, démontre qu'en matière de circulation internationale des situations juridiques le recours à la méthode conflictuelle semble particulièrement inadapté.

344. D'autres affaires traitées par la Cour européenne sont régulièrement mises en avant pour évoquer la reconnaissance des situations juridiques constituées à l'étranger, comme les affaires *Menesson*<sup>992</sup>, *Labassée*<sup>993</sup> ou encore *Négrépontis-Giannisis*<sup>994</sup>. Cependant nous n'avons pas souhaité les intégrer aux développements pour différentes raisons. Tout d'abord, dans les affaires *Menesson* et *Labassée*, le litige relevait du refus de transcription par les autorités françaises des actes de naissance, issus de jugements rendus aux Etats-Unis, sur les registres nationaux de l'état civil. Ici, ce n'est pas l'application de la règle de conflit de lois du for à la situation juridique qui s'opposait à la reconnaissance des décisions concernées. Par ailleurs il est désormais établi<sup>995</sup>, depuis l'arrêt *Cornelissen* rendu en 2007 par la Cour de cassation, que le respect de l'application de la règle désignée par les règles de conflit de lois ne fait plus partie des conditions de reconnaissance d'efficacité des décisions de justice en droit commun français. Partant, démontrer le caractère inadapté, au regard du droit européen, de l'application des règles de conflit de lois pour la réception de situations juridiques constituées à l'étranger se trouve ruiné. Dans ces affaires, ce n'est pas l'application des règles de conflit de lois par le for qui entraîne la violation de la Convention européenne. Ces décisions ne sont donc pas aptes, comme l'arrêt *Wagner* pour lequel le refus de reconnaissance provenait de l'application de la loi désignée par les règles de conflit de lois luxembourgeoises, à venir au soutien de la démonstration.

345. De même, dans l'arrêt *Négrépontis-Giannisis*, si le respect de la loi désignée par la règle de conflit figure au nombre des conditions de reconnaissance des décisions de justice étrangère en

<sup>992</sup> CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c. France*

<sup>993</sup> CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée c. France*

<sup>994</sup> CEDH, 3 mai 2011, n° 56759/08, *Négrépontis Giannisis c. Grèce*

<sup>995</sup> V. *Supra*, p. 120 n° 182

Grèce (Paragraphe 32 de l'arrêt), ce n'est pas sur ce fondement, mais sur celui de la violation de l'ordre public international que la décision américaine fut rejetée (Paragraphe 66 de l'arrêt). Ainsi pour les mêmes raisons, nous ne pouvons illustrer pour les situations juridiques constituées à l'étranger la violation du droit européen par l'application des règles de conflits, puisque le motif de refus de reconnaissance en Grèce ne résultait pas de la violation de la loi désignée par la règle de conflit. Seule la décision rendue dans l'affaire *Wagner* semble donc à même de venir à l'appui de notre démonstration, c'est la raison pour laquelle nous avons axé nos présents développements exclusivement sur cette affaire.

Comme l'a montré l'arrêt *Wagner*, dans son approche concrète, la contravention aux règles de conflit de lois importe guère à la Cour. Dans le cadre des droits protégés par la Convention, la Cour européenne se désintéresse totalement tant des solutions auxquelles aboutit l'application des règles de conflit de lois que des solutions retenues en matière d'efficacité des jugements étrangers. Seule compte une démarche pragmatique et concrète ayant pour objectif d'assurer le respect de ces droits une fois réalisés, « concrétisés »<sup>996</sup>, pour reprendre les termes de la Cour dans son avis consultatif sur l'affaire *Menesson*<sup>997</sup>. Si l'objet de la reconnaissance diffère suivant que l'on se place du point de vue du droit de l'Union européenne et des libertés instituées dans ce contexte ou du point de vue des droits et libertés fondamentales garanties par la Convention européenne des Droits de l'Homme, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence de ces cours aboutit à créer une dynamique de reconnaissance<sup>998</sup>. Pour cela il s'avère impossible d'ignorer ces impératifs européens qui se manifestent en pratique.

346. Si, en effet, l'application de la méthode du conflit de lois du for (concernant des situations juridiques cristallisées, et produisant leurs effets juridiques) est à même de se révéler inadaptée non seulement au regard des objectifs théoriques de la méthode conflictuelle mis en perspective avec le problème que posent les situations juridiques, mais également au regard de certains objectifs pratiques du droit international privé, on ne peut se contenter d'un tel constat. En effet, à la poursuite d'une solution opportune, il convient de déterminer de quelle manière peuvent être accueillies ces situations. Si la méthode du conflit de lois se révèle théoriquement et pratiquement inadaptée, il est alors nécessaire de confronter la réception des situations juridiques à la deuxième méthode de principe en droit des conflits : la méthode de la reconnaissance

<sup>996</sup> H. FULCHIRON et C. BIDAUD, Transcription dans l'affaire *Menesson* aujourd'hui. Et demain ?, D., 2019, p. 2228 s.

<sup>997</sup> CEDH, avis consultatif, 10 avril 2019, n° P16-2018-001 : D., 2019., p. 1084, spéc. paragraphe 17 de l'avis rendu par la Cour européenne

<sup>998</sup> H. FULCHIRON, *op. cit.*, spéc. p. 8

d'efficacité. Comme cela a été fait s'agissant de la méthode du conflit de lois, cette étape doit être à même d'indiquer si cette seconde méthode se montre, au contraire de la première, adaptée à la circulation internationale des situations juridiques entendues sur le fondement des effets juridiques.

## Section 2. La classification des actes à l'épreuve de la méthode de la reconnaissance

347. Au regard des méthodes de principe de résolution des conflits opposant d'un côté le conflit de lois, et de l'autre le conflit de juridictions au sein duquel se trouve la méthode de reconnaissance d'efficacité, une autre option est envisageable. Cette option consiste à abandonner le paradigme d'une méthode d'accueil basée sur un contrôle conflictuel en matière de situations juridiques et d'adopter une méthode qui ne subordonne pas la reconnaissance au respect de la loi désignée par la règle de conflit de l'État requis. C'est ce qu'on entend généralement par méthode de la reconnaissance<sup>999</sup>. Il s'agit donc de substituer à l'application de la méthode du conflit de lois en matière de situations juridiques internationales - qui, au regard du critère retenu des effets juridiques se révèle inadaptée tant sur un plan théorique que pratique - la méthode de la reconnaissance d'efficacité. L'objectif est alors de déterminer si la méthode de la reconnaissance se révèle mieux adaptée à appréhender les situations juridiques prises sur le fondement des effets juridiques dans le cadre de leur circulation internationale. Rappelons que la méthode de la reconnaissance d'efficacité s'applique en droit positif en matière de circulation internationale des jugements étrangers<sup>1000</sup>. Selon un auteur le regain d'intérêt que connaît la méthode de la reconnaissance d'efficacité et les interrogations quant à son domaine exact relèvent de deux facteurs. Tout d'abord un facteur politique. C'est notamment la globalisation qui implique un impératif d'exigence de cohérence des rapports juridiques internationaux, mais également la construction européenne impliquant un changement de paradigme<sup>1001</sup>. La mobilité induite par l'introduction de systèmes de transports efficaces et peu onéreux a favorisé l'avènement d'une ère de migration favorisant les situations juridiques internationales au XXI<sup>ème</sup> siècle, pour lesquelles les États européens constituent un terrain particulièrement fertile<sup>1002</sup>. Le second facteur est un

<sup>999</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, spéc. p. 180, n° 171

<sup>1000</sup> V. *Supra*, p. 98 s., n° 143 s.

<sup>1001</sup> C. PAMBOUKIS, La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance, *op. cit.*, spéc. p. 513

<sup>1002</sup> S. FULLI-LEMAIRE, Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations, Thèse dactyl., Paris II, 2017, p. 44, n° 23 - R. BARATTA, La

facteur technique et résulte de l'inadéquation de la règle de conflit classique à la reconnaissance des rapports privés effectivement créés<sup>1003</sup>. Le recours à la méthode conflictuelle, en matière de circulation de situations juridiques, se révèle méthodologiquement inadapté dès lors que l'on considère les effets juridiques<sup>1004</sup>. Ce constat oblige alors à s'interroger sur la pertinence du recours à la méthode de la reconnaissance d'efficacité concernant leur circulation internationale, comme seconde méthode de principe en droit des conflits. Pour autant, le facteur politique n'est pas non plus totalement absent. Dès lors que l'on considère le critère des effets juridiques, le recours à la méthode conflictuelle est d'autant plus susceptible de fausser les prévisions des parties mais également l'harmonie internationale des solutions que la mobilité internationale des personnes s'accroît et que les contacts avec divers ordres juridiques se multiplient. Ce constat oblige alors à penser une réglementation cohérente des rapports juridiques internationaux. Au-delà du critère technique qui joue un rôle central, le facteur politique n'est pour autant pas absent de la considération de la méthode de la reconnaissance en matière de circulation internationale des situations juridiques. La méthode de la reconnaissance d'efficacité des situations n'est pas une pure fiction ou vue de l'esprit. Si la pertinence théorique du recours à la méthode de la reconnaissance fait toujours débat en dehors des jugements étrangers il n'en demeure pas moins qu'en droit positif, la méthode de la reconnaissance a fait l'objet d'un nombre non négligeable d'illustrations et de mises en œuvre en dehors des jugements étrangers strictement (paragraphe 1). Ces illustrations sont à même de démontrer et d'appuyer la pertinence du recours à la méthode de la reconnaissance d'efficacité en matière de circulation internationale des situations juridiques produisant leurs effets substantiels (paragraphe 2).

## § 1. La consécration de la méthode de la reconnaissance

348. La méthode de reconnaissance d'efficacité des situations se trouve illustrée tant en droit comparé (A) qu'en droit conventionnel (B).

### A. La méthode de la reconnaissance en droit comparé

349. Nous avons choisi d'analyser deux législations étrangères, le droit néerlandais (1) et le droit suisse (2). Nos choix se sont portés sur ces législations dans la mesure où, non seulement

---

reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales, RCADI, 2011 (Vol. 348), p. 265 s., spéc. p. 272, n° 7

<sup>1003</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 513

<sup>1004</sup> V. *Supra*, p. 185 s., n° 283 s.

les exemples d'application de la méthode de reconnaissance des situations en droit comparé ne sont pas illimités, mais également parce que l'exemple fourni par ces législations illustre assez nettement l'adoption de la méthode. C'est une démonstration de la manière dont ces législations entendent régir les situations juridiques, ou certaines situations juridiques, constituées à l'étranger. En l'occurrence, elles l'entendent par l'éviction du raisonnement conflictualiste classique en matière de reconnaissance d'efficacité des situations juridiques étrangères et par le recours à la méthode de la reconnaissance.

## 1. Le droit néerlandais

350. Parmi les législations étrangères fournissant des exemples de l'adoption de la méthode de reconnaissance des situations, le droit néerlandais est particulièrement riche. Plusieurs dispositions en ce sens ont été adoptées aux Pays-Bas. Parmi celles-ci, l'une des principales est l'article 9 de la loi néerlandaise de droit international privé de 2011 (Loi du 19 mai 2011 établissant et instaurant le Livre 10 (Droit international privé) du Code civil néerlandais). Cette disposition est l'une des plus marquantes à double titre. En premier lieu, c'est une disposition générale qui ne concerne pas des rapports juridiques spécialement déterminés, comme les mariages ou le nom par exemple. En outre, elle est particulièrement intéressante dans la mesure où, non seulement les fondements mais également les justifications à l'adoption de cette disposition semblent prendre appui sur l'objet de notre classification des actes juridiques : les effets juridiques et la conséquence de la production des effets juridiques.

L'article 9 de la loi de droit international privé se lit comme suit : « *Lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un Etat étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaître de tels effets constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique.* »<sup>1005</sup>.

351. Cette disposition est une véritable consécration et peut-être la manifestation la plus pure, parce que générale et exempte de tout « rattachement », de l'adoption de la méthode de la reconnaissance des situations. La disposition présentée prévoit simplement que des effets attribués

---

<sup>1005</sup> P. LAGARDE, Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés, *in* La reconnaissance des situations en droit international privé, Pedone, 2013, Sous la direction de P. Lagarde, p. 19 s., spéc. p. 19 - D. VAN ITERSSEN, Loi du 19 mai 2011 établissant et instaurant le Livre 10 (Droit international privé) du Code civil néerlandais (Bulletin des lois 2011, n° 271), Rev. crit. DIP, 2012, p. 674

à un fait à l'étranger, c'est-à-dire la réalisation d'une situation juridique à l'étranger, sont susceptibles d'être reconnus aux Pays-Bas même si ces effets découlent de l'application d'une loi autre que celle désignée par la règle de conflit de lois néerlandaise. Le droit néerlandais par cette disposition décide donc, pour la reconnaissance des situations juridiques réalisées à l'étranger, de s'en remettre au droit international privé de l'ordre juridique faisant produire des effets juridiques à la situation. Le droit néerlandais laisse le droit étranger régir la situation juridique comme celui-ci l'entend. Ce droit n'est d'ailleurs pas nécessairement celui du lieu de réalisation du rapport juridique puisque aucun élément en ce sens ne ressort du texte. Partant, c'est en décidant de reconnaître les effets d'une situation juridique accordés par un État étranger à un fait - en application de son propre droit - et même lorsque ceux-ci dérogent à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais, que l'article 9 consacre la méthode de reconnaissance des situations juridiques et abandonne ainsi la méthode conflictuelle classique. L'ordre juridique néerlandais exclut le recours à sa propre règle de conflit de lois, et par conséquent évince la méthode conflictuelle, en prévoyant explicitement que ces effets peuvent être reconnus aux Pays-Bas « *même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais* ». Le fait qu'ils « *peuvent être reconnus* » aboutit à l'alternative d'acceptation ou de rejet caractéristique de la méthode de la reconnaissance.

352. On peut toutefois s'interroger sur les raisons de l'adoption d'une telle solution en droit néerlandais, c'est-à-dire s'interroger sur les fondements de l'adoption de la méthode de reconnaissance d'efficacité des situations en droit international privé néerlandais. À cet égard il ne semble pas nécessaire d'entreprendre des recherches exhaustives. Les fondements de l'adoption d'une telle disposition apparaissent, semble-t-il, distinctement dans la lettre du texte. Si le droit international privé néerlandais adopte la méthode de la reconnaissance des situations c'est, conformément à la lettre de l'article, à raison des effets juridiques attachés à la situation juridique par un État étranger. Le texte est clair et évoque les « *effets juridiques [sont] attachés à un fait* ». On s'interrogera alors sur les raisons pour lesquelles les effets juridiques justifient l'éviction de la méthode conflictuelle et l'adoption de la méthode de la reconnaissance ? Encore une fois, conformément aux dispositions de l'article 9, la loi prévoit que, le refus de reconnaître de tels effets pouvant constituer une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique, la méthode de reconnaissance des situations est adoptée. Au-delà des problèmes théoriques, la production des effets juridiques d'un rapport juridique est à même de développer la certitude chez les individus que leur situation juridique est régie par la loi lui faisant produire des effets. Les parties développent ainsi des prévisions, éventuellement légitimes, sur le fondement de l'application de cette loi. Remettre en question la réalité du rapport juridique pourrait constituer



« *une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique* ». C'est pourtant le résultat auquel pourrait aboutir le fonctionnement normal de la méthode conflictuelle dans la mesure où la règle de conflit, abstraite et rigide, est susceptible de désigner une loi autre que celle s'étant effectivement appliquée à l'étranger. Il convient alors, comme l'évoque la loi elle-même, d'ignorer le raisonnement conflictuel pour éviter ces violations inacceptables et satisfaire aux mieux aux prévisions légitimes des parties et à la sécurité juridique qui représentent des objectifs du droit en général et du droit international privé en particulier. Ainsi, tant les fondements de l'adoption de la méthode de la reconnaissance des situations que les causes de l'éviction de la méthode conflictuelle (selon l'article 9 de la loi de droit international privé néerlandaise du 19 mai 2011) semblent entrer en parfaite résonance avec notre proposition fondée sur les effets juridiques.

353. Si la disposition présentée est une disposition générale, l'article 10 : 31 du titre 10 du Livre 10 du Code civil néerlandais sur la reconnaissance des mariages conclus à l'étranger constitue un autre exemple de consécration de la méthode de la reconnaissance des situations en droit néerlandais. Toutefois il ne s'agit pas d'une disposition générale puisque ce texte régit spécialement les mariages conclus à l'étranger. L'article 10 : 31 s'intitule « *recognition of foreign marriages* », et dispose que « *A marriage that is contracted outside the Netherlands and that is valid under the law of the State where it took place or that has become valid afterwards according to the law of that State, is recognised in the Netherlands as a valid marriage.*<sup>1006</sup> »

354. La disposition présentée est très proche des termes de l'article 9 de la Convention de La Haye de 1978 sur la reconnaissance de la validité des mariages<sup>1007</sup>. Elle prévoit en substance qu'un mariage valable suivant le droit de l'État du lieu de sa célébration ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est reconnu comme un mariage valide aux Pays-Bas. Cette disposition constitue une nouvelle illustration de la méthode de reconnaissance des situations. En effet, pour déterminer la reconnaissance d'un mariage contracté à l'étranger, le droit international privé néerlandais ne s'en remet pas à ses propres règles de conflit de lois en matière de mariage, dont il fait totalement abstraction, mais, une nouvelle fois, au droit étranger, en l'espèce au droit de l'État de sa célébration. Il faut entendre par droit de l'État non seulement ses règles matérielles, mais également ses règles de droit international privé c'est-à-dire ses règles de conflit de lois. Ainsi, le raisonnement en terme conflictuel est ici également évincé. En lieu et place, c'est le droit du lieu

---

<sup>1006</sup> « *Un mariage contracté en dehors des Pays-Bas, valable en vertu du droit de l'État où il a eu lieu ou qui est devenu valide par la suite selon le droit de cet État, est reconnu aux Pays-Bas comme un mariage valide* »

<sup>1007</sup> V. *Infra*, p. 238, n° 361

de célébration du mariage qui en détermine la validité. Si le mariage est valable dans cet État, alors celui-ci, conformément à l'article 10 : 31, doit également être reconnu valable aux Pays-Bas. Dans le cas contraire, il doit être rejeté.

355. On voit ainsi de quelle manière le droit néerlandais a décloisonné le domaine de compétence traditionnel des méthodes du droit international privé et a réassigné à chacune un nouveau champ d'application. En effet, concernant les situations juridiques réalisées à l'étranger celui-ci méconnaît le raisonnement conflictuel traditionnel, parfois explicitement comme dans la loi du 19 mai 2011, et prévoit que la situation juridique est reconnue sous certaines conditions. Dans le premier exemple mentionné c'est lorsque des effets sont attachés à une situation juridique par un ordre juridique étranger, dans le second c'est lorsque le mariage est valable selon le droit de l'État de sa célébration. Le droit néerlandais n'est toutefois pas le seul droit étranger ayant admis, dans sa législation de droit international privé, l'application de la méthode de la reconnaissance des situations. Les dispositions adoptées en droit suisse constituent un autre exemple.

## 2. Le droit suisse

356. Le droit suisse, à l'instar du droit néerlandais, fournit divers exemples de l'adoption de la méthode de la reconnaissance des situations dans son droit interne. Toutefois, à la différence du droit néerlandais, il n'existe pas de disposition générale mais des dispositions spéciales, relatives à certaines catégories juridiques, adoptant un raisonnement en termes de reconnaissance. C'est le cas en matière de mariage ou en matière de reconnaissance volontaire de filiation. La mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance des situations résulte des dispositions adoptées par la loi fédérale suisse du 18 décembre 1987 (LDIP). Cette loi est une loi fédérale de droit international privé qui, comme le prévoit son article premier, régit en matière internationale la compétence des autorités, le droit applicable, les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, la faillite et le concordat et enfin l'arbitrage. Toutefois les dispositions qui nous intéressent particulièrement dans le cadre de nos présents développements concernent les dispositions des articles 45 et 73 de la loi du 18 décembre 1987, applicables spécialement aux mariages et aux reconnaissances volontaires de filiation survenus à l'étranger.

357. S'agissant des mariages, l'alinéa premier de l'article 45 de la loi suisse de droit international privé dispose qu'« *Un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse* ». Cette disposition est très proche de celle évoquée en matière de mariage en droit néerlandais. Encore une fois, ici le principe est celui de la reconnaissance des mariages valablement célébrés à l'étranger. La

solution, comme en droit néerlandais est particulièrement libérale dans la mesure où pour la reconnaissance en Suisse, seule peut suffire la validité du mariage dans l'État du lieu de sa célébration. Cela n'impose aucun rattachement supplémentaire quant à la provenance du mariage, tels l'État de la résidence habituelle ou du domicile des époux par exemple permettant alors d'exercer une forme de contrôle de compétence. Seule la constatation de la validité du mariage au regard du droit de l'État du lieu de célébration importe pour l'article 45 de LDIP. Il suffit donc que l'acte en tant que tel soit valable, fasse des époux des gens mariés et que le mariage n'ait pas fait l'objet d'une éventuelle annulation<sup>1008</sup> pour qu'il puisse être reconnu en Suisse.

358. Ainsi en matière de mariage conclu à l'étranger le droit suisse méconnaît tout raisonnement conflictuel pour affirmer explicitement que les mariages conclus à l'étranger sont reconnus en Suisse s'ils sont valablement célébrés à l'étranger, c'est-à-dire valables selon le droit de l'État de célébration. Dans le cas contraire, ils ne peuvent être reconnus et sont ainsi « rejetés ». C'est par cette manière de régir les mariages célébrés à l'étranger que le droit suisse instaure la méthode de reconnaissance des situations en la matière. Le même schéma a été adopté par le droit suisse concernant la reconnaissance de la validité des reconnaissances volontaires survenues à l'étranger. Dans ce domaine l'article 73 de la loi de droit international privé suisse instaure la méthode de reconnaissance. L'article 73 dispose que « *La reconnaissance d'un enfant intervenue à l'étranger est reconnue en Suisse lorsqu'elle est valable dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, dans son Etat national, dans l'Etat du domicile ou encore dans l'Etat national de la mère ou du père* ».

359. En matière de reconnaissance de filiation survenue à l'étranger le droit suisse s'en remet à la méthode de la reconnaissance d'efficacité<sup>1009</sup> dans la mesure où il se refuse à contrôler la validité du rapport juridique survenu à l'étranger au regard de la loi désignée par sa règle de conflit de lois en la matière, mais dispose que la reconnaissance volontaire survenue à l'étranger est reconnue en Suisse. Toutefois le libéralisme dans l'accueil des situations juridiques - existant en matière de reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger en droit suisse - est ici réduit. Effectivement, le droit suisse en matière de reconnaissance volontaire de filiation ne se contente pas de constater que la reconnaissance de filiation est valable au lieu où elle s'est réalisée pour la reconnaître en Suisse. Pour cela il convient en effet, comme le prévoit l'article 73 LDIP, que la reconnaissance de filiation soit valable selon le droit de l'État de la résidence habituelle de l'enfant,

---

<sup>1008</sup> B. DUTOIT, Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Helbing Lichtenhahn, 2016 (5ème édition revue et augmentée), p. 190

<sup>1009</sup> P. MAYER, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 560

selon le droit de son État national, selon le droit de l'État de son domicile ou encore selon le droit de l'État national du père ou de la mère. Cette règle ne constitue pas une règle de conflit dans la mesure où cette disposition assure la reconnaissance en Suisse à raison de la validité au regard du droit des États mentionnés dans la disposition, entendu largement. De notre point de vue, ce critère permet alors de s'assurer que le rapport juridique qui sera reconnu en Suisse est valable à l'égard de l'un des ordres juridiques disposant, aux yeux de l'ordre juridique suisse, d'un rattachement significatif eu égard au rapport de droit concerné, en l'occurrence ici l'établissement de la filiation par reconnaissance volontaire. Le droit suisse désamorce les accusations de laxisme dont ont pu être l'objet certaines dispositions, notamment de droit conventionnel, adoptant un raisonnement en termes de reconnaissance s'agissant de certaines situations juridiques. En effet, si le droit comparé, à l'image du droit néerlandais et du droit suisse, fournit des exemples de consécration de la méthode de la reconnaissance des situations en droit international privé, c'est également le cas en droit conventionnel.

## B. La méthode de la reconnaissance en droit conventionnel

360. La consécration de la méthode de la reconnaissance des situations en droit conventionnel relève principalement des travaux réalisés dans l'environnement de deux organisations internationales : la conférence de La Haye de droit international privé et la commission internationale de l'état civil (CIEC). C'est dans le cadre des travaux réalisés par ces deux organisations qu'ont été adoptées les principales conventions appliquant la méthode de la reconnaissance des situations juridiques. En leur sein, on peut identifier la convention de La Haye de 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages (1) adoptée par la conférence de La Haye de droit international privé. On peut également citer la convention du 16 septembre 2005 sur la reconnaissance des noms (2) et la convention du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés (3), adoptées pour leur part dans le cadre de la CIEC.

### 1. La Convention de La Haye de 1978 relative à la célébration et à la reconnaissance de la validité des mariages

361. La convention de La Haye de 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages est une parfaite illustration de l'approche fondée sur la méthode de la reconnaissance d'efficacité des situations juridiques<sup>1010</sup>. À ce propos, le chapitre 2 de la convention

---

<sup>1010</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 448, n° 199 - C. BRIÈRE, Cours de droit international privé, Gualino, 2017-2018 (1ère édition), p. 192, n° 859

s'intitule « *reconnaissance de la validité du mariage* ». L'article 7 reprend l'objet du chapitre 2 de la convention en précisant que ce « *chapitre s'applique à la reconnaissance dans un Etat contractant de la validité d'un mariage conclu dans un autre Etat* ». L'article 9 est la disposition clé de la convention en matière de reconnaissance d'efficacité. L'article 9 alinéa 1 de la convention dispose que « *le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'Etat de célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout Etat contractant* ». C'est une disposition quasi-identique à la disposition néerlandaise précédemment présentée en matière de reconnaissance des mariages conclus à l'étranger. Soulignons que cette convention n'est pas en vigueur en France qui ne l'a pas ratifiée.

362. L'article 9 constitue une disposition clé pour notre étude dans la mesure où il instaure la méthode de la reconnaissance dans la convention. Il prévoit que le mariage valablement conclu dans l'État de célébration est reconnu comme tel dans les autres États parties à la convention. Ainsi, la reconnaissance de la validité du mariage dans les autres États parties à la convention est seulement conditionnée à sa validité suivant le droit de l'État du lieu de sa célébration, auquel elle laisse le soin de régir le mariage selon son propre droit. Au moment où cette condition se réalise, et sauf motif particulier de refus de reconnaissance prévu aux articles 11 et 14 de la convention, le mariage valablement conclu dans l'un des États parties doit être considéré comme tel dans les autres États parties. Peu importe à cet égard que la solution déroge à celle résultant de la mise en œuvre de la règle conflictuelle du for concerné. C'est le principe de la méthode de la reconnaissance. La convention ne vise donc pas à mettre en place une règle de conflit commune aux États parties, ayant vocation à harmoniser le traitement des questions relatives à la validité des mariages entre les États parties, mais impose la reconnaissance du mariage valable selon le droit de l'Etat de célébration de celui-ci. L'approche réalisée par la Convention peut d'ailleurs lui valoir certaines critiques dans la mesure où celle-ci n'impose aucun critère de rattachement à l'État de célébration de la situation juridique, permettant une forme de contrôle. En effet, la Convention de La Haye de 1978 n'impose pas, par exemple, que l'État de célébration du mariage soit celui de la nationalité des ou de l'un des futurs époux, de la résidence habituelle de l'un des époux, ou de la résidence habituelle commune des époux. La convention fait le choix d'un régime libéral dont la reconnaissance se limite à constater que le mariage aura été valablement conclu dans l'État du lieu de sa célébration. Certains auteurs n'ont pas hésité à parler de laxisme la concernant<sup>1011</sup>. Aujourd'hui, seuls l'Australie, les Pays-Bas et le Luxembourg l'ont ratifiée.

---

<sup>1011</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, spéc. p. 339

363. Rappelons que la convention prévoit, en ses articles 11 et 14, des motifs permettant de s'opposer à la reconnaissance des mariages malgré leur validité au regard du droit de l'État du lieu de célébration. Les motifs de refus de reconnaissance prévus à l'article 11 concernent les situations de bigamie, les liens de parenté entre les époux, l'âge des époux, l'incapacité ou encore l'absence de consentement. Le motif de refus prévu à l'article 14, on ne peut plus classique, concerne pour sa part l'éventuelle contrariété manifeste à l'ordre public du rapport matrimonial. Si elle a pu faire l'objet de critiques, on voit néanmoins comment la convention de La Haye de 1978 met en place la méthode de la reconnaissance des situations et écarte tout raisonnement conflictuel classique en matière de validité des mariages.

364. Précisons enfin que l'article 9 ne porte que sur la reconnaissance de la validité des mariages et non pas sur les effets de ces derniers, lesquels demeurent soumis à la loi désignée par la règle de conflit du for applicable à l'effet considéré. Cette solution est, semble-t-il, de nature à porter atteinte à la cohérence internationale du mariage qui est susceptible d'être reconnu dans son principe, mais potentiellement dépouillé des effets qui lui étaient attachés au sein de l'ordre juridique d'origine de celui-ci, c'est-à-dire une forme de mariage « coquille vide »<sup>1012</sup>. Si malgré les restrictions relatives aux effets que nous venons d'évoquer cette convention est remarquable, car pionnière, depuis son adoption d'autres conventions internationales ont vu le jour et adopté un raisonnement en termes de reconnaissance des situations juridiques. C'est notamment le cas de certaines conventions adoptées sous l'égide de la commission internationale de l'état civil (CIEC).

## 2. La Convention CIEC du 16 septembre 2005 sur la reconnaissance des noms

365. Avant d'aborder la Convention de 2005 il convient d'évoquer la convention n° 19 signée à Munich le 5 septembre 1980, sur la loi applicable aux noms et prénoms. Cette convention, également conclue dans le cadre de la CIEC a voulu établir des règles communes de droit international privé en la matière en soumettant les noms et prénoms à la loi dont l'individu concerné est ressortissant. En matière de nom cette convention procède à un rattachement à la loi nationale. Elle applique un raisonnement conflictuel classique. En effet, l'article 1 de la Convention prévoit que la loi applicable à la détermination des noms et prénoms est la loi nationale de l'individu concerné. Elle met donc en place une règle de conflit entre les États parties, et ne raisonne pas en termes de reconnaissance. Pour autant cette convention laisse totalement de côté la problématique

---

<sup>1012</sup> V. *Infra*, p. 367 s., n° 548 s.

des binationaux ou des plurinationaux<sup>1013</sup>. En effet, imaginons la situation où un nom est attribué à un ressortissant d'un État contractant. Si l'individu, possédant une double nationalité, se rend dans l'autre État de sa nationalité, également contractant, celui-ci lui appliquera ses propres lois, comme lois nationales de l'individu concerné. Rien ne garantit que les noms attribués dans les deux États contractants de sa nationalité concordent et l'individu pourrait alors être confronté à une discontinuité de son statut personnel, en l'espèce de son nom, dans l'espace.

C'est justement l'un des problèmes que cherche à résoudre la Convention n° 31 du 16 septembre 2005 qui met en application la méthode de la reconnaissance des situations en matière de noms patronymiques.

366. Le dénominateur commun ou le rattachement permettant la reconnaissance des noms attribués à raison du mariage, divorce ou de la naissance est tout d'abord le critère de la nationalité. En effet la convention, en ses dispositions prévues aux articles 1<sup>1014</sup>, 2 alinéa 1<sup>1015</sup> et 4<sup>1016</sup>, prévoit la reconnaissance dans les autres États contractants du nom attribué dans l'un des États dont la personne, ou l'une des personnes concernées possède la nationalité. Par ailleurs, il existe un deuxième critère spécialement en matière de mariage et de divorce. Les noms attribués à raison de la déclaration faite par les époux dans le cadre du mariage ou du divorce doivent être reconnus dans les autres États contractants. Il convient toutefois pour cela que les noms attribués proviennent, soit de l'État de la nationalité de l'un des époux ou ex-époux, soit de l'État de la résidence habituelle des époux ou de leur dernière résidence habituelle en cas de divorce.

367. De même que la Convention de La Haye de 1978, la Convention de 2005 constitue une mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance dans la mesure où celle-ci n'établit pas une règle de conflit conventionnelle qui serait appliquée par l'ensemble des États contractants - comme

---

<sup>1013</sup> P. LAGARDE, La convention de la CIEC sur la reconnaissance des noms, AJF, 2009, p. 213 s., p. 213

<sup>1014</sup> « En cas de mariage d'une personne ayant la nationalité d'un État contractant, la déclaration faite par les époux sur le nom qu'ils porteront pendant le mariage ou par l'un d'eux sur le nom qu'il portera pendant le mariage est reconnue dans les États contractants si elle est faite dans un État contractant dont l'un des époux possède la nationalité ou dans l'État contractant de la résidence habituelle commune des époux au jour de la déclaration ».

<sup>1015</sup> « En cas de dissolution ou d'annulation du mariage, la déclaration par laquelle l'époux ou l'ex-époux, ressortissant d'un État contractant, reprend un nom qu'il portait antérieurement ou choisit de conserver le nom qu'il portait pendant le mariage, est reconnue dans les États contractants si elle est faite dans l'État contractant ou l'un des États contractants dont cet époux ou ex-époux a la nationalité ou dans l'État contractant de sa résidence habituelle au jour de la déclaration ».

<sup>1016</sup> « Le nom attribué dans l'État contractant du lieu de sa naissance à un enfant possédant deux ou plusieurs nationalités est reconnu dans les autres États contractants si cet État est l'un de ceux dont cet enfant a la nationalité ».

le fait la Convention du 5 septembre 1980 - mais détermine un critère permettant la reconnaissance des noms au sein des États contractants. En l'occurrence le nom attribué doit provenir, suivant les cas, soit de l'État de la nationalité, soit de l'État de la résidence habituelle des individus concernés, comme le prévoient les articles 1, 2 et 4 de la convention. Le laxisme que l'on a pu reprocher à la convention de La Haye de 1978 est ici réduit dans la mesure où, si le nom ne doit pas nécessairement être celui attribué en raison de la loi applicable - conformément aux règles de conflit du for de reconnaissance - le nom attribué doit provenir de l'État de la nationalité ou de la résidence habituelle des personnes concernées suivant les cas. La convention met ainsi en place un critère permettant une forme de contrôle de la compétence de l'ordre juridique qui s'est effectivement appliqué pour permettre la reconnaissance au sein des États contractants des noms attribués dans un autre État.

368. Enfin, il convient de préciser que l'article 7 pose une limite à la reconnaissance des noms. Condition classique à la reconnaissance d'efficacité, le nom attribué ne doit pas être manifestement contraire à l'ordre public du for de reconnaissance. C'est, dès lors que les conditions prévues aux articles 1, 2 et 4 sont remplies, le seul motif permettant aux États de s'opposer à la reconnaissance des noms attribués dans les autres États contractants. Si les noms attribués proviennent donc de l'État de la nationalité ou de la résidence habituelle suivant les cas, comme l'impose la convention, les États parties sont tenus de reconnaître les noms attribués dans ces États, sauf éventuelle contrariété à l'ordre public du for de reconnaissance du nom attribué. Il importe peu que les noms à reconnaître ne soient pas les mêmes que ceux attribués en application des règles conflictuelles du for de reconnaissance. La convention fait donc totalement abstraction de la méthode conflictuelle. Comme l'affirme le Professeur Lagarde : « *L'originalité de la convention tient à l'utilisation de la méthode de la reconnaissance des situations par opposition à celle du conflit de lois. Elle laisse les États contractants libres de fixer comme ils l'entendent les règles d'attribution du nom, règles matérielles et règles de conflit, mais elle les oblige à reconnaître le nom attribué à une personne dans un autre État contractant, même selon une loi différente de celle qu'ils auraient appliquée, dès lors que cette personne avait avec cet autre État contractant certains liens de rattachement qu'elle définit.* »<sup>1017</sup>. En l'espèce les liens de rattachement retenus par la convention sont, suivant les situations, la nationalité ou la résidence habituelle.

### 3. La Convention CIEC du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés

---

<sup>1017</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 213



369. La CIEC a aussi utilisé la méthode de la reconnaissance lors de l'adoption de la convention du 5 septembre 2007 relative aux partenariats enregistrés afin d'assurer la continuité des statuts des partenaires dans les autres États contractants. Cette convention non plus n'est pas en vigueur en France<sup>1018</sup>. Il s'agit de la convention n°32 de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés qui suit le même principe<sup>1019</sup> que celui précédemment exposé. Les articles 2 et 3 prévoient que le partenariat enregistré conclu dans un État et les effets en matière d'état civil sur les personnes liés à la conclusion de ce partenariat sont reconnus dans les autres États contractants. En matière spécialement de nom, l'article 5 prévoit qu'en cas de conclusion ou de dissolution d'un partenariat enregistré, la déclaration faite par le partenaire ou ex-partenaire ou par les partenaires sur le nom qu'il portera ou qu'ils porteront après la conclusion ou la dissolution du partenariat enregistré est reconnue dans les autres États contractants. Il convient toutefois que cette déclaration soit faite dans l'État dont l'un des partenaires possède la nationalité ou dans l'État de la résidence habituelle commune en cas de conclusion du partenariat enregistré. En cas de dissolution du partenariat, cette déclaration sera faite dans l'État de la nationalité ou de la résidence habituelle de l'un des ex-partenaires.

370. Ainsi, en matière non pas de reconnaissance du partenariat en soi mais de la reconnaissance des effets des partenariats enregistrés en matière de nom, le critère retenu par la convention de 2007 est soit la nationalité, soit la résidence habituelle. Le nom attribué doit être reconnu dans les autres États contractants lorsque la déclaration s'est réalisée soit dans l'État de la nationalité de l'un des partenaires soit dans l'État de la résidence habituelle commune des partenaires lors de la conclusion d'un partenariat. Enfin en cas de dissolution d'un partenariat, le nom attribué doit être reconnu dans les autres États contractants lorsque la déclaration s'est réalisée soit dans l'État de la nationalité de l'un des ex-partenaires, soit dans l'État de la résidence habituelle de l'un des ex-partenaires. L'instrument prévoit également des limites à la reconnaissance, non seulement des partenariats enregistrés, mais également à la reconnaissance des effets en matière d'état civil du partenariat enregistré. Ces limites sont énumérées à l'article 7 de la convention et sont au nombre de six. Parmi celles-ci se trouvent, le degré de parentalité entre les partenaires, le fait pour l'un ou les deux partenaires d'être déjà engagé dans les liens du mariage ou d'un partenariat avec une tierce personne, l'éventuelle incapacité ou l'absence de consentement de l'un des partenaires, ou encore la condition classique d'absence de contrariété à l'ordre public.

---

<sup>1018</sup> C. BRIÈRE, *op. cit.*, p. 192, n° 862

<sup>1019</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 449, n° 199

Les six conditions énumérées à l'article 7 de la Convention n° 32 de Munich du 5 septembre 2007 sont susceptibles d'être opposées par les ordres juridiques comme motif de refus de reconnaissance du partenariat enregistré présenté.

371. Comme cela a été mis en avant à l'égard de la convention relative à la reconnaissance des noms conclue dans le cadre de la CIEC, la présente convention privilégie la méthode de reconnaissance des situations. Comme la précédente convention elle a pour caractéristique, en rupture nette avec la méthode conflictuelle classique, d'ignorer la règle de conflit bilatérale, au sens d'un critère prédéterminé de validité au regard de l'ordre juridique du for<sup>1020</sup>. Elle laisse les États créer les statuts juridiques en application de leurs propres règles, notamment conflictuelle. En revanche, elle impose la reconnaissance des partenariats enregistrés dès lors que ceux-ci respectent les conditions fixées par la convention elle-même. Il importe peu que le statut juridique créé le soit en contradiction avec les règles applicables dans l'ordre juridique de la reconnaissance. Il s'agit ainsi de donner effet à une situation consacrée à l'étranger sous l'empire d'une loi donnée, en dehors de toute appréciation de l'applicabilité de celle-ci selon la règle de conflit du for<sup>1021</sup>. Cette convention représente ainsi une nouvelle application, dans un cadre conventionnel, de la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance des situations. La bilatéralité est aujourd'hui en passe de se marginaliser face à l'exigence de reconnaissance de situations acquises - peu importe selon quelle loi - au-delà des frontières<sup>1022</sup>. Si l'application de la méthode bilatérale classique est en passe de se marginaliser, c'est en raison de l'efficacité du choix de la méthode de reconnaissance en matière de circulation internationale des situations juridiques, notamment lorsque l'on considère le critère des effets juridiques.

## § 2. L'efficacité de la méthode

372. La question s'est posée de savoir si l'on devait aborder la méthode de la reconnaissance d'efficacité au singulier ou au pluriel. Convient-il de parler des méthodes ou simplement de la méthode de reconnaissance d'efficacité ? En effet le terme « méthode de la reconnaissance » peut paraître trompeur. Il donne le sentiment d'une méthode unique alors qu'en réalité cette méthode se retrouve en doctrine et en droit positif sous diverses formes<sup>1023</sup>. Ceci dit, il

<sup>1020</sup> G. GOLDSTEIN et H. MUIR-WATT, La méthode de la reconnaissance à la lueur de la convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés, JDI, 2010, p. 1085 s., spéc. n° 2

<sup>1021</sup> G. GOLDSTEIN et H. MUIR-WATT, *op. cit.*, spéc. n° 2

<sup>1022</sup> G. GOLDSTEIN et H. MUIR-WATT, *op. cit.*, spéc. n° 3

<sup>1023</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, spéc. p. 180, n° 171

semble que l'usage de l'un ou de l'autre des termes, au singulier ou au pluriel, est susceptible de se révéler exact, renvoyant toutefois à des réalités différentes.

373. Il peut tout d'abord être fait référence à la méthode de la reconnaissance des situations. Dans cette acception, le terme renvoie au principe d'application de la méthode dans le cadre de la méthodologie du droit des conflits. La méthodologie du droit des conflits connaît deux versants principaux renvoyant aux deux méthodes distinctes : la méthode du conflit de lois d'un côté et la méthode du conflit de juridictions au sein duquel on distingue les règles de compétence directe des juridictions et l'efficacité des jugements étrangers. Dans ce cadre il peut être fait référence à la méthode de la reconnaissance au singulier pour désigner une méthode prospective qui appréhenderait d'un même mouvement toutes les situations juridiques nées à l'étranger, qu'elles découlent d'un jugement, d'un acte public ou encore d'un rapport *ex lege*<sup>1024</sup>. Il s'agit ainsi de la référence au principe du recours à la méthode de reconnaissance par opposition à l'autre méthode de principe dans le cadre de la méthodologie du droit des conflits, la méthode du conflit de lois. Ainsi, évoquer la méthode de reconnaissance d'efficacité au singulier paraît renvoyer à l'opposition de principe dans le cadre de la méthodologie du droit des conflits en droit international privé.

374. Il arrive également que les méthodes de la reconnaissance soient évoquées au pluriel<sup>1025</sup>. Dans ce cas il semble que le terme soit employé à dessein dans une démarche pratique et pragmatique visant à distinguer la reconnaissance des décisions de justice étrangère d'une part et la reconnaissance des situations juridiques ne provenant pas strictement d'une décision de justice d'autre part. Rappelons en effet qu'une décision de justice, acte volitif, est un acte particulier que le tiers instrumentaire aura purgé de ses vices éventuels et qui en principe ne peut être remise en cause sauf par l'exercice des voies de recours. En cela elle diffère des situations juridiques, ne provenant pas strictement d'une décision et qui demeurent susceptibles d'une action en contestation du contenu<sup>1026</sup>. Partant, la méthode de la reconnaissance des situations n'est pas la méthode de la reconnaissance des décisions, mais elle l'imite<sup>1027</sup>. Lorsque les méthodes de la reconnaissance sont évoquées au pluriel c'est alors pour distinguer, dans une démarche pratique, reconnaissance des décisions d'un côté et reconnaissance des situations de l'autre<sup>1028</sup>.

---

<sup>1024</sup> S. FULLI-LEMAIRE, La reconnaissance : méthode(s) ou principe ?, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 160 s., spéc. p. 162, n° 151

<sup>1025</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 547 s.

<sup>1026</sup> V. *Supra*, p. 98 s., n° 142 s.

<sup>1027</sup> V. *Supra*, p. 244 s., n° 372 s.

<sup>1028</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, spéc. p. 163, n° 151

375. L'usage du terme au singulier ou au pluriel apparaît alors correct pour autant qu'il renvoie à des réalités différentes. La méthode de la reconnaissance au singulier renvoie - concernant les situations juridiques - au principe du recours à la méthode de reconnaissance d'efficacité telle qu'on la retrouve traditionnellement en matière de conflit de juridictions, dans le cadre de l'opposition méthodologique de principe entre le conflit de lois et le conflit de juridictions. À l'inverse, une fois le recours au principe de la méthode retenue, les méthodes de la reconnaissance d'efficacité au pluriel visent, dans une démarche pragmatique et pratique, à distinguer l'application de la méthode de la reconnaissance suivant que la norme concrète catégorique et non-permanente étrangère provient d'une décision de justice ou non.

376. On s'accorde désormais pour dire qu'une « décision », c'est-à-dire une norme concrète, catégorique et non-permanente, n'émane pas nécessairement du pouvoir judiciaire et qu'elle n'est pas nécessairement non plus le produit d'un litige<sup>1029</sup>. Dès la fin du XX<sup>ème</sup> siècle on s'est interrogé sur le point de savoir si le régime réservé jusqu'à présent aux jugements étrangers pouvait s'étendre à des droits ou des situations acquises à l'étranger autrement que par un jugement. En effet, une part significative des questions auxquelles est soumis le droit international privé contemporain de la famille notamment, est susceptible d'être formulée en termes de reconnaissance. Cela peut être le cas concernant une filiation, un mariage, un élément de l'état civil, *etc.*... Ces analyses relèvent très largement de la construction doctrinale, même si certaines manifestations originales commencent à apparaître comme avec l'article 311-24-1 du Code civil introduit par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle<sup>1030</sup>. Si cette disposition n'évoque pas directement la reconnaissance, elle en adopte la logique. Elle prévoit en effet que s'agissant d'un enfant français, « *la transcription de l'acte de naissance de l'enfant doit retenir le nom de l'enfant tel qu'il résulte de l'acte de naissance étranger* ». L'article 311-24-1 du Code civil, en précisant que l'acte de naissance « *doit retenir le nom de l'enfant tel qu'il résulte de l'acte de naissance étranger* », s'en remet à la solution retenue par le droit étranger, faisant abstraction et s'abstenant de toute référence à sa propre règle de conflit de lois en la matière. C'est en cela que cette disposition adopte un raisonnement en termes de reconnaissance. Toutefois cette disposition concernant l'établissement du nom d'un enfant français tel qu'il résulte de l'acte de naissance étranger reste exceptionnelle en droit commun.

<sup>1029</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s. - L. BARNICH, *op. cit.*, p. 160, n° 139

<sup>1030</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, spéc. p. 161, n° 148

377. Il s'agit, concernant les situations juridiques, de trouver un nouveau fondement juridique permettant de faire prévaloir le respect de ces situations quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit du for<sup>1031</sup>. La règle de conflit de lois est susceptible de représenter un obstacle à la considération d'une loi étrangère ayant marqué de son empreinte une situation juridique. S'est alors développée l'idée de considérer cette règle comme inapplicable et de s'en remettre à une recherche autonome, indépendante de la règle de conflit du for favorisant par cela le respect des effets produits à l'étranger. D'où l'idée qu'une véritable méthode de reconnaissance d'efficacité pourrait offrir le fondement à cela<sup>1032</sup>. On peut s'interroger sur ce qu'est la méthode de reconnaissance. En effet, en l'absence de décision judiciaire le domaine peut sembler flou. Elle vise à reconnaître des droits, à reconnaître l'efficacité de ces derniers, sans pour autant déduire leur existence d'une décision de justice, ou de la loi désignée par la règle de conflit de lois<sup>1033</sup>. Pour une large part, la méthode de la reconnaissance n'est que l'une des solutions du conflit de systèmes<sup>1034</sup>. Ainsi il faut bien avoir présent à l'esprit que, concernant les actes juridiques, la reconnaissance des situations se situe sur l'autre versant du droit international privé que la méthode de la reconnaissance des décisions mais elle l'imite<sup>1035</sup> pour des raisons liées en théorie à la cristallisation de la situation juridique. La méthode de la reconnaissance favorise, parce qu'elle le peut en matière de situations juridiques cristallisées, une approche concrète de la situation juridique s'émancipant de l'appréciation abstraite de la méthode conflictuelle. Au-delà des arguments théoriques, en pratique cette approche est un élément primordial pour assurer le respect du droit européen, des prévisions légitimes des parties et l'harmonie internationale des solutions<sup>1036</sup>. La méthode de la reconnaissance fait abstraction de la règle de conflit classique. Dès qu'une situation s'est valablement constituée pour le pays qui a concouru à sa naissance, il importe peu que la loi qui a présidé à sa constitution soit ou non celle du rattachement le plus significatif tel que le for le conçoit<sup>1037</sup>. La reconnaissance n'est pas subordonnée au fait de constater que la situation juridique a été constituée valablement au regard de la loi désignée par la règle de conflit du for<sup>1038</sup>. C'est un élément essentiel du choix de la méthode. À cet égard, la méthode de la reconnaissance n'est pas neutre, comme on l'entend d'ailleurs classiquement de la règle de conflit de lois, elle favorise

<sup>1031</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 438, n° 194

<sup>1032</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 439 s., n° 196

<sup>1033</sup> P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 548, n° 2

<sup>1034</sup> P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 548, n° 2

<sup>1035</sup> P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 560, n° 26

<sup>1036</sup> V. *Supra* p. 208 s., n° 314 s. - P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 562, n° 29

<sup>1037</sup> G. P. ROMANO, La bilatéralité éclipse par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 457 s., spéc. p. 487

<sup>1038</sup> P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 560, n° 27

l'alignement de la réalité juridique sur la situation de fait<sup>1039</sup>. En effet, la spécificité de la méthode de la reconnaissance ici évoquée consiste dans l'accueil des situations telles qu'elles sont dégagées directement de la loi qui leur est applicable à l'étranger, quelle que soit par ailleurs la loi désignée par les règles de conflit attributives de l'État du for<sup>1040</sup>. La méthode de la reconnaissance devrait alors permettre de réduire la survenance de situations boîteuses par la suppression d'une cause majeure de refus de reconnaissance : le non-respect de la règle de conflit de l'État d'accueil<sup>1041</sup>. Elle se révèle par cela apte à favoriser la réalisation de l'harmonie internationale des solutions et le respect des prévisions légitimes des parties et ainsi favoriser le respect de certains objectifs pratiques du droit international privé. La méthode de la reconnaissance d'efficacité favorise une appréhension concrète des situations juridiques dépourvue de tout *a priori*. Si l'on souhaite faire preuve de réalisme, force est d'admettre que le respect des prévisions des parties, notamment, suppose la reconnaissance du point de vue normatif concrètement entretenu sur la situation individuelle par l'ordre juridique étranger<sup>1042</sup>.

378. L'application, l'observation ou la considération et le respect du droit étranger seraient ainsi résolus sur la base de la méthode de la reconnaissance. Ayant pour objectif de favoriser l'alignement de la situation juridique sur la situation de fait, la contrepartie en serait l'absorption du conflit de lois. La situation est alors reconnue sur le fondement de la loi qui s'est effectivement appliquée. De ce fait elle priverait de leur objet les règles de conflit de lois du for<sup>1043</sup> en matière de situations juridiques constituées à l'étranger. Il apparaît précisément que le problème de droit international privé que pose une situation juridique constituée à l'étranger est un problème d'efficacité<sup>1044</sup>. La situation juridique produisant ses effets substantiels constitue une situation concrète, catégorique et non-permanente qui a la structure d'une décision, norme concrète. Ces êtres juridiques ne posent pas un problème de droit international privé impliquant un choix de lois. Ils posent un problème d'efficacité en droit international privé, c'est-à-dire un problème d'acceptation ou de refus. Il ne s'agit pas d'un problème de désignation de la loi applicable dans le cadre d'un choix, mais d'un problème d'efficacité.

<sup>1039</sup> P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 564, n° 33

<sup>1040</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 463, n° 206

<sup>1041</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, spéc. p. 181, n° 171

<sup>1042</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, spéc. p. 327, n° 17

<sup>1043</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 444, n° 197

<sup>1044</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s.

379. Il est de ce point de vue tout à fait opportun de souligner que l'alternative d'acceptation ou de rejet constitue justement l'objet de la méthode de reconnaissance. Comme on le constate en matière de conflit de juridictions et de réception des décisions de justice étrangères, la méthode de la reconnaissance offre une alternative simple. Elle consiste pour le for, soit à accepter la reconnaissance d'efficacité, soit à la refuser et à rejeter ainsi l'efficacité de la décision de justice étrangère<sup>1045</sup>. L'alternative en laquelle consiste la méthode de la reconnaissance épouse alors parfaitement le problème de droit international privé que posent les situations juridiques constituées à l'étranger. La situation juridique est-elle susceptible d'être reconnue efficace, ou non, au for de reconnaissance ? Peut-elle y produire ses effets juridiques substantiels ? Cela prive effectivement, il semble, la méthode du conflit de lois de son objet en matière de situations juridiques constituées à l'étranger. Telle est également l'analyse du Professeur Pamboukis lorsqu'il affirme que ce qui distingue essentiellement la méthode de la reconnaissance de la méthode du conflit de lois c'est sa fonction, qui est de confirmer et recevoir un rapport juridique déjà existant au for de reconnaissance<sup>1046</sup>. L'opportunité d'appliquer cette méthode aux situations juridiques constituées à l'étranger se précise.

380. Dans sa thèse, le Professeur Mayer estime que, concernant les décisions, la prétention des individus au for de reconnaissance relève de l'efficacité de la décision quant à la solution du problème de droit privé. C'est ici le problème de droit international privé posé par la décision<sup>1047</sup>. Il apparaît donc que concernant tant les décisions de justice étrangères que les situations juridiques constituées à l'étranger - produisant leurs effets et disposant des caractères de la décision<sup>1048</sup> - le problème de droit international privé soulevé par ces normes soit un problème d'efficacité de la norme d'origine étrangère et non pas un problème de choix de la règle applicable. La réponse au problème d'efficacité internationale constitue justement l'objet de la méthode de la reconnaissance, ce qui renforce l'opportunité d'appliquer la méthode de la reconnaissance s'agissant des situations juridiques internationales produisant leurs effets substantiels.

381. Pour Pierre Mayer, l'identification de la question de droit qui est posée est un élément permettant de déterminer si un rapport juridique est régi par une règle ou une décision<sup>1049</sup>.

---

<sup>1045</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 96, n° 132

<sup>1046</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 533 s.

<sup>1047</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 98, n° 134

<sup>1048</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s.

<sup>1049</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 64, n° 94

La question permet de savoir si le problème de droit international privé pose un problème de choix de lois ou d'efficacité. La question de droit régie par une décision a une structure aussi simple que la décision elle-même. Une partie demande que soit consacré un certain état de droit et cet état de droit ne se présente pas, comme les questions de droit régies par des règles, comme la conséquence de la réunion d'un certain nombre de faits<sup>1050</sup>. À cet égard, lorsqu'une question de droit est régie par une décision, au sens large, cette décision ou norme catégorique fait partie de la question de droit. Elle est un élément du problème de droit international privé<sup>1051</sup>. Il est donc inutile de la rechercher comme on recherche une loi applicable<sup>1052</sup>.

382. De ce point de vue, la situation juridique produisant ses effets, norme concrète, est un élément du problème de droit international privé. L'idée d'un choix la concernant est donc inadaptée dans la mesure où il ne correspond pas au problème de droit international privé qu'elle soulève, comme l'ensemble des situations juridiques. Dans le choix du recours à l'une ou l'autre des méthodes, il convient donc de distinguer si la norme étrangère est une norme abstraite, hypothétique et permanente disposant des caractères de la règle. Dans ce cas le problème est un problème de désignation de la loi applicable à un rapport juridique dans le cadre d'un choix, c'est-à-dire un problème de conflit de lois. Si la norme étrangère est une norme concrète, catégorique et non-permanente disposant des caractères de la décision, le problème est un problème d'efficacité c'est-à-dire d'acceptation ou de rejet de la situation juridique. Ce second problème est celui posé par les situations juridiques internationales produisant leurs effets substantiels et correspond au problème de droit international privé qu'a vocation à résoudre la méthode de la reconnaissance d'efficacité. À la différence de la méthode du conflit de lois qui - concernant les situations juridiques produisant leurs effets substantiels - se révèle inadaptée tant au regard des objectifs théoriques poursuivis par la méthode que des objectifs pratiques du droit international privé, la méthode de la reconnaissance se révèle pour sa part épouser parfaitement le problème posé par les situations juridiques internationales. Ainsi, tant les objectifs théoriques de la méthode de la reconnaissance, que la poursuite de la réalisation des objectifs pratiques du droit international privé en font une méthode qu'il convient de privilégier pour appréhender - dans le cadre de leur circulation internationale - les situations juridiques constituées à l'étranger et produisant leurs effets substantiels.

---

<sup>1050</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 92, n° 126

<sup>1051</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 94, n° 128

<sup>1052</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 98, n° 135



383. En matière de validité, on pourrait toutefois se voir opposer l'interrogation classique sur le point de savoir comment déterminer si une situation juridique est valable si l'on n'est pas parti de la loi applicable à ses conditions de validité ? Comme le relève le Professeur Pamboukis, ici c'est confondre la création de la situation juridique avec son existence donc sa confirmation, ou, comme nous l'évoquons, c'est confondre sa création avec son efficacité dans un ordre juridique qui n'est pas celui de sa création. En effet, le fait qu'une situation juridique ne soit pas purgée de ses vices éventuels par un juge ne remet pas en cause son existence dans l'ordre juridique qui s'est effectivement appliqué à sa création<sup>1053</sup>.

384. Il est certain que l'acte n'a pas été purgé de ses vices éventuels. Il doit pouvoir faire l'objet d'un recours, éventuellement en nullité du contenu. Toutefois, les juridictions compétentes ne devraient pas, selon nous, réintroduire un problème de droit international là où il n'en existe plus. Le problème auquel se confronte le droit des conflits en droit international privé, tant en conflit de juridictions qu'en matière de conflit de lois est binaire. Soit il pose une question de choix, de désignation, soit il pose une question d'efficacité. Nous avons tenté de déterminer quel est, semble-t-il, le problème de droit international privé posé par les situations juridiques. Il s'agit d'un problème qui doit être résolu par la réponse à la question relative à son efficacité. Ainsi le problème de droit international privé, qui est un problème d'efficacité internationale s'agissant des situations juridiques, doit être résolu par le recours à la méthode de la reconnaissance. La validité, quant à elle, ne constitue pas un second problème de droit international privé. Pour déterminer la validité il convient alors de procéder à une vérification conformément, non pas aux solutions offertes par le droit international privé, mais conformément à la loi qui s'est effectivement appliquée à la cristallisation de la situation juridique. Si la situation est confirmée, sa validité doit être vérifiée au regard de la loi qui s'est appliquée à son existence<sup>1054</sup>. Ainsi, une fois le problème de droit international privé résolu, en l'espèce un problème d'efficacité internationale s'agissant des situations juridiques, la question de la nullité ou de la validité est un problème non pas de droit international privé, mais de droit privé. En somme, dès lors que la question de la loi applicable au rapport juridique a déjà été tranchée par l'État d'origine, il n'y a pas lieu d'y revenir<sup>1055</sup>. La réflexion du Professeur Pamboukis va en ce sens lorsque celui-ci s'interroge sur la possibilité que la création des rapports juridiques soit attribuée à la règle de conflit, et que l'efficacité soit réservée à la reconnaissance d'efficacité<sup>1056</sup>. Il nous semble que ce schéma, dans l'optique de favoriser la

<sup>1053</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 524

<sup>1054</sup> V. *Infra*, p. 392, n° 597 s.

<sup>1055</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, spéc. p. 181, n° 171

<sup>1056</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 541

réalisation des objectifs du droit international privé, mérite attention. Cela verrait le domaine d'application de la méthode de la reconnaissance réassigné à ces êtres juridiques, ce qui correspond à son domaine de compétence naturel mais que le droit positif exclu de son application en principe. L'élément essentiel est la formation d'un droit individuel, qui, dans l'ordre juridique concerné n'est pas de nature à être remis en cause, sauf cas d'irrégularités ou d'annulation<sup>1057</sup>. L'objet de la reconnaissance est ainsi un rapport de droit privé, concret, existant et effectif dans le sens où celui-ci produit ses effets juridiques. La conséquence est l'inapplicabilité de la méthode conflictuelle et la soumission de ce rapport juridique à la méthode de reconnaissance d'efficacité<sup>1058</sup>. Résolvant le problème de droit international privé posé par les situations juridiques provenant de l'étranger, l'application de la méthode de reconnaissance se révèle, à nos yeux, efficace. Il reste alors à envisager son application dans le cadre de la circulation internationale des situations juridiques produisant leurs effets substantiels.

---

<sup>1057</sup> A. BUSCHER, *op. cit.*, p. 465, n° 207

<sup>1058</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 540 - G. P. ROMANO, *op. cit.*, spéc. p. 487, n° 24

## Conclusion du chapitre 2

385. Le critère de classification des actes juridiques - les effets substantiels - étant désormais identifié il convenait de soumettre les actes juridiques, sur le fondement de ce critère, à la méthode du conflit de lois ou à la méthode de reconnaissance d'efficacité, en tant que méthodes de principe en droit des conflits. Cette étape devait nous indiquer laquelle des deux méthodes, dès lors que l'on considère le critère des effets juridiques, se révèle mieux à même – avec en perspective la poursuite de la réalisation des objectifs du droit international privé - de régir la circulation internationale des situations juridiques.

386. Concernant tout d'abord le recours à la méthode conflictuelle il est apparu que des raisons tant d'ordre théorique - relevant des objectifs théoriques de la méthode du conflit de lois - que pratique - relevant des objectifs poursuivis par le droit international privé - révélaient le caractère inadapté de la méthode à appréhender dans le cadre de leur circulation internationale les situations juridiques internationales constituées à l'étranger et produisant leurs effets substantiels. Théoriquement, la méthode du conflit de lois a pour objet de désigner la loi applicable à un rapport de droit doté d'un élément d'extranéité. Pour autant la cristallisation, résultat de la production des effets substantiels d'une situation juridique, engendre des problèmes méthodologiques. En effet, la cristallisation engendre comme conséquence que la situation juridique concrète, catégorique et non-permanente, produisant ses effets substantiels, ne pose plus une question de choix, mais celle de son rejet ou de son acceptation. La méthode conflictuelle qui a pour objet la désignation de la loi applicable dans le cadre d'un choix, et non pas l'acceptation ou le rejet d'une situation juridique, se révèle alors inadaptée à appréhender les situations juridiques produisant leurs effets substantiels. L'objet de la méthode conflictuelle se révèle donc théoriquement inadapté au problème que soulève les situations juridiques pour leur circulation internationale. Par ailleurs, le critère de classification retenu est celui des effets juridiques. De ce point de vue la méthode conflictuelle est inapte, au regard notamment de la diversité des systèmes de droit international privé existants, à désigner la loi qui s'est effectivement appliquée à la constitution d'un rapport juridique. Il convient pour cela d'appliquer non pas la méthode conflictuelle, mais nécessairement de considérer directement le droit qui s'est effectivement appliquée à la naissance ou à la réalisation du rapport juridique. Dès lors que le critère de classification retenu est le critère des effets juridiques il apparaît nécessaire de considérer le droit qui s'est effectivement appliqué, afin de pouvoir justement déterminer les effets juridiques que ce droit fait produire ou non au rapport juridique. Cet objectif ne peut être atteint par application de la méthode conflictuelle dont ce n'est pas l'objet. Ainsi la méthode conflictuelle se révèle théoriquement inadaptée, par son objet, à appréhender les situations juridiques produisant

leurs effets substantiels qui posent la question de leur acceptation ou de leur rejet. Par ailleurs, dès lors que l'on considère le critère des effets juridiques, il convient nécessairement de considérer le droit qui s'est effectivement appliqué à la constitution du rapport de droit pour en déterminer les effets. La méthode du conflit de lois en est incapable puisque celle-ci consiste, par une vue abstraite, à désigner la loi applicable dans le cadre d'un choix. Or cette loi, désignée par la règle conflictuelle, n'est pas nécessairement celle mise en œuvre par le droit qui s'est effectivement appliqué. Par ailleurs, au-delà d'être théoriquement inadaptée, l'application de la méthode du conflit de lois pour la circulation internationale des situations juridiques produisant leurs effets substantiels est également susceptible de porter atteinte à certains objectifs pratiques du droit international privé. En effet, si un acte juridique produit ses effets substantiels c'est qu'il dispose, par principe, d'une certaine effectivité à l'étranger. Appliquer la méthode conflictuelle pour la réception d'une situation juridique fait courir le risque, pour déterminer la validité de la situation juridique, de voir désignée applicable une loi autre que celle s'étant effectivement appliquée. Dans ce cas, le risque de porter atteinte non seulement à l'harmonie internationale des solutions, mais également aux prévisions légitimes des parties, est accrue. Il suffit pour cela que les conditions matérielles de constitution d'une situation juridique diffèrent entre la loi s'étant effectivement appliquée à l'étranger et la loi désignée par la règle de conflit de lois du for requis. C'est le cas des conflits de système en droit international privé. Dans ce cas, la situation juridique sera nulle pour le for requis est valable pour l'ordre juridique de constitution et de cristallisation. L'application de la méthode du conflit de lois dans le cadre de la circulation internationale des situations juridiques produisant leurs effets substantiels est alors susceptible de porter atteinte tant à l'harmonie internationale des solutions, qu'aux éventuelles prévisions légitimes des parties, qui constituent pourtant des objectifs poursuivis par le droit international privé. Enfin, l'application de la méthode du conflit de lois pour la circulation internationale des situations juridiques est également susceptible, en pratique, de porter atteinte aux objectifs et résultats visés par l'application du droit européen. Nous avons tenté de démontrer cela à travers l'analyse de la jurisprudence européenne produite tant par les juges de Luxembourg, dans le cas de l'application des dispositions du droit de l'Union Européenne, que par les juges de Strasbourg, dans le cas de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme. En pratique, l'application de la méthode conflictuelle pour la réception des situations juridiques internationales produisant leurs effets substantiels se révèle susceptible de porter atteinte à trois objectifs essentiels du droit international privé : l'harmonie internationale des solutions, le respect des prévisions légitimes des parties et le respect du droit européen.

387. Si la méthode conflictuelle apparaît donc théoriquement et pratiquement

inadaptée à la circulation internationale des situations juridiques produisant leurs effets substantiels, qu'en est-il de la méthode de la reconnaissance ? Il ne s'agit pas ici de pure prospection. L'application de la méthode de la reconnaissance pour la réception des situations juridiques a déjà eu l'occasion d'être mise en œuvre, et est consacrée par certaines législations étrangères. L'étude du droit néerlandais ou du droit suisse a permis de le mettre en évidence. De même, certaines conventions internationales, à l'image de la convention de La Haye de 1978 sur la reconnaissance et la validité des mariages, adoptent également la méthode de la reconnaissance des situations. Toutefois, au-delà de ces exemples, c'est l'adéquation entre le problème de droit international privé posé par les situations juridiques et l'objet de la méthode de la reconnaissance, qui détermine les problèmes que celle-ci a vocation à résoudre, qui démontre l'efficacité de la méthode de la reconnaissance pour appréhender - dans le cadre de leur circulation internationale - les situations juridiques produisant leurs effets substantiels. Le problème de droit international privé que posent les situations juridiques produisant leurs effets substantiels est celui de leur acceptation ou de leur rejet au for requis, c'est-à-dire celui de leur efficacité. Or, à l'inverse de la méthode conflictuelle, c'est justement l'objet et le problème que vise à résoudre la méthode de la reconnaissance. Partant, le problème de droit international privé que pose la circulation internationale des situations juridiques, celui de leur efficacité internationale, épouse parfaitement l'objet de la méthode de la reconnaissance. Ici se révèle alors la pertinence et l'efficacité théorique du choix du recours à la méthode de la reconnaissance d'efficacité concernant les situations juridiques. De même, rappelons-nous que la méthode de la reconnaissance favorise l'alignement de la réalité juridique sur les faits<sup>1059</sup>. À cet égard, au-delà d'être théoriquement adaptée au problème que soulève les situations juridiques internationales produisant leurs effets substantiels, l'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité est susceptible, *a contrario* de la méthode conflictuelle, de favoriser le respect des objectifs pratiques du droit international privé, tel le respect des prévisions légitimes des parties, l'harmonie internationale des solutions ou le respect du droit européen.

---

<sup>1059</sup> V. *Supra*, p. 214, n° 323

## Conclusion du titre 2

388. Après la nature des actes juridiques ce sont, conformément au critère de classification que nous avons retenu, les effets juridiques, essentiels aux actes juridiques, qu'il convient de confronter à l'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité en droit des conflits. Cette étape doit être à même d'indiquer si, dès lors que l'on considère un critère différent de celui de la nature des actes juridiques tel les effets juridiques comme il l'est proposé, les solutions retenues par le droit positif limitant la méthode de la reconnaissance aux actes juridictionnels demeurent pertinentes ou bien si la considération du critère des effets juridiques, tout autant inhérent aux actes juridiques que leur nature, est susceptible de bouleverser les solutions établies et suggérer un renouvellement du domaine d'application des méthodes. Cette étape vise alors à asseoir les solutions du droit positif ou au contraire à remettre en question leur pertinence. Parmi les différents effets produits, il est apparu que les effets substantiels à la différence des effets procéduraux, qui par ailleurs n'en constituent pas réellement, s'avéraient le critère pertinent. En effet, cet élément est inhérent, donc commun, aux actes juridiques mais il permet toutefois une distinction suivant que l'acte juridique considéré produit ou non ses effets substantiels *ipso facto ipso jure*. À cet égard, dans le cadre de la circulation internationale, et particulièrement de la réception, des actes ayant déjà produit leurs effets substantiels à l'étranger, l'application de la méthode conflictuelle se révèle inadaptée tant par l'objet et l'objectif théorique poursuivi par la méthode conflictuelle que par les objectifs pratiques du droit international privé. La méthode du conflit de lois a en effet théoriquement pour objet de désigner, nécessitant la réalisation d'un choix, la loi applicable à un rapport de droit, là où les situations juridiques produisant leurs effets substantiels posent la question de leur rejet ou de leur acceptation. L'objet de la méthode conflictuelle ne correspond ainsi pas au problème soulevé par les situations juridiques internationales et révèle son caractère inadapté. Par ailleurs, s'agissant d'une classification des actes juridiques sur le critère des effets juridiques, il convient nécessairement de considérer le droit qui s'est effectivement appliqué afin de pouvoir, justement, déterminer les effets que produit ou non un rapport de droit. Or considérer le droit qui s'est effectivement appliqué ne correspond pas à l'objet de la méthode du conflit de lois qui, par une vue abstraite, a pour objet de désigner la loi applicable, celle-ci n'étant pas nécessairement, potentiels de conflit de systèmes oblige, celle qui aura été appliquée par le système étranger de constitution d'un rapport juridique. Notre critère de classification supposait donc, en lui-même, l'éviction *a priori* d'un raisonnement conflictuel pour les rapports juridiques constitués à l'étranger. Enfin, en pratique le recours à la méthode conflictuelle en matière de situations juridiques est de nature à porter atteinte à l'harmonie internationale des solutions, aux prévisions légitimes des parties ou encore au respect du droit européen. L'application de la méthode

conflictuelle en matière de circulation internationale de situations juridiques constituées à l'étranger apparaît donc tant théoriquement que pratiquement inadaptée. Qu'en est-il de la seconde méthode de principe du droit des conflits, la méthode de la reconnaissance ? Si certaines législations de droit comparé, tout comme certaines conventions internationales, ont adopté la méthode de la reconnaissance des situations c'est avant tout l'adéquation entre le problème de droit international privé posé par les situations juridiques et l'objet de la méthode de la reconnaissance qui démontre l'efficacité de la méthode de la reconnaissance pour appréhender, dans le cadre de leur circulation internationale, les situations juridiques produisant leurs effets substantiels. Ainsi, l'objet de la méthode de la reconnaissance se révèle théoriquement adapté au problème soulevé par les situations juridiques. Enfin, l'application de la méthode de la reconnaissance concernant leur circulation internationale, à la différence de la méthode conflictuelle, est susceptible de favoriser le respect des objectifs pratiques du droit international privé, tel le respect des prévisions légitimes des parties, l'harmonie internationale des solutions ou le respect du droit européen. S'agissant de la circulation internationale des situations juridiques il apparaît que, à la différence de la méthode conflictuelle, le recours à la méthode de la reconnaissance se révèle adapté tant d'un point de vue théorique que pratique.

### Conclusion de la 1<sup>re</sup> partie

390. Si le droit positif s'est efforcé d'assigner le domaine des méthodes du droit des conflits en droit international privé au regard de la nature des actes juridiques, la considération des effets juridiques est susceptible de présenter un critère non moins pertinent. De la même manière que la nature, les effets juridiques sont un second élément inhérent et essentiel aux actes juridiques. Il est alors apparu nécessaire de proposer une classification des actes, non plus suivant le critère de la nature des actes juridiques à l'image du critère retenu en droit positif, mais suivant ce second critère. Précisément ce sont les effets substantiels qui ont retenu notre attention comme critère pertinent. Cependant, les conséquences de l'application d'un tel critère se révèlent étonnantes dans la mesure où cette classification participe à démontrer le caractère inadapté des méthodes telles qu'elles sont appliquées à la circulation des actes juridiques en droit positif, dès lors que l'on considère le critère des effets substantiels. Après avoir déterminé le domaine d'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité au regard de la nature des actes juridiques, il convenait de réaliser le même travail en prenant cette fois-ci comme critère les effets substantiels des actes juridiques. Ce travail permet de conclure que la méthode conflictuelle se révèle, tant théoriquement que pratiquement, inadaptée à la circulation des actes ayant produit leurs effets substantiels. À l'inverse, l'objet théorique de la méthode de la reconnaissance et la poursuite des objectifs pratiques du droit international privé révèlent le caractère adapté de l'application de cette méthode concernant la circulation internationale des situations juridiques. Les conséquences de la classification proposée aboutissent alors à repenser et à réassigner aux méthodes du droit des conflits en droit international privé leur domaine de compétence, pour la circulation internationale des situations juridiques. À l'image de la règle mise en place par la loi néerlandaise du 19 mai 2011, l'adoption d'une disposition type, « *Lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un État étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait [au for requis], même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé [du for requis], dans la mesure où le refus de reconnaître de tels effets constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique.* », permettrait d'aboutir au résultat méthodologique suggéré par la classification proposée. Une fois ce principe admis, il convient alors d'envisager la mise en œuvre pratique de la méthode de la reconnaissance concernant la circulation des actes.





## Partie 2. L'application de la méthode de la reconnaissance à la circulation des actes

391. Il a été mis en avant la possibilité et l'opportunité d'appliquer la méthode de la reconnaissance des situations juridiques, ne relevant pas d'une décision de justice, dès lors que sont considérés les effets juridiques. Cette étude est néanmoins restée théorique : c'est le principe même de l'opportunité de la méthode de la reconnaissance - en considérant les effets juridiques - qui a été analysé. Mais il est nécessaire, une fois ce constat réalisé, de déterminer les modalités concrètes et pratiques de la reconnaissance des situations. En effet, la méthode de reconnaissance d'efficacité ne se confond pas avec la reconnaissance systématique<sup>1060</sup>. Ayant à l'esprit cette réalité, il convient alors d'établir, concrètement, les conditions de reconnaissance d'efficacité des situations juridiques en droit international privé (Titre 1). C'est-à-dire répondre à la question suivante : dans quelles conditions une situation juridique constituée à l'étranger est considérée comme régulière, et ainsi apte à produire pleinement ses effets en France ? Une fois cette étape accomplie, pourront alors être étudiés les effets de la reconnaissance (Titre 2). L'ampleur de la tâche oblige à préciser que l'entreprise à laquelle il convient de se livrer à présent se heurte inévitablement à des difficultés de systématisation. La proposition réalisée tend donc à dégager des orientations d'ordre général et à mettre en avant un certain nombre de problématiques liées à la mise en œuvre pratique de la méthode de la reconnaissance des situations.

### Titre 1. Les conditions de la reconnaissance

392. Le contrôle demeure le trait essentiel, la pièce maîtresse de la méthode de la reconnaissance d'efficacité. La norme concrète étrangère sera admise à produire ses effets au for requis si elle remplit un certain nombre de conditions<sup>1061</sup>. Toutefois, comme l'indique la doctrine, quelle que soit la norme étrangère envisagée, il est nécessaire de distinguer son efficacité

---

<sup>1060</sup> S. BOLLÉE, L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 306 s., spéc. p. 335 s.

<sup>1061</sup> C. PAMBOUKIS, L'acte public étranger en droit international privé, Thèse, LGDJ, 1993, Préface de P. Lagarde, p. 257, n° 388

procédurale de son efficacité substantielle<sup>1062</sup>. La reconnaissance d'efficacité oblige donc à étudier d'un côté le contrôle de l'efficacité procédurale, qui dans une large mesure concerne la régularité formelle des actes publics étrangers, et de l'autre le contrôle de l'efficacité substantielle. Le contrôle de l'efficacité procédurale (Chapitre 1) vise l'instrument ou *instrumentum* et doit notamment permettre aux actes juridiques de produire l'ensemble de leurs attributs procéduraux, qu'ils concernent la force probante ou encore la force exécutoire. À l'inverse, le contrôle de l'efficacité substantielle (Chapitre 2) porte sur le contenu de la situation juridique. Il concerne directement la modification des droits des parties. La reconnaissance d'efficacité présente ainsi un double aspect, procédural et substantiel.

## Chapitre 1. Le contrôle de l'efficacité procédurale

393. L'efficacité procédurale d'un instrument doit permettre de se prévaloir du contenu de celui-ci à l'occasion d'un contrôle, qu'il s'effectue lors d'une procédure judiciaire ou d'une procédure administrative. Le contrôle de la régularité formelle<sup>1063</sup>, dont dépend l'efficacité procédurale, semble s'imposer comme une évidence lorsqu'il s'agit de la réception des actes publics étrangers. L'ensemble des ouvrages en la matière font état de la nécessité de procéder à ce contrôle pour que l'acte puisse produire ses effets. C'est la question de l'efficacité procédurale des actes publics étrangers. Toutefois, les conditions du contrôle ne sont que peu souvent expliquées<sup>1064</sup>. Pour reprendre une terminologie et une dichotomie employée en doctrine<sup>1065</sup>, il faut tout d'abord distinguer le contrôle de la régularité des conditions externes (Section 1), du contrôle de la régularité formelle des actes publics étrangers (Section 2). Ce contrôle ne concerne que les instruments publics étrangers dans la mesure où il porte sur la régularité d'un instrument dressé par une autorité à laquelle un ordre juridique étatique souverain délègue spécialement des compétences pour instrumenter un rapport de droit, et à laquelle il attache des conséquences procédurales. Il convient donc de s'assurer de l'origine et plus généralement de la régularité de cet instrument pour lui attacher les conséquences procédurales attendues.

<sup>1062</sup> C. BIDAUD-GARON, *L'état civil en droit international privé*, Thèse dactyl., Lyon, 2005, p. 277, n° 340

<sup>1063</sup> Il s'agit bien ici de la régularité formelle et non pas de la validité formelle. Concernant la validité formelle V. *Infra*, p. 387 s., n° 597 s.

<sup>1064</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 337, n° 417

<sup>1065</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 338

394. Enfin, la détermination de la force probante des actes juridiques, au sens d'*instrumentum*, participe également fortement de l'efficacité procédurale des situations juridiques (Section 3). Elle détermine le degré probatoire d'un instrument juridique. Pour autant un tel contrôle ne doit pas se limiter - à la différence du contrôle des conditions externes et du contrôle de la régularité formelle - aux seuls actes publics étrangers.

## Section 1. Le contrôle de régularité des conditions externes de l'acte

395. Les actes publics doivent être traduits et parfois légalisés pour pouvoir être utilisés sur le territoire français. Les autorités chargées de procéder à la traduction ou à la légalisation ne contrôlent pas l'authenticité de l'acte, ou seulement de manière superficielle s'agissant de la légalisation. Toutefois, si le contrôle de la régularité externe de l'acte, c'est-à-dire la traduction et la légalisation, est dissociable du contrôle de la régularité formelle des actes publics - qui concerne le contrôle de la compétence et de l'authenticité - il en demeure un préalable nécessaire. Le juge ne peut procéder au contrôle de l'authenticité tant que les deux exigences relatives au contrôle de régularité externe n'ont pas été satisfaites<sup>1066</sup>. Il s'agit donc d'envisager les deux étapes en principe nécessaires et préalables au contrôle de l'authenticité d'un acte public étranger<sup>1067</sup> : sa traduction (paragraphe 1) et sa légalisation (paragraphe 2).

### § 1. La traduction de l'acte

396. L'article 7 du décret du 10 août 2007<sup>1068</sup> prévoit que « *pour être légalisés, les actes publics et les actes sous seing privé doivent être rédigés en français ou, à défaut, être accompagnés d'une traduction en*

<sup>1066</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 337, n° 418

<sup>1067</sup> Dans le cadre de l'Union européenne différentes conventions et règlements ont permis de faciliter la circulation de certains actes, comme les actes de l'état civil, notamment en ce qui concerne les exigences de légalisation et d'apostille ou plus largement les instruments publics. Par exemple V. Convention du 25 mai 1987 relative à la suppression de la légalisation d'actes dans les Etats membres des communautés européennes ; Règlement (UE) n° 2016/1191, 6 juillet 2016, visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne - V. A. CAMUZAT, La force probante des actes de l'état civil étrangers, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 311 s., spéc. p. 313, n° 243

<sup>1068</sup> Décret n° 2007- 1205 du 10 août 2007 relatif aux attributions du ministre des affaires étrangères, des ambassadeurs et des chefs de poste consulaire en matière de légalisation d'actes.

*français effectuée par un traducteur habilité à intervenir auprès des autorités judiciaires ou administratives françaises ou d'un autre État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Suisse, ou auprès des autorités de l'État de résidence ».*

397. La loi française est seule compétente pour désigner les autorités habilitées à réaliser la traduction. En effet, l'ordre juridique dans lequel on souhaite introduire et faire produire des effets juridiques à un acte juridique est le seul compétent pour déterminer à quelles conditions celui-ci pourra produire ses effets, et quelles seront les modalités du contrôle qu'il devra subir. Pour réaliser la traduction, le droit interne permet de faire appel soit à un traducteur figurant sur la liste des experts judiciaires des Cours d'appel et de la Cour de cassation, soit au Consul de France en poste dans le pays d'origine de l'acte, soit enfin au Consul étranger du pays concerné en poste en France. L'original suit la traduction en langue française<sup>1069</sup>. Conformément à l'article 7 du décret du 10 août 2007 la traduction constitue un préalable nécessaire à la légalisation de l'acte. C'est donc une étape procédurale très importante de la circulation des instruments juridiques.

398. L'obligation de traduction des pièces à fournir fut très tôt posée par la jurisprudence<sup>1070</sup> mais la majorité des conventions internationales en la matière ne prévoit pas une telle obligation, laissant la question de cette exigence à l'appréciation de l'État requis<sup>1071</sup>. L'importante Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ne requiert pas de traduction en principe, conformément à son article 48 alinéa 2, à moins que l'autorité judiciaire ne l'exige<sup>1072</sup>. Dans ce cas, la traduction devra être certifiée par une personne habilitée à cet effet dans l'un des États contractants<sup>1073</sup>.

399. L'obligation de traduction est un impératif mais peut, au-delà du coût financier qu'elle représente, engendrer des retards dans le déroulé de la procédure. Les traductions étant réalisées plus ou moins rapidement, les oublis et retards suspendant la procédure, sont à même d'engendrer des retards intempestifs<sup>1074</sup>. Ainsi, si elle est une étape nécessaire pouvant s'apparenter

<sup>1069</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 338, n° 419

<sup>1070</sup> Paris, 6 décembre 1889, *The Sea Company*

<sup>1071</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mars 1980 : Bull. civ. I, n° 74 ; JDI, 1981, p. 854, obs. Holleaux

<sup>1072</sup> H. GAUDEMET-TALLON, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, LGDJ, 1993, LGDJ, p. 278, n° 390

<sup>1073</sup> TGI Paris, 17 novembre 1981 ; JCP G, 1982. IV., p. 210

<sup>1074</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 339, n° 420

à une simple formalité pour permettre à un acte public étranger de produire ses effets, la traduction est toutefois susceptible d'engendrer des retards liés à des dysfonctionnements purement procéduraux. En outre, accentuant de tels risques, l'acte peut devoir être soumis à une formalité supplémentaire : la légalisation ou l'apostille.

## § 2. La légalisation ou l'apostille de l'acte

400. La légalisation est la formalité par laquelle un agent public atteste de la véracité de la signature apposée sur un acte, en quelle qualité le signataire de l'acte a agi et, s'il s'agit d'un acte public, la qualité de celui qui l'a établi<sup>1075</sup>. C'est ce que prévoit l'article 2 du décret n°2007-1205 du 10 août 2007, repris par la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. C'est ce que prévoient également de nombreuses conventions internationales<sup>1076</sup>. La légalisation diffère de la certification de signature ; elle n'est en effet, pour sa part, qu'une simple vérification matérielle de celle-ci sans en attester l'origine et la vérité. La légalisation des actes étrangers procède de l'ordonnance royale sur la marine d'août 1681 à l'article 23 du titre IX du Livre 1er qui dispose que « *Tous actes expédiés dans les pays étrangers où il y aura des consuls ne feront foi, s'ils ne sont pas par eux légalisés* »<sup>1077</sup>. Ce texte a été abrogé. Son abrogation formelle n'a pourtant pas supprimé l'exigence de légalisation des actes étrangers devant être produits en France, cette pratique s'analysant comme dérivant d'une coutume internationale selon la Cour de cassation<sup>1078</sup>. Toutefois, précisons que la loi de programmation 2018-2022 a réparé l'erreur d'absence formelle de texte en réaffirmant l'exigence de légalisation<sup>1079</sup>. En revanche, la légalisation a été supprimée concernant l'ordre juridique interne conformément à l'article 8 du décret n°53-914 du 26 septembre 1953<sup>1080</sup>.

La légalisation est une simple formalité administrative et son absence ne nuit ni à la validité ni à l'authenticité de l'acte<sup>1081</sup>. Il y a toutefois deux limites en matière d'exécution et d'enregistrement

<sup>1075</sup> M. REVILLARD, *Légalisation*, Répertoire de droit international [en ligne], janvier 2006 (actualisation juillet 2019) [consulté le 25 novembre 2019], Dalloz, n° 1 - T. FOSSIER, *Actes de l'état civil* [en ligne], Répertoire de procédure civile [consulté le 2 juin 2020], septembre 2010 (actualisation janvier 2020), Dalloz, n° 137

<sup>1076</sup> P. CALLÉ, *La légalisation des actes publics*, in *La circulation européenne des actes publics*. Premier commentaire du règlement 2016/1191 du 6 juillet 2016, Bruylant, 2020, p. 61 s., spéc. p. 61

<sup>1077</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 341, n° 422 - M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 3

<sup>1078</sup> Civ. 1re, 4 juin 2009, n° 08-13.541 - Civ. 1re, 4 juin 2009, n° 08-10.962

<sup>1079</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, spéc. p. 62

<sup>1080</sup> M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 2

<sup>1081</sup> M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 5 - M. REVILLARD, Fasc. 10 : *légalisation* [en ligne], Jurisclasseur Notarial Formulaire, Encyclopédies JurisClasseur, juillet 2019 [Consulté le 10 novembre 2019], Lexis360, n° 6

d'une déclaration de nationalité française. Tout d'abord, en matière d'exécution, il est depuis longtemps admis que l'absence de légalisation permet à la partie contre laquelle l'exécution est poursuivie de faire suspendre l'exécution de l'acte non légalisé<sup>1082</sup>. De plus, dans une décision du 14 novembre 2007, la Cour de cassation estime qu'en l'absence de convention internationale, la légalisation d'un acte de naissance est indispensable pour être produit en France en vue de l'enregistrement d'une déclaration de nationalité française<sup>1083</sup>. Pour être valable, la légalisation doit émaner des fonctionnaires compétents suivant la loi française ou les traités. La légalisation irrégulière produit les mêmes effets que l'absence de légalisation. Nous pouvons illustrer cela à travers la décision rendue par la Cour de cassation le 13 avril 2016<sup>1084</sup> dans laquelle la Haute juridiction affirme que les actes établis par une autorité étrangère, doivent, en l'absence de convention internationale, être légalisés pour produire leurs effets en France. En l'espèce, il s'agissait d'un jugement supplétif d'acte de naissance rendu par le Tribunal de Moroni aux Comores et qui avait été légalisé par le Ministère des Affaires Etrangères de l'Union des Comores. Cependant, cette autorité n'était pas compétente pour procéder à cette légalisation. Seul le Consul de France en poste aux Comores ou le Consul des Comores en poste en France pouvaient y procéder. Ainsi l'acte étranger, en l'espèce le jugement supplétif d'acte de naissance, n'était pas légalisé. Enfin, précisons également que l'acte non légalisé ne peut jouer comme acte authentique. Le rapport de droit que l'instrument relate n'est pas, par principe, nul. Toutefois, l'instrument est disqualifié en acte sous-seing privé ce qui peut générer la nullité du rapport de droit si l'authenticité était requise *ad validitatem*<sup>1085</sup>. On peut donc affirmer que les actes publics étrangers destinés à être utilisés en France doivent, une fois visés par les autorités compétentes, et par principe<sup>1086</sup>, être légalisés par le consul de France ou les fonctionnaires qu'il a délégués à cet effet<sup>1087</sup>. Concernant spécialement les actes d'état civil, en principe leur légalisation est obligatoire. C'est ce qu'a pris soin de rappeler la Haute juridiction française dans les deux arrêts en date du 4 juin 2009 précédemment évoqués. Cependant, conformément à l'instruction générale de l'état civil, sont dispensés de légalisation « *les actes établis en France par un consul étranger sur la base d'actes de l'état civil conservés par lui* »<sup>1088</sup>. À cette exception doivent s'ajouter celles résultant des conventions bilatérales ou multilatérales auxquelles

<sup>1082</sup> Cass. req. 8 novembre 1853 - M. REVILLARD, *Légalisation*, *op. cit.*, n° 6

<sup>1083</sup> Civ. 1re, 14 novembre 2007 : Rev. crit. DIP, 2008, p. 298, note M. Revillard

<sup>1084</sup> Civ. 1re, 13 avril 2016, n° 15-50.018

<sup>1085</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, spéc. p. 62

<sup>1086</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, spéc. p. 61 s.

<sup>1087</sup> M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 23

<sup>1088</sup> Instruction générale relative à l'état civil (IGREC) du 11 mai 1999 [en ligne], JORF n° 0172 du 28 septembre 1999 [consulté le 15 janvier 2020], Legifrance, §594

la France a consenti <sup>1089</sup>, mais également du règlement « documents publics ».

401. Concernant ses sources, la légalisation est régie par des textes épars, par des circulaires interministérielles et par des usages. En droit commun, une procédure simplifiée a progressivement été mise en œuvre et des conventions internationales ont permis d'alléger le formalisme de la légalisation en droit conventionnel<sup>1090</sup>. La France a conclu avec de nombreux pays des accords bilatéraux et des conventions multilatérales soit dispensant de légalisation les actes publics, soit simplifiant le formalisme ou la procédure de légalisation. Toutefois, avant cela, il convient d'établir que les règles adoptées par l'Union européenne mettent largement en œuvre la suppression de l'exigence de légalisation des jugements ou actes authentiques provenant d'État membre de l'Union européenne. Pour l'ensemble des jugements ou actes authentiques entrant dans le champ de compétence matériel des règlements : *Bruxelles I bis* (Article 52), *Bruxelles II bis* (Article 52), « *aliments* » (Article 65), « *successions* », « *régimes matrimoniaux* » ou encore « *effets patrimoniaux des partenariats enregistrés* » sont dispensés de légalisation pour leur circulation au sein de l'espace européen<sup>1091</sup>.

402. Enfin, en droit de l'Union européenne, il convient de réserver une place particulière au règlement 2016/1191 du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, applicable depuis le 16 février 2019<sup>1092</sup>. L'article 4 du règlement constitue la disposition clé en prévoyant que « *les documents publics relevant du présent règlement et leurs copies certifiées conformes sont dispensés de toute forme de légalisation et de formalité similaire* »<sup>1093</sup>. À cet égard, conformément à l'article 2 du règlement, sont concernés les documents publics délivrés par les autorités d'un État membre et établissant : la naissance, le fait d'être en vie, le décès, le nom, le mariage y compris la capacité à mariage et la situation matrimoniale, le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage, le partenariat enregistré, y compris la capacité à conclure un partenariat enregistré, la dissolution du partenariat enregistré, la séparation de corps ou l'annulation de partenariat, la filiation, l'adoption, le domicile ou la résidence, la nationalité ou encore l'absence de casier judiciaire dès lors

<sup>1089</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 341, n° 423

<sup>1090</sup> M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 10 - P. CALLÉ, *op. cit.*, spéc. p. 63 s.

<sup>1091</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, spéc. p. 64 s.

<sup>1092</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, spéc. p. 68

<sup>1093</sup> Solution qui se retrouve communément en droit de l'Union européenne comme le confirment, par exemple, les dispositions des règlements *Bruxelles I bis* (article 61), *régimes matrimoniaux* (article 61) ou encore du règlement *effets patrimoniaux des partenariats enregistrés* (article 61)



que cela concerne un citoyen européen<sup>1094</sup>.

403. S'agissant des accords bilatéraux<sup>1095</sup>, sont concernés « *les expéditions des actes de l'état civil ; les expéditions des décisions, ordonnances et autres actes judiciaires des tribunaux des deux États ; les affidavits, déclarations écrites ou autres documents judiciaires enregistrés ou déposés dans ces tribunaux ; les actes notariés ; les certificats de vie des rentiers viagers* » provenant notamment d'Algérie, Allemagne, Burkina-Faso, Brésil, Uruguay ou encore du Tchad<sup>1096</sup> pour ne citer que certains d'entre eux. En matière de conventions multilatérales, il existe un nombre important de conventions en matière de légalisation. Par exemple, la Convention de Bruxelles du 25 mai 1987 relative à la suppression de la légalisation d'actes dans les États membres des Communautés européennes. On peut également citer la Convention multilatérale pour les actes d'état civil conclue dans le cadre de la commission internationale de l'état civil (CIEC) ou encore la Convention européenne de Londres du 7 juin 1968 relative à la suppression de la légalisation d'actes établis par les agents diplomatiques ou consulaires. Toutefois, la plus emblématique de ces conventions, grâce à l'adhésion large qu'elle a suscitée, reste sans doute la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers. Cette convention instaure le régime de l'apostille, très largement appliqué à travers le monde aujourd'hui. Elle établit en réalité une formalité simplifiée : l'apostille. Le système de l'apostille restera applicable entre la France et les États parties à la Convention de La Haye qui n'ont pas conclu avec la France des conventions portant dispense de légalisation des actes publics. Le domaine de la convention concerne les documents qui émanent d'une autorité ou d'un fonctionnaire d'une juridiction de l'État y compris ceux qui émanent du ministère public, d'un greffier ou d'un huissier de justice, les documents administratifs, les actes notariés, les déclarations officielles telles que mentions d'enregistrement, visas pour date certaine et certifications de signatures, apposées sur un acte sous seing privé<sup>1097</sup>. La Convention substitue à la formalité de la légalisation celle de l'apposition d'une apostille délivrée par l'autorité compétente de l'État d'où émane le document et conforme à un modèle annexé à la Convention<sup>1098</sup>. En France (métropole et départements d'outre-mer), cette compétence est attribuée aux procureurs généraux près les Cours d'appel. Leur compétence est territoriale et les actes doivent relever du ressort de leur juridiction pour être apostillés par leur soin<sup>1099</sup>. Aujourd'hui, cette convention demeure

<sup>1094</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, spéc. p. 69

<sup>1095</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, spéc. p. 66 s.

<sup>1096</sup> M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 29 s.

<sup>1097</sup> M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 49 - C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 342, n° 423

<sup>1098</sup> M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 50

<sup>1099</sup> M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 51

emblématique de par sa large application, à tel point que la doctrine spécialisée estime que l'exception - instaurée par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 – est devenue tellement importante en pratique qu'elle en a absorbé le principe<sup>1100</sup>. Elle réunit aujourd'hui 118 États parties, et est en vigueur dans la totalité de ces États à l'exception de la Chine. Elle est actuellement en vigueur entre l'Afrique du Sud, le Japon, le Mexique, la Colombie, l'Inde, la Namibie, la Russie, la France, le Royaume-Uni, l'Australie, le Venezuela, le Honduras, la Turquie, l'Ukraine, Trinité-et-Tobago, le Panama, *etc.* ...<sup>1101</sup>. Toutefois le nombre d'États parties à cette convention évolue très régulièrement avec un mouvement de ratification qui n'est pas terminé aujourd'hui. En effet, nombreux sont les États à avoir ratifié la convention ces dernières années<sup>1102</sup>.

404. La traduction et la légalisation, largement simplifiée aujourd'hui par la procédure de l'apostille, participent du contrôle de régularité des conditions externes de l'acte. En matière d'efficacité procédurale des actes publics étrangers, le contrôle de la compétence des autorités et celui de l'authenticité de l'instrument public étranger permettent à l'acte public étranger de développer l'ensemble de ses effets procéduraux.

## Section 2. Le contrôle de la régularité formelle des actes publics étrangers

405. Il est question ici du contrôle de l'instrument public étranger, *instrumentum*. Le contrôle de la régularité formelle semble une évidence lorsqu'il s'agit de recevoir un acte public étranger en France.

Il s'agit du contrôle de la compétence et de l'authenticité des actes publics étrangers. Ce contrôle doit permettre à l'acte public étranger de faire jouer pleinement ses attributs procéduraux, et lui permettre l'accès éventuel à certaines procédures, notamment l'*exequatur*. Dans l'objectif de déterminer la régularité formelle et les instruments publics étrangers éligibles à la procédure d'*exequatur*, comme c'est le cas en droit commun par exemple, il conviendra de contrôler deux éléments essentiels. Le premier élément est la compétence de l'autorité qui est intervenue (Paragraphe 1). Ce contrôle doit permettre de s'assurer que l'autorité ou le tiers ayant instrumenté un acte juridique disposait de la capacité d'intervenir conformément à la loi locale ou *lex auctoris*. Le deuxième contrôle est le contrôle d'authenticité qui s'apprécie conformément au principe

<sup>1100</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, spéc. p. 75

<sup>1101</sup> V. M. REVILLARD, *op. cit.*, Dalloz, n° 53

<sup>1102</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, spéc. p. 75

d'équivalence (Paragraphe 2). C'est la réalisation de ce double contrôle qui doit permettre d'établir la régularité formelle d'un instrument public étranger, et ouvrir notamment l'accès à certaines procédures, comme la procédure d'*exequatur*.

### § 1. La compétence de l'autorité

406. En matière de compétence des autorités on peut identifier deux types de compétences en droit international privé : la compétence interne et la compétence internationale. Ces compétences sont bien des notions différentes, distinctes et irréductibles l'une à l'autre. Le débat sur l'autonomie de la compétence internationale par rapport à la compétence interne paraît aujourd'hui dépassé et c'est bien l'analyse de l'indépendance des deux ordres de compétences qui a convaincu la totalité des auteurs français<sup>1103</sup>. Ce dont il convient de s'assurer, c'est la compétence de l'autorité intervenue pour dresser l'*instrumentum* dont la reconnaissance des effets contenus est demandée. Si certains actes juridiques, comme les décisions de justice étatiques, ont des règles de compétence internationale bien établies en droit positif, ce n'est pas le cas de tous. En matière de compétence internationale des autorités, il convient donc de distinguer suivant que l'acte est une décision de justice ou un acte public non décisionnel.

407. Concernant les décisions de justice, il faut différencier la compétence internationale directe des tribunaux de la compétence internationale indirecte. Les règles de compétence internationale directe ont pour mission de déterminer unilatéralement dans quels cas les tribunaux français ou, plus largement, les autorités françaises, sont susceptibles d'être saisis de la résolution d'un litige qui présente des éléments de rattachement avec plusieurs Etats<sup>1104</sup>. En la matière, la Cour de cassation procède à cette distinction entre compétence interne ou territoriale et compétence internationale. Selon un arrêt du 7 mai 2010 : « *En matière internationale, la contestation élevée sur la compétence du juge français saisi ne concerne pas une répartition de compétence entre les tribunaux nationaux, mais tend à lui retirer le pouvoir de trancher le litige au profit d'une juridiction d'un Etat étranger* »<sup>1105</sup>. La Cour de cassation fait ainsi une distinction très nette entre la compétence territoriale, dont l'objet

<sup>1103</sup> E. PATAUT, Remarques sur la compétence internationale, *in* Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques, IRJS, Sous la direction de E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland, 2013, p. 23 s., spéc. p. 24

<sup>1104</sup> E. PATAUT, *op. cit.*, spéc. p. 25.

<sup>1105</sup> Civ. 1re, 7 mai 2010 : H. GAUDEMET-TALLON, Recevabilité du pourvoi en cassation contre une ordonnance rejetant une exception d'incompétence et détermination du juge internationalement compétent pour connaître d'une loterie publicitaire, *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 558 s.

est de répartir les litiges, et la compétence internationale, dont l'objet est d'attribuer ou de retirer le pouvoir de trancher le litige aux juridictions<sup>1106</sup>. De même, en matière de compétence internationale indirecte des tribunaux, ont été développés les conditions de régularité des jugements étrangers, pour le moins en droit commun<sup>1107</sup>. Rappelons que la règle de compétence internationale vise à s'assurer que le lien entre le litige et le territoire est suffisamment fort pour justifier que les tribunaux soient saisis<sup>1108</sup>. Ainsi, l'ensemble des règles relatives à la compétence internationale, directe ou indirecte, des tribunaux est bien établi en droit positif. Toutefois, ces règles ne concernent pas le cœur de nos développements qui s'orientent dans le sens de l'appréhension des actes juridiques non décisionnels réalisés à l'étranger.

408. Ce domaine concerne ce que l'on appelle classiquement le conflit d'autorités ou le conflit des autorités en droit international privé<sup>1109</sup>. Le conflit d'autorités regroupe l'ensemble des règles relatives à la compétence internationale des autorités non juridictionnelles françaises et celles relatives aux effets des actes non juridictionnels étrangers. S'agissant de la compétence internationale des autorités, il est impossible de présenter un système général. À l'inverse de l'activité du juge qui consiste à trancher les litiges ou procéder à une homologation lorsque son intervention est requise, les tâches accomplies par les autorités non-juridictionnelles sont extrêmement variées<sup>1110</sup>, compliquant la réalisation d'une présentation générale<sup>1111</sup>.

409. Concernant les effets des actes publics étrangers qui ne sont pas des décisions juridictionnelles, il convient également pour en assurer l'efficacité, de vérifier que l'autorité qui est intervenue était bien compétente. Cet élément ne pose guère de difficultés dans le cas des notaires ou des officiers d'état civil non consulaires qui sont compétents dès lors qu'ils sont requis<sup>1112</sup>. La compétence internationale des autorités locales n'appelle pas de longs commentaires. Dans le cas où n'est pas prévue une règle internationale de compétence des autorités (comme c'est le cas par exemple avec la Convention de La Haye de 1996 en matière de responsabilité parentale), la

---

<sup>1106</sup> E. PATAUT, *op. cit.*, spéc. p. 27

<sup>1107</sup> V. *Supra*, p. 117 s., n° 175 s.

<sup>1108</sup> E. PATAUT, *op. cit.*, spéc. p. 25

<sup>1109</sup> V. J. P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*. Tome VI : le conflit des autorités, le conflit des juridictions, Sirey, 1949

<sup>1110</sup> V. *Supra*, p. 39 s., n° 47 s.

<sup>1111</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, 2019 (12<sup>ème</sup> édition), p. 337, n° 487

<sup>1112</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 340, n° 491

compétence internationale se confond pratiquement avec la compétence interne<sup>1113</sup>. Il suffit que certaines conditions soient réunies pour admettre l'efficacité de l'acte étranger. Ainsi l'organe doit être compétent sur le plan interne, selon sa propre loi, et doit avoir suivi les prescriptions de forme de cette loi<sup>1114</sup>. Pour ainsi dire, le contrôle se résume en un contrôle de la régularité formelle de l'acte étranger, c'est-à-dire un contrôle de la compétence interne *ratione loci* de l'autorité étrangère et un contrôle de la compétence matérielle, *ratione materiae*<sup>1115</sup>. C'est à ce prix que l'autorité étrangère sera considérée comme un témoin privilégié. Si l'officier est incompétent, l'acte ne pourra valoir comme acte public, avec les attributs procéduraires qui lui sont accordés par l'ordre juridique étranger, auprès de l'État requis. Prenons l'exemple des actes de l'état civil pour lesquels l'article 47 du Code civil prévoit spécialement que l'acte doit avoir été « rédigé dans les formes usitées » dans le pays d'où émane l'acte. À cet égard, la vérification du respect des formes usitées dans le pays d'où émane l'acte, conformément à l'article 47, suppose que l'autorité française - tenue de réaliser le contrôle de la régularité formelle - vérifie les règles de compétence *ratione materiae* et *ratione loci* de l'autorité étrangère, vérifie également les règles d'élaboration des actes (par exemple les délais d'enregistrement des actes) ou encore vérifie les règles relatives aux mentions que l'acte doit contenir en droit étranger<sup>1116</sup>. Il s'agit alors d'un contrôle de l'absence d'irrégularités intrinsèques à l'acte, indispensable en matière de régularité formelle des actes publics étrangers. Le contrôle, notamment de la compétence interne de l'autorité étrangère mais également de l'absence d'irrégularités, est fondamental car il constitue une condition essentielle de la détermination de la régularité formelle des actes publics étrangers. Ce dernier ne sera régulier que s'il a été instrumenté par une autorité ayant pouvoir de le faire suivant sa propre loi, la *lex auctoris*, et si cette autorité l'a fait dans les conditions prévues par ladite loi. Enfin, précisons qu'il convient de s'assurer également que les autorités publiques françaises n'étaient pas exclusivement compétentes<sup>1117</sup>.

Pour qu'un instrument étranger puisse produire ses effets normalement attendus, procéduraires notamment (comme une force probante renforcée par exemple dont le contrôle évoqué constitue un préalable nécessaire), il convient donc de s'assurer et vérifier la compétence de l'autorité étrangère conformément à la loi qui l'a instituée, la *lex auctoris*, et la régularité, conformément à la même loi, de l'acte qui aura été dressé. Cette compétence se confond en pratique avec la compétence interne dès lors qu'aucune règle de compétence internationale n'est en vigueur.

---

<sup>1113</sup> P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI, 1986-I (Vol. 196), p.1 s., spéc. p. 190, n° 203

<sup>1114</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 405, n° 581

<sup>1115</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 186, n° 271 et p. 274 s., n° 413

<sup>1116</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 358, n°444

<sup>1117</sup> C. PAMBOUKIS, Acte public étranger (Internat.), Répertoire de droit international [en ligne], septembre 2019 [consulté le 14 octobre 2019], Dalloz, spéc. n° 80

410. Au-delà de la compétence de l'autorité, l'authenticité tient également un rôle central en matière d'efficacité procédurale. Elle est par exemple nécessaire à l'attribution de la force exécutoire sur le territoire du for à un instrument public étranger à travers de la procédure d'*exequatur*. De ce point de vue, le contrôle de l'authenticité s'apprécie conformément au principe d'équivalence.

## § 2. Le contrôle de l'authenticité de l'acte et le principe d'équivalence

411. Outre le contrôle de la compétence et de l'absence d'irrégularités intrinsèques, le contrôle de la régularité formelle des actes publics étrangers se traduit essentiellement par un contrôle de l'authenticité<sup>1118</sup>, notamment lorsque l'*exequatur* est recherchée. Le contenu de la notion d'acte authentique suppose le recours à l'équivalence<sup>1119</sup>. Pour cela, il convient de vérifier que l'acte authentique intervenu satisfait aux conceptions que le for se fait de ce dernier, c'est-à-dire vérifier son équivalence. Pour la doctrine spécialisée, la théorie de l'équivalence en la matière repose sur une méthode en deux temps : tout d'abord l'équivalence des autorités, puis l'équivalence des actes<sup>1120</sup>.

412. Si la notion d'équivalence n'est pas une notion évidente à appréhender, il ressort qu'en toute hypothèse l'équivalence repose sur une comparaison<sup>1121</sup>. S'agissant de la nature de l'autorité étrangère, il convient de vérifier que le professionnel a bien rédigé l'acte dans l'exercice de ses attributions ou de la délégation d'autorité qui lui est confiée par la loi du pays dans lequel il exerce sa profession<sup>1122</sup>. Cela ne va pas sans soulever de sérieuses difficultés avec les pays qui ignorent l'institution du notariat, notamment certains pays du nord de l'Europe et des pays anglo-saxons<sup>1123</sup>. Globalement, on peut toutefois affirmer que le notariat est organisé d'une manière à peu près similaire à celle qui existe en France dans les pays de notariat latin, largement représenté en

<sup>1118</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 337, n° 418

<sup>1119</sup> M. GORÉ, L'acte authentique en droit international privé, Travaux comité fr. DIP, 1998-1999, p. 23 s., spéc. p. 27 - E. FONGARO, La spécificité des actes notariés : l'équivalence, *in* La circulation européenne des actes publics. Premier commentaire du règlement 2016/1191 du 6 juillet 2016, Bruylant, 2020, p. 45 s.

<sup>1120</sup> E. FONGARO, *op. cit.*, spéc. p. 48 s.

<sup>1121</sup> E. FONGARO, *op. cit.*

<sup>1122</sup> E. FONGARO, *op. cit.*, spéc. p. 50

<sup>1123</sup> R. CRÔNE, La réception d'un acte authentique étranger en France », *in* Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard *Liber Amicorum*, Defrésnois, 2007, p. 77s., spéc. p. 87, n° 32

Europe<sup>1124</sup>. Le notariat latin est également présent dans les pays d'Afrique francophone, et très répandu dans les pays d'Amérique centrale et du sud. Si le notariat de type latin se fait plus rare en Asie, on le retrouve toutefois au Japon, en Indonésie ou en Corée du Sud. De leur côté la Chine et le Vietnam disposent par exemple d'officiers publics et d'études privées<sup>1125</sup>. L'importance de l'UINL<sup>1126</sup> démontre la large présence du notariat latin à travers le monde.

Précisément, la recherche d'équivalence opérée se réalise sur un double plan. Tout d'abord concernant la nature de l'autorité ayant instrumenté l'acte : à cet égard la jurisprudence adopte une position relativement libérale comme le démontrent les nombreuses illustrations relatives aux actes de l'état civil. Il suffit que l'autorité qui est intervenue pour dresser un acte d'état civil soit compétente conformément à la *lex auctoris*, c'est-à-dire que la *lex auctoris* lui reconnaisse ce pouvoir d'établir officiellement les faits de l'état civil. Pour autant cette recherche d'équivalence concernant la nature de l'autorité se révèle complexe dès lors que celle-ci n'appartient pas à un État membre de l'UINL. Il faudra alors se livrer à une vérification des conditions de l'établissement de l'acte<sup>1127</sup>.

413. Partant, le second élément concerne en substance la fonction exercée par l'autorité étrangère pour établir l'équivalence des actes<sup>1128</sup>. Sur ce point l'appréciation est plus délicate et rigoureuse<sup>1129</sup>. Comme il a déjà été constaté<sup>1130</sup>, conformément à la fonction jouée par le tiers instrumentaire, la simple présence de l'autorité ne suffit pas, il faut en outre que celle-ci ait joué un certain rôle actif<sup>1131</sup>. À cet égard, l'étude des *public notaries*, ou plus largement des autorités provenant des pays anglo-saxons<sup>1132</sup>, est - bien qu'on ne puisse en tirer de conclusion d'ordre général dans la mesure où certaines autorités instituées dans les pays anglo-saxons sont considérées comme faisant partie de l'UINL, tels les *london scriverners* en Angleterre<sup>1133</sup> - particulièrement instructive. La décision<sup>1134</sup> précédemment évoquée<sup>1135</sup> rendue le 14 avril 2016 semble révélatrice des exigences fonctionnelles requises pour admettre l'équivalence avec un acte du for. La juridiction

<sup>1124</sup> M. REVILLARD, Notaire [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 18 février 2020], janvier 2020, Dalloz, n° 15

<sup>1125</sup> M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 22 s.

<sup>1126</sup> V. *Supra*, p. 33, n° 36

<sup>1127</sup> E. FONGARO, *op. cit.*, spéc. p. 52 s.

<sup>1128</sup> E. FONGARO, *op. cit.*, spéc. p. 53

<sup>1129</sup> M. GORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 27

<sup>1130</sup> V. *Supra*, p. 136 s., n° 210 s.

<sup>1131</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, n° 44

<sup>1132</sup> V. M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 26 s.

<sup>1133</sup> E. FONGARO, *op. cit.*, spéc. p. 56

<sup>1134</sup> Civ. 1re, 14 avril 2016, n° 15-18.157

<sup>1135</sup> V. JDI, 2017, n°1, p. 3, note E. Fongaro - E. FONGARO, *op. cit.*, spéc. p. 54 – V. *Supra* p. 136, n° 212

va affirmer que « *le caractère authentique est critiqué [notamment] en ce qui concerne les conditions de forme requises par la loi française* ». La Cour relève que le *notary public* australien « *avait simplement apostillé la procuration* » et que cet acte « *ne revêtait pas les solennités requises en France pour un acte authentique* ». Pour la Cour de cassation le *notary public* australien n'exerce pas avec les solennités requises par la loi française pour qualifier l'acte juridique (issu de son activité) d'authentique. Cette autorité ne réunit pas les exigences fonctionnelles requises par la loi française pour réaliser le processus d'authentification d'un acte juridique. La haute juridiction va alors refuser d'accorder à l'instrument émis par le *notary public* australien le caractère authentique. En matière fonctionnelle, l'équivalence exige donc que l'autorité étrangère exerce la réception de l'acte juridique avec les solennités requises et qu'il effectue un contrôle et une vérification du même type que ceux effectués par les autorités publiques françaises instrumentant un acte authentique<sup>1136</sup>. Il convient de ne pas s'arrêter à la dénomination de l'autorité étrangère mais bien de réaliser un contrôle fondé sur l'équivalence fonctionnelle entre la fonction exercée par l'autorité étrangère et celle exercée par son homologue français. C'est la question de savoir si l'acte étranger présente des garanties analogues à son correspondant du for. C'est la recherche d'une équivalence fondée sur l'interchangeabilité des autorités agissant dans une fonction reconnue par la *lex auctoris*<sup>1137</sup>. En l'espèce ce qui faisait défaut à l'équivalence des actes ici réside dans le fait que le *notary public* australien n'avait pas expliqué à la mandante la portée de son engagement et, de plus, s'était exprimé en anglais, langue qu'elle ne maîtrisait pas. Cela excluait ainsi toute équivalence entre la procuration établie en Australie et une procuration authentique telle qu'elle aurait dû être établie en France<sup>1138</sup>.

Pour autant, à l'inverse de la décision qui vient d'être mentionnée, la Cour de cassation a déjà reconnu un caractère authentique à un instrument dressé par un *notary public* américain. Il s'agit là d'une décision rendue le 23 mai 2006<sup>1139</sup>. Dans cette affaire, le tiers instrumentaire en question, au-delà d'être un *notary public* était également un *lawyer*, c'est-à-dire un professionnel du droit. La Cour a estimé dans cette affaire que les conditions de réalisation de l'acte étaient équivalentes à celles du droit français assurant la protection du consentement des parties. Elle admettait ainsi une forme authentique locale<sup>1140</sup>. L'authenticité est donc distincte de celle connue au for mais considérée par la Cour comme équivalente à celle-ci. Un courant se fondant sur l'arrêt *Unibank*<sup>1141</sup> se dessine aujourd'hui pour dénier le caractère authentique aux actes reçus par les juristes qui ne connaissent

<sup>1136</sup> V. *Supra*, p. 137, n° 211

<sup>1137</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, n° 51

<sup>1138</sup> E. FONGARO, *op. cit.*, spéc. p. 54 s.

<sup>1139</sup> Civ. 1re, 23 mai 2006 : M. REVILLARD, Loi applicable aux conventions entre époux pour la liquidation de leur régime matrimonial, Rev. crit. DIP, 2006, p. 841 s.

<sup>1140</sup> M. REVILLARD, Notaire [en ligne], *op. cit.*, n° 34 - E. FONGARO, *op. cit.*, spéc. p. 56

<sup>1141</sup> V. *Supra*, p. 34, n° 37



pas un notariat de type latin. La notion d'équivalence pour appréhender l'efficacité des actes publics étrangers - qui ne sont pas des décisions - permet de trouver des solutions souples et respectueuses des interventions des professionnels étrangers dont il serait regrettable de se départir. Si l'équivalence est avérée, alors il n'y a aucune raison de ne pas faire produire à l'acte en question les mêmes effets que l'acte du for<sup>1142</sup>. Lorsque le système notarial est équivalent au système français, les actes dressés par des notaires étrangers doivent ainsi être considérés comme des actes authentiques<sup>1143</sup>. On peut résumer cela en affirmant que « *si le client, à l'étranger, n'a pu bénéficier d'un conseil sérieux quant à la portée de son engagement, l'équivalence ne pourrait être caractérisée* »<sup>1144</sup>. Rappelons que les juridictions françaises sont incompétentes pour statuer sur la sincérité de l'officier public étranger<sup>1145</sup>. À cet égard, il n'existe aucune possibilité de contester la validité de l'*instrumentum* pour défaut de sincérité de l'officier public étranger, l'action en inscription de faux n'étant pas ouverte dans ce cas<sup>1146</sup>.

414. Précisons enfin qu'en matière d'équivalence que, comme le dit le Professeur Bidaud à propos des actes d'état civil - et malgré l'arrêt *Subami* qui invite à la recherche stricte d'équivalence entre les actes d'état civil étrangers et français tant au niveau de l'« *évènement* » qui intéresse l'état civil qu'au niveau des formes, authentique en l'occurrence, que doit revêtir l'acte étranger<sup>1147</sup> - l'absence stricte d'authenticité équivalente au droit français n'a jamais été un motif de refus d'efficacité d'un acte étranger d'état civil. L'identité des formes n'impose pas une identité parfaite entre les actes français et étrangers, elle requiert cependant que les actes étrangers ne portent pas atteinte à des dispositions considérées impératives en droit français et qu'ils présentent des garanties de fiabilité à peu près similaires<sup>1148</sup>. En ce sens, le droit positif se rapproche de la solution dégagée par l'arrêt *Subami* en recherchant une équivalence, sans pour autant requérir une stricte équivalence<sup>1149</sup>. En effet, s'agissant des actes d'état civil, le Code civil pose finalement un principe, celui de reconnaissance des actes étrangers par la France. C'est la loi locale seule qui détermine les conditions de régularité des actes c'est-à-dire leur présentation matérielle, leurs

<sup>1142</sup> R. CRÔNE, *op. cit.*, spéc. p. 88 s., n° 36

<sup>1143</sup> M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 24

<sup>1144</sup> E. FONGARO, *op. cit.*, spéc. p. 59

<sup>1145</sup> V. *Infra*, p. 385 s., n° 583 s. - R. CRÔNE, *op. cit.*, spéc. p. 84, n° 23

<sup>1146</sup> H. MUIR-WATT, Du juge compétent pour annuler un testament dressé par un notaire italien et argué de faux, *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 697 s.

<sup>1147</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 220 s., n° 265 s.

<sup>1148</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 360, n° 447

<sup>1149</sup> V. Civ. 1re, 12 janvier 1994, *M. Tonon c. Office cantonal de la jeunesse de Tuttligen* : C. PAMBOUKIS, De l'effet en France d'une reconnaissance d'enfant naturel faite à l'étranger, *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 557 s.

modalités de rédaction, la compétence des officiers d'état civil, la détermination des officiers d'état civil, qui peuvent être des autorités religieuses par exemple. Si la question de l'authenticité est susceptible d'impacter l'efficacité procédurale des actes publics étrangers, notamment lorsque l'*exequatur* est recherchée, reste un ultime élément central dans la détermination de l'efficacité procédurale des actes juridiques : la détermination de la force probante

### Section 3. La détermination de la force probante

415. La force probante permet de déterminer l'intensité de la foi due à un instrument présenté à l'occasion d'une procédure. Est-il alors possible de prouver contre un instrument présenté à l'occasion d'une procédure, judiciaire ou administrative ? Cette question se révèle absolument centrale en matière de force probante et partant, d'efficacité procédurale des instruments juridiques.

La question de savoir comment se détermine la force probante des instruments, et l'intensité de celle-ci à l'égard des autorités auxquelles ils sont présentés, est déterminante puisque certains instruments sont susceptibles d'emporter la conviction du juge ou des autorités, sans qu'il ne soit possible de prouver contre ou de rapporter la preuve contraire ; sauf à agir suivant une procédure particulière.

416. Ce qu'il convient donc d'étudier, c'est la manière dont se détermine la force probante des actes juridiques, *instrumentum*, dont le contenu, pour sa part, est soumis à la reconnaissance d'efficacité. La force probante se détermine-t-elle conformément aux principes du for - comme en matière d'authenticité qui relève du principe d'équivalence - ou suivant d'autres principes, par exemple suivant le droit qui s'est effectivement appliqué à la constitution de la situation juridique en la forme ? La problématique ne vise pas à déterminer la loi applicable à la force probante, qui relève dans ce cas de la méthode conflictuelle, mais à déterminer l'efficacité probatoire dont dispose un acte juridique ayant donné naissance à une situation juridique. Comment se détermine l'efficacité probatoire – ou force probante - d'un acte juridique, en tant qu'attribut procédural ? Il apparaît que la force probante d'un instrument relatant une situation juridique doit, par principe, se déterminer conformément à la loi qui s'est effectivement appliquée à la constitution de ladite situation (Paragraphe 1) ; il existe toutefois des exceptions pour lesquelles c'est la loi française ou *lex fori* qui déterminera l'efficacité probatoire d'un instrument étranger (Paragraphe 2). C'est le cas de la force probante des actes de l'état civil provenant de l'étranger. En revanche, la question des modes de preuve, à l'inverse de la force probante, ne nous retiendra pas

plus. En effet, s'agissant des nos travaux, c'est toujours la preuve par les actes juridiques, au sens d'instruments. Ainsi, les modes de preuve sont les actes juridiques, c'est-à-dire la preuve par les actes.

### § 1. L'application de principe de la loi qui s'est effectivement appliquée

417. La notion et les effets de la force probante en droit interne ont déjà fait l'objet de développements préalables. Le processus d'authentification d'un acte juridique en droit interne et les effets, notamment en matière probatoire que développaient les actes authentiques ont pu être détaillés<sup>1150</sup>.

418. S'agissant ici du traitement de situations juridiques concrètes, catégoriques et non-permanentes, deux options seulement paraissent envisageables pour déterminer l'efficacité probatoire des instruments en droit international privé. On peut suggérer d'abord l'application des principes du for, comme en matière d'authenticité au travers du principe de l'équivalence, c'est-à-dire un retour sur les valeurs du for. À l'opposé, la détermination de l'intensité de la force probante d'un instrument peut se réaliser conformément au droit et à la loi qui s'est effectivement appliquée à la constitution de la situation juridique en la forme. La logique binaire semble alors faciliter l'étude en matière de détermination de la force probante des instruments renfermant une situation juridique. Soit on procède à un retour sur les valeurs du for et ce sont les conceptions du for requis qui doivent permettre de déterminer l'efficacité probatoire - et ainsi la force probante des instruments - notamment avec le principe d'équivalence comme cela existe en matière d'authenticité. Soit, au contraire, on se réfère au droit et à la loi qui s'est appliqué à la constitution de la situation juridique, et c'est la loi qui s'est effectivement appliquée à la forme de la situation juridique qui doit permettre de déterminer l'efficacité probatoire et l'intensité de la force probante attachée à un instrument juridique.

419. Tout d'abord le choix de la *lex fori*, c'est-à-dire un retour sur les valeurs du for pour déterminer l'efficacité probatoire d'un instrument, peut se révéler *a priori* séduisant. En effet, le principal argument en faveur de l'application de la *lex fori* est qu'il s'agit en premier lieu de déterminer l'effet d'un mode de preuve sur la conviction du juge ou n'importe quelle autorité, à laquelle le mode de preuve est présenté. S'agissant de l'effet des modes de preuve, on comprend que les questions d'admissibilité de ces derniers et de leur valeur probatoire sont intimement

---

<sup>1150</sup> V. *Supra*, p. 33 s., n° 35 s.

imbriquées<sup>1151</sup>. À propos des modes de preuve, certains auteurs ont défendu la thèse suivant laquelle la preuve est largement rattachée à la procédure<sup>1152</sup>. De ce point de vue le recours à la *lex fori* - en matière conflictuelle - ou un retour sur les valeurs du for, par le biais notamment du principe d'équivalence, peut apparaître intéressant. La preuve se rattachant à la procédure et non à la substance des droits, l'autorité à laquelle est présenté l'instrument, comme mode de preuve, doit voir sa conviction emportée par les valeurs de l'ordre juridique l'ayant instituée. Une telle conception de la preuve rattachée à la procédure rend ainsi séduisant le recours à la *lex fori* ou un retour sur les valeurs du for, notamment à travers le principe d'équivalence, comme c'est le cas en matière d'authenticité<sup>1153</sup>.

420. Pour autant, s'agissant des moyens ou modes de preuve le célèbre arrêt *Isaac*<sup>1154</sup> apporte une solution et offre une option aux particuliers s'agissant des règles applicables en matière conflictuelle, précisant dans son attendu général - en matière d'état civil - et devenu classique que « *s'il appartient au juge français d'accueillir les modes de preuve de la loi du for, c'est néanmoins sans préjudice du droit pour les parties de se prévaloir également des règles de preuve du lieu étranger de l'acte* ».

421. Cette jurisprudence offre aux parties une solution réalisant l'équilibre entre l'application de la loi du for et la loi du lieu de l'acte ou loi de l'autorité s'agissant des actes publics. En effet, si elle semble se prononcer sur l'application de la *lex fori* s'agissant des modes de preuve, elle tempère sa décision en précisant que l'applicabilité de la *lex fori* en matière d'admissibilité des modes de preuve doit se réaliser sans préjudice du droit pour les parties de se prévaloir également des modes de preuves admis par les règles du lieu étranger de l'acte. On peut dire qu'en matière d'admissibilité des modes de preuve il n'y a, en droit positif, qu'une mise à l'écart partielle de la *lex loci actus* ou de la *lex auctoris*, dont peuvent se prévaloir également les parties. Si la jurisprudence semblait sensible aux arguments rattachant les modes de preuve à la procédure - et devant ainsi se rattacher à la *lex fori* - elle semblait également sensible aux arguments doctrinaux visant à démontrer que, si la loi locale ne requérait pas la réalisation d'un écrit - c'est-à-dire une preuve préconstituée -

<sup>1151</sup> G. LÉGIER et G. LARDEUX, Fascicule 551-10 : ACTES JURIDIQUES. - Forme. - Loi applicable à la forme [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 7 janvier 2019], mai 2007 (Mis à jour février 2018), Lexis360, n° 67

<sup>1152</sup> F. LAURENT, Droit civil international. Tome VIII, 1880, Bruylant-Christophe (Bruxelles), n° 20 - V. DELAPORTE, Recherches sur la forme des actes juridiques, Thèse dactyl., Paris I, 1974, p. 370 s.

<sup>1153</sup> P. CALLÉ, L'acte public en droit international privé, Thèse, Economica, 2004, Préface de P. Mayer, p. 314 s. n° 599 s.

<sup>1154</sup> Rev. crit. DIP, 1959, p. 368, note Y. Loussouarn

il serait sévère de refuser, au nom de la loi du for, la preuve par témoins ou présomption<sup>1155</sup>. En matière d'admissibilité des modes de preuve, elle s'engage donc dans une voie offrant une option aux parties, leur permettant de se prévaloir des modes de preuve admis par la *lex fori*, mais également par la *lex loci actus* ou *lex auctoris*. L'admissibilité des modes de preuve selon la *lex loci actus* ou la *lex auctoris* rejaillit nécessairement sur les effets de ce mode de preuve ; c'est la raison pour laquelle de nombreux auteurs, tout comme la jurisprudence, se sont révélés favorables à l'application de la *lex loci actus*, *lex formae* ou *lex auctoris* en matière de détermination de la force probante d'un instrument juridique.

422. La foi accordée à un instrument dépend largement des modes de preuve admis pour la combattre. Lorsqu'un écrit est accordé comme moyen de preuve d'un rapport juridique en vertu de la loi locale, il paraît logique d'appliquer de nouveau cette loi, afin de déterminer les modes de preuve à même de combattre la véracité établie par l'instrument considéré<sup>1156</sup>, c'est-à-dire pour déterminer sa force probante. Puisque c'est la loi locale qui détermine les modes de preuve il convient alors, au regard des liens qu'ils entretiennent, que ce soit la même loi qui indique la manière dont on peut combattre la preuve apportée en vertu de la loi locale. Par ailleurs, au moment de la rédaction de l'acte, il est logique que les parties se soient fiées à la force probante de l'instrument qu'elles réalisent au lieu où elles le réalisent, donc à la force probante de l'instrument conformément à la *lex loci actus*. Appliquer une autre loi que la *lex loci actus*, comme la *lex fori* par exemple, se révélerait à même de contrarier les prévisions légitimes des parties au moment de la rédaction de l'acte<sup>1157</sup>. En effet, comment les parties pourraient-elles se fier à l'application de la loi d'un ordre juridique avec lequel elles ne pouvaient prévoir d'entrer en contact ultérieurement ?

423. Pour l'ensemble de ces raisons notamment, le point de vue visant à déterminer la force probante d'un instrument conformément à la *lex loci actus*, semble susciter l'adhésion de la

---

<sup>1155</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 361, n° 525 - M. REVILLARD, Actes de l'état civil [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 8 août 2020], janvier 2013 (actualisation juin 2020), Dalloz, spéc. n° 105

<sup>1156</sup> G. LÉGIER et G. LARDEUX, *op. cit.*, n° 67

<sup>1157</sup> G. LÉGIER et G. LARDEUX, *op. cit.*, n° 67

majorité de la doctrine<sup>1158</sup>, même la plus spécialisée<sup>1159</sup>. Par ailleurs, ce principe de solution ne se limite pas nécessairement aux actes publics étrangers<sup>1160</sup>.

424. La jurisprudence, à l'image de la doctrine, s'est également rangée derrière l'application de la loi locale, *lex loci actus* ou *lex formae*, pour déterminer la force probante d'un instrument. Elle consacre cette solution sans équivoque dans un arrêt *Garineau* du 10 janvier 1951<sup>1161</sup> où la juridiction pose le principe selon lequel la force probante d'un acte, tout comme sa validité en la forme, relève exclusivement de la loi locale. Cette solution, qui concernait un testament olographe, a par la suite été étendue et consacrée en matière d'actes authentiques, sans subir l'instauration de compétences alternatives comme pour l'admissibilité des modes de preuve. Dès lors, malgré l'admissibilité des modes de preuve conformément à la *lex fori* ou à la *lex loci actus*, la loi locale demeure pour sa part exclusivement compétente pour la détermination de la force probante d'un instrument authentique. C'est la solution à laquelle aboutit un important arrêt de la Cour de cassation dans une décision du 28 juin 2005<sup>1162</sup>. Cette décision concernait la cession de parts sociales d'une société allemande constatée dans un acte notarié allemand<sup>1163</sup>. La difficulté provenait du fait qu'en dépit de l'acte authentique allemand indiquant que « *selon les personnes intéressées, la contrepartie a déjà été versée* », la somme due n'aurait en réalité jamais été réglée. M. Aubin - l'acquéreur des parts sociales - estimait que la partie adverse n'établissait pas que la loi allemande, applicable au litige, leur permettait de rapporter la preuve contraire aux énonciations comprises dans l'acte notarié réalisé en Allemagne. En appel, la juridiction estime que c'est à M. Aubin, qui se prévaut du droit allemand, d'établir son contenu. À défaut, la Cour d'appel d'Angers fait application, à titre subsidiaire, de la loi française, laquelle permet de rapporter la preuve contraire de ce qui ne relève pas des constatations personnelles du notaire. En ce sens, ce qui ne relève pas des constatations personnelles du notaire revêt en droit français la même force probante que les actes sous signature privée et supporte donc la preuve contraire. Enfin, suite à la décision de la

<sup>1158</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*. Tome II, Paris, LGDJ, 1983 (7<sup>ème</sup> édition), n° 708 - D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 867 s. - E. AUDINET, *Principes élémentaires du droit international privé*, Paris, Pedone, 1906 (2<sup>ème</sup> édition), n° 350 - A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*. Vol. 1, Sirey, 1923, n° 542 - P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse du droit international privé*, Paris Cujas 1972, note 1

<sup>1159</sup> E. FONGARO, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, Thèse, LGDJ, 2004, Préface de Bernard Beignier et Jacques Foyer, spéc. p. 126, n° 226 - A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, Thèse, Dalloz, 1965, Préface de Roger Perrot, p. 278 s., n° 234

<sup>1160</sup> N. BOUCHE, *Preuve de la loi étrangère et loi applicable à la preuve*, D. 2005, p. 2853

<sup>1161</sup> *Rev. crit. DIP*, 1952, p. 95, note Batiffol

<sup>1162</sup> *Civ. 1re*, 28 juin 2005, *Aubin*, n° 00-15.734

<sup>1163</sup> V. N. BOUCHE, *Preuve de la loi étrangère et loi applicable à la preuve*, D., 2005, p. 2853 s.

Cour d'appel, M. Aubin forme un pourvoi en cassation à l'issu duquel la Cour de cassation censura la juridiction d'appel en ce qu'elle fait application de la *lex fori* en matière de détermination de la force probante d'un acte authentique. La Cour de cassation va donc clairement affirmer l'applicabilité de la loi étrangère du lieu de l'acte, la *lex loci actus*, en matière de détermination de la force probante d'un instrument authentique.

425. Pour la Cour de cassation, « *Attendu qu'il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ; - Attendu que pour faire application de la loi française à titre subsidiaire au lieu de la loi allemande invoquée à juste titre par M. Aubin dès lors qu'il s'agissait de déterminer la loi applicable à la force probante des mentions d'un acte notarié dressé en Allemagne, soumise à la loi du lieu de l'acte, l'arrêt attaqué du 29 février 2000 retient que celui-ci ne rapportait pas la preuve qui lui incombait de la teneur de la règle du droit étranger qu'il invoquait ; - Qu'en statuant ainsi, en se bornant à constater que les preuves fournies par les parties étaient insuffisantes pour établir la teneur du droit allemand applicable, la cour d'appel a méconnu son office et a violé le texte susvisé* ».

426. On peut avec cette décision affirmer qu'en matière d'acte authentique, et en droit commun, la loi applicable à la détermination de la force probante est la *lex loci actus* et nullement la *lex fori*. S'agissant de l'affaire concernée, la loi applicable à la détermination de la force probante d'un acte notarié dressé en Allemagne, est ainsi exclusivement la loi allemande en tant que *lex loci actus* et non pas la loi française en tant que *lex fori*.

427. Il convient de préciser que le droit de l'Union européenne, à travers certains instruments dont il a pu se doter, prévoit également des solutions en matière de force probante des actes publics étrangers. Il apparaît, à cet égard, que la solution retenue par le droit européen, dans les domaines où celui-ci a réglementé, apparaissent analogues à la solution retenue en droit commun. Par exemple, tant le règlement « *régimes matrimoniaux* » (article 58) que le règlement « *effets patrimoniaux des partenariats enregistrés* » (article 58) ou encore le règlement « *successions* » (article 59) prévoient en substance qu'« *un acte authentique établi dans un État membre à la même force probante dans un autre État membre que dans l'État membre d'origine ou y produit les effets les plus comparables, pour autant que cela ne soit pas manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre concerné* ». Ainsi, en droit européen, la force probante des actes authentiques se révèle, en pratique, soumis à la *lex formae* ou *lex loci actus*.

428. La force probante dépend étroitement du moyen de preuve retenu, cela semble conférer à la *lex formae* une place prépondérante<sup>1164</sup>. En effet, comme il a été évoqué, les moyens de preuve retenus dépendent non seulement des exigences requises par la loi locale, mais c'est également en référence à l'application de cette loi sur laquelle les parties ont légitimement compté et à laquelle elles se sont fiées. L'application de la *lex fori*, ou un retour sur les valeurs du for - en matière de détermination de la force probante d'un mode de preuve - est susceptible de se révéler plus sévère que les exigences de la loi locale au moment de la constitution de la situation juridique, mais est également susceptible de porter atteinte aux prévisions légitimes des parties, qui se seront fiées à l'application de cette loi. En effet, les parties lors de la constitution d'une situation juridique n'ont pu que se référer à la loi locale pour déterminer la force probante de l'instrument qu'elles constituent. Appliquer *a posteriori* la force probante déterminée par la loi du for, ou par référence aux valeurs du for, est de nature à porter atteinte à leurs prévisions concernant la force probante de l'acte réalisé. C'est la raison pour laquelle, conformément aux solutions du droit positif, il apparaît que se révèle favorable l'application de la *lex loci actus*, *lex formae* ou *lex auctoris*, ou encore de la loi qui s'est effectivement appliquée à la forme de l'acte, pour en déterminer son efficacité probatoire. Ainsi, en matière de force probante des instruments relatifs à une situation juridique - et bien que cela concerne l'efficacité procédurale dans la perspective de la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance d'efficacité, il apparaît que pour les mêmes raisons qu'en matière conflictuelle, une solution analogue doit être adoptée. C'est donc conformément à la loi qui s'est effectivement appliquée à la constitution de la situation juridique en la forme que doit se déterminer la force probante de l'instrument qui y est relatif, et ainsi son efficacité probatoire.

429. Se perçoit alors l'argument susceptible d'être opposé à une telle affirmation, s'agissant de la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance des situations, selon lequel, si l'on désigne une loi pour déterminer la force probante des instruments, c'est que l'on se trouve, s'agissant des situations juridiques, non pas sur le terrain de l'application de la méthode de la reconnaissance, mais, nécessairement, sur le terrain du conflit de lois. Cela n'est pas dénué de sens dans la mesure où, rappelons-le, la force probante d'un instrument constitue un attribut de cet instrument. De ce point de vue, comme attribut, elle est extérieure à celui-ci et est accordée par la loi. Comme l'évoque, par exemple, la doctrine, en matière de jugements : la force probante des

---

<sup>1164</sup> G. LÉGIER et G. LARDEUX, *op. cit.* - T. VIGNAL, Preuve [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 10 juin 2020], septembre 1999 (actualisation mars 2013), Dalloz, n° 41



éléments personnellement constatés par le juge constitue un attribut du jugement<sup>1165</sup>. À cet égard, il est intéressant de constater que, justement en matière de force probante, un certain nombre d'auteurs semblent assimiler les jugements étrangers aux actes publics étrangers qui ne constituent pas des décisions, tels les actes notariés, par exemple.

430. Ainsi, les Professeurs Holleaux, Foyer et Geouffre de la Pradelle indiquent que « *Comme tout instrument authentique étranger, celui qui relate la décision devrait, indépendamment de la régularité internationale de cette dernière, faire pleine foi des faits et des actes que le juge étranger a personnellement constatés* »<sup>1166</sup>. De même les Professeurs Mayer, Heuzé et Remy indiquent que s'agissant des constatations personnelles faites par le juge étranger et rapportées dans le jugement, qu'elles peuvent se voir reconnaître une force probante particulière « *en tant que consignée dans un acte authentique et faites par l'auteur de celui-ci* ». La reconnaissance de cette force probante particulière nécessite toutefois la reconnaissance d'une certaine valeur normative au jugement étranger et suppose, ainsi remplies, certaines conditions, les mêmes que s'agissant d'un acte notarié étranger (compétence interne, etc...) <sup>1167</sup>. La démarche entreprise laisse à penser que les Professeurs Mayer, Heuzé et Remy assimilent, du point de vue de leur force probante, les jugements étrangers et l'ensemble des actes publics étrangers. Cette démarche, suivant laquelle le jugement étranger est pris en compte comme un acte public<sup>1168</sup>, semble même avoir reçu une forme de reconnaissance en droit positif, à travers la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>1169</sup>. Dans une affaire en date du 22 avril 1986, la Cour de cassation a considéré que les juges du fond sont « *en droit de donner aux jugements ecclésiastiques la valeur probante qui leur est reconnue par la loi sous l'empire de laquelle ils ont été rendus sans leur conférer pour autant l'autorité de la chose jugée* », et peuvent, dès lors qu'il est « *relevé que ces jugements émanaient d'une juridiction compétente [...], en déduire la preuve du versement de la dot et de sa consistance* ». Comme l'indique le Professeur de Vareilles-Sommières, la démarche entreprise laisse penser que,

<sup>1165</sup> C. BOUTY, Chose jugée [en ligne], Répertoire de procédure civile [consulté le 16 avril 2021], mars 2018 (Actualisation mars 2021), Dalloz, n° 37

<sup>1166</sup> D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, Masson, 1987, p. 420 s., n° 904

<sup>1167</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, Droit international privé, LGDJ, 2019 (12<sup>ème</sup> édition), p. 319 s., n° 470

<sup>1168</sup> M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ, 2020 (7<sup>ème</sup> édition), p. 533., n° 777 - H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé. Tome II, Paris, LGDJ, 1983 (7<sup>ème</sup> édition), n° 740 - D. ALEXANDRE, Les pouvoirs du juge de l'exequatur, Thèse, LGDJ, 1970, n° 96 s. - A. HUET, Fasc. 584-20 : EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS - Effets indépendants de la régularité internationale du jugement étranger [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 10 juillet 2020], 30 octobre 2015, Lexis360, n° 18 et 24

<sup>1169</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avr. 1986, *Djenangi* : Rev. crit. DIP 1988. 302, note Bischoff

dès lors qu'il émane de l'autorité compétente dans son État d'origine, l'acte étranger, le jugement, se voit reconnaître la force probante que lui accorde la loi de cet État<sup>1170</sup>. La démarche consistant à assimiler les jugements étrangers à l'ensemble des actes publics étrangers semble avoir reçu une reconnaissance jurisprudentielle dans la mesure où cet arrêt semble reconnaître la force probante des constatations personnelles du juge, telle qu'elle est déterminée par la *lex loci actus*, dès lors que sont réunies certaines conditions, telle la compétence interne par exemple ; c'est, comme il a préalablement été démontré, la démarche retenue par le droit positif en matière de détermination de la force probante des actes publics étrangers. Si l'on retient effectivement, du point de vue de leur force probante, une assimilation des jugements étrangers et des actes publics étrangers ou actes authentiques étrangers, alors il convient de considérer que la détermination de la force probante des jugements étrangers relève, au moins en droit commun, de la méthode conflictuelle. Conformément au développement préalable, et comme semble le confirmer la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est dans ce cas la *lex loci actus* qui permet de déterminer la force probante. Celle-ci - la force probante prévue par la *lex loci actus* - sera reconnue, dès lors que seront réunies certaines conditions.

431. De ce point de vue, il est intéressant de remarquer que, comme l'indique la doctrine<sup>1171</sup>, la preuve de l'origine de l'instrument étranger, dans l'objectif notamment de lui faire produire l'ensemble de ses effets procéduraux, telle la force probante déterminée par la *lex loci actus*, se matérialise par la légalisation de l'expédition du jugement, pour le moins dans les cas où celle-ci demeure nécessaire. La légalisation atteste ainsi, comme cela a été indiqué, la compétence de l'autorité et la véracité de la signature que le jugement étranger porte.

432. Cela se révèle à même de participer à démontrer que la reconnaissance de la force probante du jugement étranger, telle que déterminée par la *lex loci actus*, est préalable et donc extérieure à la procédure de la reconnaissance d'efficacité, la procédure d'*exequatur*, dans le cas où celle-ci demeure nécessaire à la reconnaissance d'efficacité d'un jugement étranger. En effet, la procédure de légalisation, lorsque celle-ci est requise, est nécessairement préalable à la procédure

---

<sup>1170</sup> P. DE VAREILLES SOMMIÈRES, Jugement étranger : matières civile et commerciale - Généralités [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 24 avril 2021], septembre 2013 (Actualisation septembre 2020), Dalloz, n° 64

<sup>1171</sup> A. HUET, Fasc. 584-30 : EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS SUBORDONNÉS À LEUR RÉGULARITÉ INTERNATIONALE. - Procédures de contrôle de la régularité. - Exécution ou force exécutoire du jugement : procédure de l'*exequatur* [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 21 avril 2021], 27 mai 2020, Lexis360, spéc. n° 25

d'*exequatur*, lorsque cette dernière est elle-même requise pour la reconnaissance d'efficacité du jugement étranger par exemple. Cela accrédite le fait que la détermination de la force probante est extérieure à la procédure de reconnaissance d'efficacité des jugements étrangers, et ainsi, susceptible de relever de l'application d'une autre méthode que celle de la reconnaissance d'efficacité. Il apparaît en effet, eu égard aux développements précédents, que la méthode permettant de déterminer la force probante d'un jugement étranger, de la même manière que s'agissant de l'ensemble des actes publics étrangers, relève, semble-t-il nécessairement, au regard de la nature d'attribut de la force probante, de la méthode du conflit de lois.

433. Cette solution apparaît compréhensible dans la mesure où la force probante, à l'image de la force exécutoire, constitue un attribut du jugement étranger en tant qu'instrument<sup>1172</sup>. En ce sens, il ne relève pas de l'activité juridictionnelle du juge et de la décision qu'il a prise, mais nécessairement de l'application d'une loi qui en détermine l'intensité, considérant un instrument particulier. La force probante est extérieure au contenu substantiel de l'acte juridique et relève de l'application d'une loi. Ainsi, la force probante, comme la force exécutoire d'un instrument, en tant qu'attribut, supposent nécessairement l'application d'une loi permettant d'en déterminer l'existence - s'agissant de la force exécutoire - ou l'intensité - s'agissant de la force probante. Comme l'indique le Professeur Péroz en matière de force exécutoire des jugements étrangers, « *Seule la force exécutoire française peut être octroyée par l'exequatur au jugement étranger. [...] Par conséquent, les conditions d'attribution de la force exécutoire, les modalités d'exécution ainsi que les voies d'exécution ne peuvent que dépendre de la loi française.* »<sup>1173</sup>. De la même manière, en tant qu'attribut extérieur au contenu de l'acte, il apparaît que la détermination de la force probante d'un instrument étranger suppose nécessairement, comme est susceptible de le démontrer l'exemple des jugements étrangers - et l'assimilation réalisée par certains auteurs avec les actes publics étranger -, l'application d'une loi permettant d'en déterminer son intensité. S'agissant des attributs des instruments extérieurs à ceux-ci et attribués par la loi, la question semble alors nécessairement demeurer celle de la désignation de la loi qui les détermine. La reconnaissance des attributs procéduraux passe alors, semble-t-il, nécessairement par l'application de la méthode conflictuelle. Ce n'est donc pas sur ce terrain, mais sur celui de l'efficacité substantielle, que semble se manifester avec le plus de force les conséquences pratique

<sup>1172</sup> V. *Supra*, p. 100 s., n° 145 s.

<sup>1173</sup> H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, Thèse, LGDJ, 2005, Préface de H. Gaudemet-Tallon, p. 155, n° 290 - S'agissant de l'attribution de la force exécutoire au jugement étranger cela suppose toutefois que celui-ci dispose d'une valeur normative en France. Dans le cas contraire, il ne pourrait pas avoir force exécutoire puisque ne disposerait justement pas de valeur normative : H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 155, n° 290

de l'application de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques. Ainsi, pour conclure, c'est conformément à la loi qui s'est effectivement appliquée à la forme ou *lex loci actus*, *lex formae* que doit, pour les raisons préalablement évoquées, se déterminer la force probante des instruments, ainsi que les constatations personnelles de l'officier public étranger contenues dans l'instrument, s'agissant des instruments publics. Pour autant, eu égard aux règles en vigueur, cette solution ne peut s'appliquer à l'ensemble des actes juridiques et on doit exceptionnellement revenir à l'application de la loi française.

## § 2. L'application exceptionnelle de la loi française

434. S'il se dégage des précédents développements que la force probante en matière d'efficacité procédurale des instruments relatifs à une situation juridique doit se déterminer conformément à la loi qui s'est effectivement appliquée à la constitution de la situation juridique en la forme il n'est, sauf à ignorer totalement les dispositions matérielles de droit interne, pas possible d'en proposer une application généralisée, mais seulement une application de principe. En effet, en droit interne, l'article 47 du Code civil est une disposition de droit matériel relative spécialement à la force probante des actes de l'état civil dressés à l'étranger, dont on ne peut faire abstraction. A déjà été mis en avant l'objet et l'importance de l'état civil en droit ainsi que le procédé de constatation, dont ses éléments sont l'objet, non seulement en droit interne, mais également et plus généralement en droit comparé<sup>1174</sup>. Il est en revanche impossible d'éluder et ignorer l'existence de la règle posée par l'article 47 du Code civil qui n'apparaît pas tant constituer une règle de conflit relative à la forme qu'une véritable règle matérielle relative à la force probante des actes d'état civil étrangers. Si la fonction probatoire n'est pas la seule fonction des actes de l'état civil, elle est néanmoins essentielle. Ces derniers permettent de garantir la permanence de l'état des personnes et le respect des droits fondamentaux ; ainsi pouvoir prouver son état civil permet d'obtenir des droits et de les exercer<sup>1175</sup>.

435. De 1938 jusqu'en 2003, c'est-à-dire durant 65 ans, l'article 47 du Code civil n'avait pas connu de modification textuelle. Certes, durant cette période la jurisprudence avait été amenée à évoluer au regard notamment de la politique et de la loi française en matière de nationalité

<sup>1174</sup> V. *Supra*, p. 57 s., n° 83 s.

<sup>1175</sup> A. CAMUZAT, *op. cit.*, spéc. p. 312, n° 242

et d'immigration, mais le texte n'a pas connu d'évolution durant cette période<sup>1176</sup>. Jusqu'en 2003 et la loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, l'article 47 du Code civil disposait que *“Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays”*.

La loi n° 2003-1119 procède à une modification des dispositions de l'article 47 en prévoyant de manière beaucoup plus détaillée que : *« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. En cas de doute, l'administration saisie d'une demande d'établissement, de transcription ou de délivrance d'un acte ou d'un titre, surseoit à la demande et informe l'intéressé qu'il peut, dans le délai de deux mois, saisir le procureur de la République de Nantes pour qu'il soit procédé à la vérification de l'authenticité de l'acte. S'il estime sans fondement la demande qui lui est faite, le procureur de la République en avise l'intéressé et l'administration dans le délai d'un mois. S'il partage les doutes de l'administration, le procureur de la République de Nantes fait procéder, dans un délai qui ne peut excéder six mois, renouvelable une fois pour les nécessités de l'enquête, à toutes investigations utiles, notamment en saisissant les autorités consulaires compétentes. Il informe l'intéressé et l'administration du résultat de l'enquête dans les meilleurs délais. Au vu des résultats des investigations menées, le procureur de la République peut saisir le tribunal de grande instance de Nantes pour qu'il statue sur la validité de l'acte après avoir, le cas échéant, ordonné toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »*.

436. La loi du 26 novembre 2003<sup>1177</sup> modifie les dispositions de l'article 47 principalement sur deux points. Le premier point concerne la présomption de force probante due en l'instrument étranger qui est écartée dès lors que la réalité des énonciations de l'acte sont contredites par d'autres éléments propres ou extérieurs à l'acte, notamment l'irrégularité, la falsification ou encore lorsque les faits déclarés dans l'acte ne correspondent pas à la réalité. La foi due en l'instrument étranger d'état civil est écartée dès lors que sont mis en évidence l'un ou plusieurs de ces éléments.

À ces limites probatoires de l'acte d'état civil étranger, le deuxième point ajouté par la réforme engagée par la loi du 26 novembre 2003 concerne la procédure spécifique mise en place devant le Procureur de la République de Nantes. Pour résumer, la procédure prévoit qu'en cas de doute de la part de l'administration celle-ci sursoit à statuer et informe l'intéressé qu'il a la possibilité de saisir

<sup>1176</sup> C. BIDAUD-GARON, Fasc. 544 : ÉTAT CIVIL. – Autorités compétentes. – Loi applicable. – Réception des actes étrangers en France [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 3 novembre 2018], 15 février 2008, Lexis360, n° 223

<sup>1177</sup> V. C. BIDAUD-GARON, La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003, Rev. crit. DIP, 2006, p. 49 s.

le Procureur de la République de Nantes. Si les doutes de l'administration paraissent infondés pour le Procureur de la République, il en avise l'intéressé et l'administration dans un délai d'un mois ; dans le cas contraire, il procède à toutes les vérifications nécessaires et investigations utiles dans un délai maximum de six mois<sup>1178</sup>.

437. Enfin l'ultime étape de l'évolution législative en matière de force probante des actes d'état civil étrangers, jusqu'à l'heure actuelle, intervient avec la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006. Cette nouvelle loi conserve les premières des modifications issues de la loi précédente. Elle réaffirme alors le principe de la force probante de l'acte dès lors que celui-ci est rédigé conformément aux formes usitées dans le pays, sauf dans les cas où une irrégularité, une falsification ou encore lorsque des faits ne correspondant pas à la réalité sont mis en évidence. En revanche, elle supprime la procédure spécifique de vérification devant le Procureur de la République de Nantes et se limite au principe d'une possible vérification sans en déterminer les modalités<sup>1179</sup>. Les dispositions de l'article 47 du Code civil telles qu'elles ressortent de la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 et telles qu'elles sont en vigueur aujourd'hui prévoient désormais que *« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité »*.

438. Le respect des formes étrangères prévu par l'article 47 pour déterminer la foi due en l'instrument d'état civil étranger ne ressort pas d'un contrôle mais d'une présomption. S'il n'existe pas de contestation de la régularité du document étranger, il sera présumé conforme à la *lex loci* ou, s'agissant de la reconnaissance des situations juridiques, conforme à la loi qui s'est effectivement appliquée à la forme, donc probant<sup>1180</sup>. L'acte d'état civil étranger disposera ainsi d'une efficacité probatoire conformément à l'article 47 du Code civil. À l'inverse, si le document étranger est contesté, l'autorité du for requis devra le contrôler ; si les formes étrangères de la loi qui s'est effectivement appliquée à la constitution de la situation juridique sont respectées, alors l'instrument présenté disposera d'une efficacité probatoire sur le territoire du for de reconnaissance et sera considéré comme probant, conformément à l'article 47 du Code civil. Dans le cas contraire,

<sup>1178</sup> L-D. HUBERT, G. AUVOLAT et P. BRUNEL, Art. 47 et 48 - Fasc. 20 : ACTES DE L'ÉTAT CIVIL. – Événements d'état civil survenus à l'étranger [en ligne], JurisClasseur Civil Code, Encyclopédie JurisClasseur [consulté le 10 juin 2020], 10 mars 2010, Lexis360, n° 3

<sup>1179</sup> M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 46

<sup>1180</sup> A. CAMUZAT, *op. cit.*, spéc. p. 314, n° 246

toute force probante lui sera déniée<sup>1181</sup>. L'acte ne disposera alors d'aucune efficacité probatoire. C'est la solution actuellement admise par la jurisprudence en matière de détermination de la force probante des actes d'état civil provenant de l'étranger<sup>1182</sup>.

À cet égard, l'article 47 ne résout pas un problème de conflit de lois relatif à la force probante des actes de l'état civil, mais détermine l'effet en France d'un acte d'état civil étranger. Il le détermine à travers la réponse à la question de l'efficacité probatoire d'instruments étrangers correspondant à ce que le droit français définit comme acte de l'état civil<sup>1183</sup>. Ainsi on peut dire qu'en matière de force probante des actes d'état civil provenant de l'étranger, les autorités françaises ne s'interrogent pas sur la loi applicable à la détermination de la force probante, elles appliquent directement l'article 47 du Code civil qui leur précise les moyens de contester cette force probante<sup>1184</sup>. Ne constituant pas une règle conflictuelle - mais une règle matérielle déterminant l'efficacité probatoire d'un acte d'état civil étranger - il est indispensable de considérer les dispositions matérielles de l'article 47 du Code civil s'agissant de la reconnaissance des situations. L'objectif demeure celui de déterminer l'effet et l'efficacité probatoire en France d'un acte de l'état civil étranger au regard de la loi qui s'est effectivement appliquée à la constitution de la situation juridique, et notamment le respect des formes usitées par la loi qui s'est effectivement appliquée à la réalisation de la situation juridique. Les actes d'état civil, au sens d'*instrumentum*, provenant de l'étranger et réalisés conformément aux formes usitées dans le pays de réalisation de l'instrument doivent ainsi être considérés comme probants et efficaces en France, sauf si certains éléments, déterminés par l'article 47 du Code civil lui-même, viennent remettre en cause cette foi due en l'instrument étranger. On peut ainsi dire que les actes d'état civil étrangers disposent d'une force probante aux yeux de l'ordre juridique français, que toutefois leur force probante est simple puisqu'elle peut être renversée par l'apport d'une preuve contraire<sup>1185</sup>. Cependant, tant que la preuve contraire n'est pas rapportée, le document demeure probant. Parmi les éléments susceptibles de détruire la foi due en l'instrument étranger, l'article 47 du Code civil prévoit l'irrégularité, la falsification ou encore l'existence de faits déclarés ne correspondant pas à la réalité c'est-à-dire l'inexactitude de l'acte étranger<sup>1186</sup>.

---

<sup>1181</sup> A. CAMUZAT, *op. cit.*, spéc. p. 314, n° 247

<sup>1182</sup> Civ. 1re, 29 novembre 2017, n° 17-50.004, s'agissant du refus d'accorder force probante à un acte de naissance sénégalais conformément à l'article 47 du Code civil car non conforme aux formes usitées au Sénégal

<sup>1183</sup> L-D. HUBERT, G. AUVOLAT et P. BRUNEL, *op. cit.*, n° 12

<sup>1184</sup> C. BIDAUD-GARON, Fasc. 544 : ÉTAT CIVIL. – Autorités compétentes. – Loi applicable. – Réception des actes étrangers en France [en ligne], *op. cit.*, n° 245

<sup>1185</sup> A. CAMUZAT, *op. cit.*, spéc. p. 315, n° 249

<sup>1186</sup> Pour approfondir à ce sujet V. A. CAMUZAT, *op. cit.*, spéc. p. 315 s., n° 250 s.

439. En matière de force probante des actes étrangers d'état civil il est possible d'affirmer que l'article 47 du Code civil se révèle applicable s'agissant de notre proposition. L'application de la règle matérielle de l'article 47 du Code civil doit ainsi permettre de déterminer la force probante, c'est-à-dire l'efficacité probatoire des actes étrangers d'état civil, en considérant la loi qui s'est effectivement appliquée à la forme des actes d'état civil. Les actes étrangers d'état civil rédigés dans les formes usitées par la loi qui s'est effectivement appliquée à la forme de la situation juridique doivent être considérés comme probants, et de ce point de vue efficace. C'est ce que prévoit l'article 47 du Code civil, applicable en la matière.

440. Il est ainsi possible de conclure en affirmant que, conformément à l'article 47 du Code civil relatif à l'efficacité probatoire des actes d'état civil étrangers, ce sont exceptionnellement les dispositions matérielles françaises considérant la loi qui s'est effectivement appliquée à la forme, et non directement la loi qui s'est effectivement appliquée à la forme, qui détermineront l'efficacité probatoire des instruments relatifs à une situation juridique lors de la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance des situations.



## Conclusion du chapitre 1

442. L'efficacité procédurale est relative - affirmation tautologique - à la procédure, et permet de faire valoir ses droits, à l'occasion d'une procédure judiciaire ou administrative. Elle ne concerne pas le fond du droit ou sa substance mais sa mise en mouvement devant les autorités saisies. S'agissant des actes publics étrangers, ils sont susceptibles d'être dotés dans leur ordre juridique d'origine - comme c'est le cas s'agissant des actes authentiques réalisés en France - de certains attributs comme la force exécutoire ou une force probante renforcée. Il convient alors de déterminer de quelle manière l'ordre juridique requis appréhende, contrôle et attribue cette efficacité sur son territoire.

443. Avant cela, le droit positif impose un préalable nécessaire, concernant le contrôle de régularité externe des actes publics étrangers, dont on ne peut faire l'impasse. C'est un contrôle historiquement fermement établi. Il concerne le contrôle de la traduction de l'acte étranger mais également sa légalisation. Si ce contrôle est dissociable du contrôle de l'authenticité de l'acte public étranger il n'en est pas moins un préalable nécessaire, son absence empêchant l'utilisation de l'instrument sur le territoire du for requis.

444. Une fois seulement ce contrôle réalisé, il est possible d'envisager le contrôle de la régularité formelle de l'instrument devant lui permettre de développer son efficacité procédurale et par exemple l'attribution éventuelle de la force exécutoire au travers de la procédure d'*exequatur*. Le contrôle de la régularité formelle suppose un double contrôle. Tout d'abord un contrôle de la compétence de l'autorité, tiers instrumentaire. Il vise à s'assurer de la compétence du tiers instrumentaire à l'acte juridique pour accomplir cette tâche. Il convient ensuite de réaliser un contrôle de l'authenticité fondé sur le principe d'équivalence lorsque l'attribution de la force exécutoire est poursuivie via la procédure d'*exequatur*.

S'agissant du contrôle de la compétence de l'autorité étrangère, tiers instrumentaire, en l'absence de règles de compétence internationale des autorités, comme cela existe par exemple en matière juridictionnelle, remarquons qu'il s'agit principalement, hors cas de compétence exclusive, d'un contrôle de la compétence interne de l'autorité étrangère. L'organe étranger doit alors se révéler compétent sur le plan interne, suivant sa propre loi ou *lex auctoris*. Le contrôle doit alors, pour le for de reconnaissance, se résumer en un contrôle de la régularité formelle de l'acte public étranger, c'est-à-dire en un contrôle de la compétence *ratione materiae* et *ratione loci*.

Ce contrôle de compétence ne saurait cependant se suffire à lui-même dans le cadre du contrôle de la régularité formelle des actes publics étrangers et doit être doublé d'un contrôle de

l'authenticité, fondé sur le principe d'équivalence, lorsque l'attribution de la force exécutoire est poursuivie. La mise en œuvre du principe d'équivalence consiste en un retour sur les valeurs du for requis. Il vise à s'assurer des prérogatives et du rôle tenu par le tiers instrumentaire. Ce contrôle permet de garantir des conditions d'élaboration de l'acte public étranger substantiellement proches ou similaires à celles réalisées avec la présence d'un officier public institué par le for. Ainsi le for s'assure que l'acte public étranger présente les mêmes garanties d'élaboration que son homologue français. C'est au prix de ce double contrôle de compétence et d'authenticité - fondé sur le principe d'équivalence lorsque l'*exequatur* est recherchée - que l'on pourra déterminer la régularité formelle d'un instrument public étranger et permettre l'efficacité des attributs procéduraux dont il est revêtu.

445. La force exécutoire ne constitue en effet pas le seul attribut procédural susceptible d'être accordé à instrument juridique, la force probante en constitue un autre. En revanche, à la différence de la force exécutoire, la force probante n'est pas l'apanage des actes publics. En effet, seule l'intensité est susceptible de différer entre un acte public étranger et un acte sous-signature privé. L'attribution de principe d'une certaine force probante, quant à elle, demeure, que l'instrument soit d'origine publique ou privée. C'est la raison pour laquelle nous avons souhaité distinguer la détermination de la force probante du contrôle de la régularité formelle des actes publics. Pour autant, le contrôle de la régularité formelle demeure - à travers le contrôle de la compétence de l'autorité étrangère - s'agissant de la détermination de la force probante des instruments publics étrangers.

Par principe, en matière conflictuelle, c'est la *lex loci actus*, *lex formae* ou *lex auctoris* qui permet de déterminer la force probante des instruments juridiques, qu'ils soient d'origine privée ou publique. La jurisprudence, sous l'impulsion de la doctrine majoritaire s'est positionnée en ce sens. Il est vrai qu'un nombre non négligeable d'arguments oeuvraient pour l'adoption d'une telle solution. Parmi ces arguments figuraient tout d'abord les liens entre les modes de preuve et la force probante de ces modes de preuve. L'admissibilité des modes de preuve suivant la loi locale rejaillit nécessairement sur les effets de ce mode de preuve. Il convient alors, en cohérence, de se référer également à la loi locale afin de déterminer les modes de preuve aptes à combattre la preuve initialement présentée, conformément à la loi locale. Une solution inverse se révélerait sévère pour les parties et susceptible d'aller à l'encontre de leurs prévisions légitimes. En effet, au moment de la réalisation d'un instrument juridique les parties n'ont pu se référer qu'à la loi locale pour déterminer la force probante de l'instrument qu'ils constituent. Appliquer *a posteriori* la *lex fori* pourrait ruiner les prévisions, voire les précautions prises par les parties. La jurisprudence s'est donc rangée derrière cette solution. Si en matière d'admissibilité des modes de preuve la

jurisprudence admet ainsi les modes de preuve prévus par la *lex fori* ou la *lex loci actus*, en revanche en matière de détermination de la force probante c'est une application exclusive de la *lex loci actus*, *lex formae* ou *lex auctoris* que la jurisprudence retient.

446. L'ensemble des arguments développés, notamment par la doctrine, pour l'application de la *lex loci actus* en matière de détermination de la force probante des instruments juridiques sont transposables dans l'orbite de l'application de méthode de la reconnaissance des situations. Il convient alors de déterminer l'efficacité probatoire d'un instrument juridique, au for requis, conformément à la loi qui s'est effectivement appliquée à la constitution de la situation juridique en la forme. L'argument susceptible d'être opposé à cette affirmation consiste alors à relever que, si la détermination de la force probante d'un instrument, relatant une situation juridique, se détermine conformément à la loi qui s'est effectivement appliquée à la forme, c'est que l'on se trouve, non pas sur le terrain de la méthode de la reconnaissance - qui constitue pourtant l'objet de la proposition - mais, nécessairement, sur celui du conflit de lois. Pour autant, l'assimilation, réalisée par certains auteurs, entre les jugements étrangers et les actes publics étrangers, laisse à penser que, s'ils sont assimilés du point de vue de leur force probante, alors celle-ci se détermine nécessairement, eu égard à la jurisprudence de la Cour de cassation et au droit positif, conformément à la *lex loci actus*. Par ailleurs, la décision rendue le 22 avril 1986 par la Cour de cassation laisse ouverte la possibilité d'une telle analyse – assimilant les jugements étrangers au actes publics étrangers - s'agissant de la détermination de la force probante des jugements étrangers. Enfin, cette solution apparaît susceptible de se comprendre dans la mesure où la force probante constitue un attribut du jugement et, en tant que tel, est extérieure à l'acte. Elle est accordée par la loi. Si la force probante est accordée par la loi, alors la question demeure celle de la désignation de la loi applicable à la détermination de son intensité. On se trouve alors, nécessairement, sur le terrain du conflit de lois. Pour des raisons tenant notamment à la nature de la force probante - qui constitue un attribut d'un instrument -, ce n'est donc pas sur ce terrain que se manifeste avec le plus de force l'application de la méthode la reconnaissance - qui en est, semble-t-il, absente - mais plutôt sur celui de l'efficacité substantielle.

En pratique, la règle *locus regit actum* étant largement développée sur le globe en matière de loi applicable à la forme des actes<sup>1187</sup>, la loi s'étant effectivement appliquée à la forme devrait généralement coïncider avec la *lex loci actus*. C'est donc en principe la *lex loci actus* en tant que loi s'étant effectivement appliquée à la forme des actes qui doit, en principe, permettre de déterminer l'efficacité probatoire et la force probante des instruments juridiques lors de la mise en œuvre de la

---

<sup>1187</sup> V. *Supra* p. 134 s., n° 206 s.

méthode de la reconnaissance des situations. Si en pratique cela doit généralement coïncider, il n'est pas systématiquement certain que la *lex loci actus* se soit effectivement appliquée à la forme des actes<sup>1188</sup>. À cet égard rappelons que nous proposons le principe d'un contrôle de l'efficacité probatoire des instruments relatifs aux situations juridiques, conformément à la loi qui s'est effectivement appliquée à la forme. Si en principe elle doit généralement coïncider avec la *lex loci actus*, ça ne doit pas être nécessairement et systématiquement le cas.

447. Pour autant, la solution dégagée par la jurisprudence en matière de loi applicable à la force probante des actes juridiques ne connaît pas, en droit positif, une application généralisée. En effet, concernant spécialement la détermination de la force probante des actes d'état civil étrangers, la règle de l'article 47 du Code civil prévoit que les actes d'état civil étrangers sont probants, sauf si certains éléments prévus par les dispositions de l'article lui-même sont avérés, tels qu'une irrégularité, une falsification ou une inexactitude des mentions contenues dans l'acte. S'agissant des actes d'état civil ce sont alors directement les dispositions matérielles de la loi française, au travers de l'article 47 du Code civil qui déterminent leur force probante et régissent leur efficacité probatoire. C'est donc la loi française au travers des dispositions matérielles de l'article 47 du Code civil qui s'applique.

À cet égard, ne constituant pas une règle de conflit de lois mais une règle matérielle, il n'est pas possible, sauf à faire totalement abstraction du droit positif, d'éviter la prise en compte de l'article 47 du Code civil. Conformément aux dispositions de la loi française un acte d'état civil étranger sera considéré probant et disposera d'une efficacité probatoire s'il a été rédigé dans les formes usitées par la loi qui s'est effectivement appliquée à la forme de la situation juridique. Il doit par principe et généralement, mais pas obligatoirement de manière systématique, s'agir de la *lex loci actus* eu égard à l'application généralisée de la règle conflictuelle en matière de forme des actes juridiques.

448. Ainsi, s'agissant de la proposition visant à soumettre les situations juridiques à la méthode de la reconnaissance d'efficacité, c'est par principe la loi qui s'est effectivement appliquée à la forme de l'acte et ayant donné naissance à la situation juridique qui doit permettre de déterminer son efficacité probatoire. Cependant, exceptionnellement, eu égard aux dispositions de l'article 47 du Code civil, c'est la loi française qui s'appliquera pour déterminer spécialement l'efficacité probatoire des actes d'état civil étrangers.

449. Le contrôle de l'efficacité procédurale - impliquant un contrôle de la régularité

---

<sup>1188</sup> V. *Supra*, p. 201, n° 305

formelle lorsque est présenté un acte public étranger - doit permettre à un instrument juridique de développer ses effets procéduraux. Ce contrôle consiste à vérifier la compétence de l'autorité étrangère et l'absence d'irrégularités intrinsèques de l'instrument, comme des mentions obligatoires par exemple.

En premier lieu l'attribution de la force exécutoire requiert un contrôle de l'authenticité fondé sur le principe d'équivalence, une fois la compétence de l'autorité étrangère établie. Ce préalable permettra, éventuellement, l'attribution de la force exécutoire, telle que prévue par la loi française, dans le cadre d'une procédure d'*exequatur*. De son côté, le contrôle de l'efficacité probatoire d'un instrument juridique, qu'il soit public ou non, s'effectue par principe en application de la loi qui s'est effectivement appliquée à la forme de la situation juridique. Celle-ci doit généralement, mais pas obligatoirement, coïncider avec la *lex loci actus* au regard de l'application globale et généralisée à travers le monde de la règle *locus regit actum* en matière de forme des actes juridiques. Bien entendu, lorsque l'instrument est un instrument public étranger, le contrôle de la compétence de l'autorité s'avère nécessaire pour établir la régularité formelle de l'instrument et ainsi déterminer son efficacité probatoire. Cela est susceptible de se matérialiser par la procédure de légalisation - lorsque celle-ci demeure requise - qui atteste l'origine de l'acte et la véracité de la signature qu'il porte.

Ne pouvant cependant ignorer les dispositions internes de droit matériel, comme l'article 47 du Code civil, qui vise précisément à déterminer la force probante des actes étrangers d'état civil, la solution proposée n'est toutefois qu'une solution de principe. En effet, en matière d'actes d'état civil étrangers c'est la loi française, au travers ses dispositions matérielles, qui en détermine l'efficacité probatoire.

## Chapitre 2. Le contrôle de l'efficacité substantielle des actes juridiques

450. L'efficacité substantielle des actes juridiques se distingue de leur force probante ou de leur force exécutoire, qui concernent les effets procéduraux. Elle ne concerne pas la preuve des faits contenus dans les actes, mais directement le contenu de ceux-ci<sup>1189</sup>. À cet égard, la réussite de l'extension de la méthode de la reconnaissance passe nécessairement par la spécialisation du contrôle, en tenant compte des matières dans lesquelles les actes interviennent concrètement<sup>1190</sup>. S'il est possible de distinguer généralement selon que l'acte intervient en matière patrimoniale (Section 2) ou extrapatrimoniale (Section 1) il n'est pas possible de distinguer spécialement pour chaque situation juridique suivant la matière ou les droits considérés à l'intérieur de ces deux groupes généraux. Cette recherche relève de travaux spéciaux, distincts de notre proposition générale. Il s'agit donc de réaliser, au sein de ces deux grands groupes distinguant droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux, une présentation générale des conditions susceptibles d'être envisagées pour la reconnaissance de l'efficacité substantielle des situations juridiques en droit international privé.

### Section 1. La réception de l'efficacité substantielle des actes extrapatrimoniaux

451. Il a été mis en évidence que le fondement du recours à la méthode de la reconnaissance des situations réside dans la production des effets substantiels. Les effets juridiques entraînent la cristallisation du rapport juridique posant la question de son rejet ou de son acceptation<sup>1191</sup>. À cet égard, il a été tenté d'établir que les actes produisant leurs effets substantiels

---

<sup>1189</sup> C. BIDAUD-GARON, L'état civil en droit international privé, Thèse dactyl., Lyon, 2005, p. 311, n° 385

<sup>1190</sup> C. PAMBOUKIS, Les actes publics et la méthode de reconnaissance, *in* La reconnaissance des situations en droit international privé, Pedone, 2013, Sous la direction de P. Lagarde, p. 133 s., spéc. p. 145

<sup>1191</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s.

*ipso facto ipso jure* intervenaient principalement en matière de droits extrapatrimoniaux<sup>1192</sup>. De ce point de vue, les situations juridiques extrapatrimoniales apparaissent ainsi constituer le domaine naturel d'application de la méthode de reconnaissance des situations. Toutefois, la méthode de la reconnaissance suppose l'existence de conditions de reconnaissance ou *a contrario* de motifs de non-reconnaissance. Il convient donc d'envisager ces conditions, nécessaires à la détermination de la régularité internationale, et partant, permettant d'établir l'efficacité substantielle d'une situation juridique constituées à l'étranger. La détermination des conditions fait l'objet de discussions, plus ou moins animées en doctrine, suivant les conditions considérées. Certaines d'entre elles, comme la condition de proximité (paragraphe 1) ou d'absence de contrariété à l'ordre public (paragraphe 2) de l'État requis, semblent unanimement admises. À l'inverse, d'autres, sont l'objet de vifs débats, comme la condition d'absence de fraude (paragraphe 3). Enfin, si les conditions de reconnaissance d'efficacité des situations juridiques sont débattues, il apparaît impératif que le contrôle de la loi applicable soit exclu, au risque de ruiner la proposition réalisée (paragraphe 4).

## § 1. La proximité

452. Le concept de proximité a été théorisé par le Professeur Lagarde dans un cours devenu classique dispensé à l'académie de droit international de La Haye<sup>1193</sup>. Il s'agit d'un concept que l'on retrouve tant en matière de conflit de lois qu'en matière de conflit de juridictions. Suivant ce concept, un rapport juridique est régi par la loi avec laquelle il entretient des liens de proximité ou les liens les plus étroits. Un litige est soumis au tribunal avec lequel il présente un lien étroit. Enfin, l'efficacité d'un jugement étranger est conditionnée par les liens unissant le rapport juridique et la juridiction étrangère qui se sera prononcée sur le rapport juridique litigieux<sup>1194</sup>. Correspondant au problème de droit international posé par les situations juridiques<sup>1195</sup>, c'est en ce dernier sens qu'il faut entendre l'application du concept de proximité dans notre étude. C'est donc sous l'angle de l'efficacité d'une situation juridique étrangère que nous étudierons la proximité. Il s'agit pour cela d'appréhender la notion de proximité (A) avant d'envisager son application (B) concernant des situations juridiques relevant de l'état des personnes ou de rapports juridiques extrapatrimoniaux.

<sup>1192</sup> V. *Supra*, p. 169 s., n° 258 s.

<sup>1193</sup> P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI, 1986-I (Vol. 196), p.1 s.

<sup>1194</sup> P. COURBE, L'ordre public de proximité, in Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes, Dalloz, 2005, p. 227 s., spéc. p. 227

<sup>1195</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s. - V. *Supra*, p. 244 s., n° 372 s.

## A. La notion de proximité

453. Pour la doctrine un certain contrôle de proximité reste nécessaire afin d'établir, positivement, un lien entre la situation juridique et l'ordre juridique dont provient la norme<sup>1196</sup>. Cette condition est retenue par l'ensemble de la doctrine<sup>1197</sup>. La condition de proximité est en réalité le pendant, en matière de situations juridiques, de la compétence indirecte des juridictions dans l'ordre international. Elle a pour objectif de s'assurer que l'État d'origine disposait d'un certain titre à créer et régir une situation juridique. Il s'agit donc de vérifier que la situation juridique considérée se rattache à l'État d'origine de celle-ci<sup>1198</sup>.

Il existe de ce point de vue une très grande variété de solutions adoptées par le droit positif. La solution la plus libérale consiste à ne poser aucune condition tenant à la localisation de la création de la situation, mais à procéder à une référence « en bloc » à la loi de l'État d'origine, par exemple la loi l'État de célébration : c'est la solution retenue par la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance des mariages. À l'opposé, la solution la plus stricte consiste à subordonner la reconnaissance au respect d'une loi déterminée. Dans ce cas cependant, la règle de reconnaissance se rapproche d'une règle de conflit en désignant la loi à appliquer et à respecter pour voir reconnaître la situation au for<sup>1199</sup>. L'idée, consacrée depuis en matière de décisions de justice par l'arrêt *Simitch*<sup>1200</sup>, est de procéder à un contrôle de la compétence indirecte autonome, distinct des règles de compétences directes et cherchant à établir un lien entre la situation et l'ordre juridique d'où provient la norme. La recherche d'un lien favorise la souplesse puisque plusieurs ordres juridiques peuvent se révéler compétents à régir une situation<sup>1201</sup>. En matière spécialement d'union de couples, Ana Quinones Escamez estime qu'établir des normes de compétence internationale d'autorités permettrait d'éviter l'*auctorem shopping* ou la fraude à l'autorité. Dans cette

<sup>1196</sup> C. PAMBOUKIS, L'acte public étranger en droit international privé, Thèse, LGDJ, 1993, Préface de P. Lagarde, p. 260, n° 393

<sup>1197</sup> S. FULLI-LEMAIRE, Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations, Thèse dactyl., Paris II, 2017, p. 314, n° 315 - P. LAGARDE, Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés, in La reconnaissance des situations en droit international privé, Pedone, 2013, Sous la direction de P. Lagarde, p. 19 s., spéc. p. 23

<sup>1198</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 22 - S. BOLLÉE, L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale, Rev. crit. DIP, 2007, p. 306 s., spéc. p. 338, n° 26

<sup>1199</sup> P. LAGARDE, La reconnaissance mode d'emploi, in Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Dalloz, 2008, p.481 s., spéc. p. 493, n° 37

<sup>1200</sup> V. *Supra*, p. 117 s, n° 175 s.

<sup>1201</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 260 s., n° 393



finalité, il convient d'établir des critères de compétence internationale des autorités<sup>1202</sup>. Si l'on assimile, en matière extrapatrimoniale, les situations juridiques aux décisions s'agissant de leur circulation internationale<sup>1203</sup> on devrait examiner si la relation s'attache de façon caractérisée à l'ordre juridique de création de la situation juridique<sup>1204</sup>.

L'appréciation de ces liens suppose qu'un faisceau d'indices converge vers la juridiction, l'ordre juridique auquel appartient l'autorité ayant prêté son concours à la constitution d'une situation juridique ou encore vers l'ordre juridique du lieu de constitution de la situation juridique<sup>1205</sup>. Pour certains auteurs, à l'image de Charalambos Pamboukis, ce lien doit être entendu de façon souple, se contentant d'un lien suffisant. Cette solution est justifiée par le caractère non contentieux des situations juridiques. Les parties ont voulu le résultat auquel la norme aboutit et cette volonté devrait atténuer les exigences d'une recherche de lien caractérisé<sup>1206</sup>. Il ne s'agit donc pas d'une proximité définie *a priori*, sinon cela reviendrait simplement à appliquer une règle de conflit. Il s'agit plutôt d'une proximité effective de la situation à un ordre juridique donné<sup>1207</sup>.

Le contrôle de la compétence implique la vérification du respect des règles de compétences françaises indirectes. En matière de compétence indirecte des juridictions, depuis l'arrêt *Simitch*<sup>1208</sup>, la compétence sera établie « *toutes les fois que la règle française de conflit de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux* ». Outre l'utilisation du vocable tribunaux cette jurisprudence peut parfaitement s'adapter aux actes extrapatrimoniaux<sup>1209</sup> ou situations juridiques extrapatrimoniales. Pierre Mayer parle à cet égard de « *compétence internationale indirecte* », « *indirecte* » renvoyant au contrôle que doit subir une décision étrangère, et l'interprétation consacrée par la doctrine<sup>1210</sup>.

454. En France, on peut faire un parallèle entre la condition de proximité telle que dégagée par l'arrêt *Simitch* - et qui détermine les règles de compétence indirecte des tribunaux dans

<sup>1202</sup> A. QUINONES ESCAMEZ, Proposition pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couples, Rev. crit. DIP, 2007, p. 367 s., spéc. p. 376

<sup>1203</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s.

<sup>1204</sup> V. C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 285, n° 426

<sup>1205</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 394, n° 490

<sup>1206</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 285, n° 426

<sup>1207</sup> A. BYLIACHENKO, La circulation internationale des situations juridiques, Thèse dactyl., La Rochelle, 2016, p. 325, n° 436

<sup>1208</sup> V. *Supra*, p. 120, n° 182

<sup>1209</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 389, n° 482

<sup>1210</sup> P. MAYER, La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, Thèse, Dalloz, 1973, Préface de H. Batiffol, p. 107, n° 149

l'ordre international - et la théorie allemande de l'« *inlandsbeziehung* »<sup>1211</sup>. La traduction la plus appropriée de « *inlandsbeziehung* » semble être : « *liens suffisants avec l'ordre juridique* »<sup>1212</sup>. En droit allemand, c'est une théorie dont l'application n'est pas propre à la détermination de la compétence indirecte des juridictions ou des autorités. On la retrouve également en matière de conflit de lois. La détermination de la compétence constitue toutefois le volet qui nous intéresse. Rappelons-le, ici la condition de proximité vise à établir la compétence d'un ordre juridique pour régir une situation juridique grâce à l'existence d'un ou plusieurs liens significatifs entre cette situation et cet ordre juridique. On peut dire qu'une règle de compétence fait usage de la notion d'*inlandsbeziehung* lorsqu'elle pose comme condition de la compétence, l'existence de liens suffisants entre le litige et le for sans caractériser les liens requis. C'est une règle de compétence souple ou ouverte, non fondée sur un critère de rattachement préétabli de façon rigide. Cette recherche s'effectue *in concreto*<sup>1213</sup>. Ainsi, quoique la notion d'*inlandsbeziehung* soit proche des enseignements du principe de proximité, sur lequel elle se fonde, elle ne correspond qu'à une mise en œuvre partielle de ce principe, en quelque sorte unilatérale, en ne s'intéressant qu'au bien-fondé, au regard de ce principe, de la compétence législative ou juridictionnelle<sup>1214</sup>. Il s'agit alors de savoir si une généralisation de l'utilisation de l'*inlandsbeziehung* est souhaitable, c'est-à-dire s'il convient de faire reposer la compétence de l'ordre juridique étranger directement sur le critère des liens suffisants appréciés *in concreto* par le juge<sup>1215</sup>. En effet, la diversité des situations juridiques ne peut que compliquer la tâche du législateur dont les clairvoyances ont des limites. C'est la raison pour laquelle Portalis prévoyait déjà dans son discours préliminaire sur le projet de Code civil : « *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit (...) c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application* »<sup>1216</sup>. Quel que soit alors le niveau de perfection que peut atteindre une règle de droit prédéterminée, la complexité des relations concrètes qui se nouent détrompera à un moment ou à un autre les prévisions préétablies<sup>1217</sup>. Pour cela, la condition de proximité doit faire l'objet d'une appréciation concrète par le juge<sup>1218</sup> à l'image du critère dégagé par l'arrêt *Simitch* en matière d'efficacité des jugements étrangers. Dans le cas contraire, la condition de compétence se

<sup>1211</sup> N. JOUBERT, La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (*inlandsbeziehung*) en droit international privé, Thèse, LexisNexis, 2007, Préface de P. Lagarde, spéc. préface p. XIX

<sup>1212</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 1, n° 2

<sup>1213</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 2, n° 3

<sup>1214</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 6, n° 6

<sup>1215</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 29, n° 31

<sup>1216</sup> PORTALIS, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, Editions Confluences, 2004, Préface de M. Massenet, spéc. p. 17

<sup>1217</sup> S. MAYA BOUYAHIA, La proximité en droit international privé de la famille, Thèse, L'Harmattan, 2015, Préface de L. Chedly et M. Goré, p. 325, n° 478

<sup>1218</sup> V. *Infra*, p. 311 s., n° 468 s.

rapprocherait d'une règle de conflit. Ainsi la proximité est envisagée comme une condition de l'efficacité substantielle des situations juridiques extrapatrimoniales. Cette condition a pour objectif d'établir un lien permettant de déterminer les autorités, ou plus largement l'ordre juridique, compétent pour régir une situation juridique de droit privé déterminée. L'application de ce principe permet de fonder et justifier l'application du droit étranger.

455. Si ce type de contrôle semble unanimement admis en doctrine, on peut s'interroger sur les raisons d'un tel choix. Comme il a été vu, le contrôle de proximité s'apparente à la condition de compétence indirecte des juridictions étrangères comme dans l'arrêt *Simitch*<sup>1219</sup>, à la différence que s'agissant de notre étude cela concerne un État ou un ordre juridique étatique. Cette condition vise - à la différence de la condition de compétence des autorités dans le cadre du contrôle de l'efficacité procédurale des actes juridiques<sup>1220</sup> - à établir une véritable compétence internationale indirecte. Elle permet d'établir un lien entre la situation juridique et l'ordre juridique de sa constitution. C'est ce lien qui légitime la reconnaissance de l'efficacité substantielle de la situation juridique concernée. En ce qu'elle exige un lien caractéristique, la condition de proximité doit permettre de s'assurer que la reconnaissance n'a pas seulement pour objectif de voir reconnaître sur le territoire du for des droits qui n'auraient pu y être constitués, et qui, pour échapper à cela, l'ont été sous l'emprise d'une loi étrangère avec laquelle le rapport juridique ne présentait aucune attache réelle<sup>1221</sup>. En résumé, la condition de proximité a comme objectif d'établir, par les liens qui les unissent, la compétence indirecte internationale d'un ordre juridique étranger pour constituer et régir une situation juridique. Si dans le domaine du contrôle de l'efficacité procédurale de la compétence des autorités, la compétence internationale se confond ainsi pratiquement en principe avec la compétence interne des autorités<sup>1222</sup>, à l'inverse, dans celui du contrôle de l'efficacité substantielle, un véritable contrôle de proximité visant à établir la compétence internationale doit exister. Ce contrôle doit permettre d'établir un ou plusieurs liens entre la situation juridique et l'ordre juridique d'origine, permettant ainsi d'établir la compétence internationale de l'ordre juridique à régir la substance de la situation juridique.

456. À ce stade, la question que l'on peut se poser consiste à savoir pour quelle raison

<sup>1219</sup> V. *Supra*, p. 298, n° 453

<sup>1220</sup> V. *Supra*, p. 268 s., n° 405 s.

<sup>1221</sup> P. LAGARDE, La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ?, RCADI, 2014 (Vol. 371), p. 19 s., spéc. p. 35

<sup>1222</sup> V. *Supra*, p. 269 s., n° 406 s. - P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *op. cit.*, spéc. p. 190, n° 203

L'ordre juridique de reconnaissance imposerait-il un lien entre une situation juridique et un ordre juridique étranger pour établir la compétence internationale de celui-ci ?

En droit international privé, il existe des matières où les individus disposent d'une véritable autonomie de la volonté, leur permettant de désigner, dans une totale autonomie, la loi applicable à leur rapport juridique. Les règles conflictuelles en matière contractuelle sont les plus emblématiques de cette autonomie. Toutefois, l'autonomie de la volonté offerte par les règles de conflit de lois n'est pas universelle. Des limites, voire une absence totale d'autonomie, constituent également, à l'opposé, des solutions de droit positif. Cela est particulièrement vrai en matière personnelle ou en matière familiale qui touchent à l'organisation sociale, historique, civilisationnelle d'une société, et pour lesquelles la liberté des individus est largement encadrée par les règles de droit. En effet, c'est en matière de statut personnel ou familial que s'expriment les particularismes nationaux les plus forts dans la mesure où le nom ou tout autre élément de l'état civil, la filiation, la conception du mariage, les successions, les relations parents-enfants *etc.*... sont intimement liés à l'histoire, à la culture, aux traditions. Les conceptions retenues par chaque souveraineté expriment l'identité de chaque pays<sup>1223</sup>. Ces particularismes s'expriment en matière de statut personnel ou familial, où l'impérativité de la règle de conflit de lois est souvent le reflet de l'importance sociétale de son contenu. C'est le cas en droit français avec l'article 3 du Code civil qui dispose notamment que « *les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger* ». Cela établi, peut-on considérer qu'au regard de leur importance (et leur impérativité) ces droits, pour lesquels la loi désignée par la règle de conflit est d'application impérative, à l'image de l'article 3 du Code civil, supposent seulement un contrôle de proximité ? Dans cette optique on peut supposer que ce contrôle vise à empêcher de contourner abusivement les solutions conflictuelles impératives du for.

457. Ces droits pour lesquels l'application de la règle de conflit est impérative constituent-ils le domaine des droits indisponibles ? Les choses ne sont pas aussi évidentes<sup>1224</sup>. La question est donc de savoir si un contrôle de proximité doit s'exercer à l'égard des seuls droits indisponibles en ce qu'ils imposent une solution impérative ou si cela doit concerner plus largement d'autres droits ?

La Cour de cassation, initialement, raisonnait en termes de matière disponible et indisponible, ce

<sup>1223</sup> H. FULCHIRON, Existe-t-il un droit à la libre circulation du statut personnel à travers les frontières ?, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 3 s., spéc. p. 3

<sup>1224</sup> V. A. FRIGNATI et H. MUIR-WATT, Loi étrangère : autorité de la règle de conflit de lois [en ligne], Répertoire de droit international [Consulté le 5 août 2020], avril 2017, Dalloz, spéc. n° 51 s.

n'est plus le cas depuis 1999<sup>1225</sup>. Elle raisonne désormais en termes de droits disponibles et de droits indisponibles. Cela ne tarit toutefois pas les interrogations. Quels sont les droits concernés par l'indisponibilité et, à l'inverse, ceux considérés comme disponibles ? Dans certains domaines la Cour de cassation rappelle régulièrement la nécessité pour le juge de soulever d'office la règle de conflit de lois. C'est le cas en matière de filiation<sup>1226</sup>, de conditions de formation du mariage<sup>1227</sup> ou du droit des incapables majeurs<sup>1228</sup>. Sans revenir à l'ancienne classification par matières, remarquons que ces matières concernent largement des droits empreints d'extra-patrimonialité établissant un état ou une situation familiale ou matrimoniale ayant vocation à durer dans le temps. À l'inverse, les droits patrimoniaux de la famille sont majoritairement considérés en doctrine comme des droits disponibles. Cette affirmation doit toutefois être nuancée. En effet, en matière de régime matrimonial le juge est parfois tenu de mettre en œuvre la règle conflictuelle. C'est le cas s'agissant de la détermination de la prestation compensatoire - qui, rappelons-le, ne relève pas du droit des régimes matrimoniaux mais du mariage - dont la détermination est conditionnée aux ressources des époux. Pour cela il convient, au préalable, de connaître les règles en matière de liquidation du régime matrimonial<sup>1229</sup>, et donc de les mettre en œuvre. Il est ainsi extrêmement difficile de déterminer catégoriquement les droits appartenant à la catégorie des droits disponibles et ceux appartenant à la catégorie des droits indisponibles. À cet égard, le raisonnement en termes de patrimonialité ou d'extra-patrimonialité de la situation semble inopérant. Ce sont des notions qui subissent des évolutions permanentes sous le double effet de la place croissante réservée aux considérations d'ordre public dans des matières patrimoniales traditionnellement perçues comme disponibles et de la progression de l'autonomie de la volonté des parties dans les domaines relevant du statut personnel ou familial. Il s'agit donc d'une notion extrêmement difficile à cerner<sup>1230</sup> et, à l'image de l'ordre public, fortement contingente. Ainsi le critère de distinction entre l'indisponibilité ou la disponibilité des droits ne se fonde réellement ni sur la matière concernée, ni sur l'impérativité de la règle de conflit à l'image de la règle de l'article 3 du Code civil. La notion de droits disponibles ou indisponibles semble extrêmement difficile à mettre en œuvre comme critère de contrôle. Le critère de la disponibilité ou de l'indisponibilité des droits semble alors inapte à apporter une réponse cohérente permettant de justifier le contrôle de proximité.

---

<sup>1225</sup> Civ. 1re, 26 mai 1999, n° 96-16.361

<sup>1226</sup> Civ. 1re, 28 janvier 2009, n° 08-15.393

<sup>1227</sup> Civ. 1re, 11 février 2009, n° 08-10.387

<sup>1228</sup> Civ. 1re, 18 janvier 2007, n° 05-20.529

<sup>1229</sup> M. FARGE, Chapitre 512. Détermination du droit applicable, *in* Droit de la famille 2020/21, Dalloz, Sous la direction de P. MURAT, 2019, p. 1668 s., spéc. p. 1705 s.

<sup>1230</sup> S. CLAVEL, Droit international privé, Dalloz, 2018, spéc. p. 63, n° 47

458. Si ce n'est pas le fondement de l'impérativité de la solution conflictuelle distinguant les droits disponibles des droits indisponibles, quel peut-être le critère justifiant le recours à un contrôle de proximité pour déterminer l'efficacité substantielle des situations juridiques extrapatrimoniales ? Si l'on constate que la règle de conflit de lois est parfois impérative, à l'image des droits régis par l'article 3 du Code civil, il est également à remarquer des solutions inverses en droit des personnes ou de la famille. En effet, le phénomène de contractualisation du droit de la famille a offert une certaine autonomie aux individus dans la détermination de la loi applicable à leurs rapports familiaux. C'est le cas, par exemple, en matière de loi applicable au régime matrimonial au travers de l'article 22 du Règlement n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016. Toutefois cette évolution n'accorde pas une autonomie absolue aux individus. En effet, si le droit de la famille offre généralement beaucoup plus d'options aux particuliers<sup>1231</sup>, il limite ce choix aux critères de rattachement qu'il estime pertinents. Si le critère de la disponibilité ou non des droits apparaît inapte à fournir un fondement au contrôle de proximité, le critère de l'autonomie de la volonté pourrait alors se révéler plus pertinent. Rappelons que l'objet du contrôle vise à s'assurer qu'une situation constituée à l'étranger s'y rattachait effectivement, et à empêcher de contourner abusivement les solutions conflictuelles du for. Il apparaît donc que l'absence d'autonomie de la volonté (règle impérative ou simple *optio juris*) prescrite par la règle de conflit du for est à même de justifier un recours à un contrôle de proximité - dans l'objectif d'éviter de contourner abusivement les solutions retenues par le for requis. Toutefois la question se pose de savoir quels sont les critères qui permettront au juge de matérialiser la proximité entre une situation juridique et un ordre juridique étranger ? Quels sont les critères permettant d'établir que la situation juridique se rattachait effectivement à l'ordre juridique étranger qui la régit, et ainsi que la solution retenue n'avait pas pour seul objectif de contourner abusivement les solutions retenues par le for requis ? La réponse à cette question dépend éminemment des droits ou de la matière considérée. À cet égard, on peut supposer que le recours aux critères retenus par les règles conflictuelles fondées sur le principe de proximité, est à même de nous fournir des indications sur la manière dont celle-ci - la proximité - peut s'exprimer, eu égard aux matières considérées. En effet, les rattachements retenus *in abstracto* par la règle conflictuelle ayant pour fondement le principe de proximité sont à même, semble-t-il, de démontrer les critères que l'ordre juridique de l'État requis considère pertinents pour qu'un rapport juridique particulier soit régi par une loi déterminée prise sur le fondement de la proximité. Cela peut être la nationalité, la résidence habituelle, le domicile, *etc...* C'est la question de l'application de la proximité.

---

<sup>1231</sup> V. *Supra*, p. 191 s., n° 292 s.

## B. L'application de la proximité

459. La recherche de proximité n'est pas absolument incompatible avec la règle de conflit de lois préétablie. À cet égard, le choix du critère de rattachement est primordial. Il n'est toutefois pas chose aisée de trouver le critère parfait qui satisfait en toutes circonstances, en toute matière familiale ou personnelle, le rattachement de la relation de droit à un ordre juridique qui lui est étroitement lié<sup>1232</sup>. Une étude succincte des solutions conflictuelles retenues en droit de la famille ou en droit des personnes fondées sur la proximité, est à même de fournir des indications sur la manière dont l'ordre juridique français, parfois à travers des règles conventionnelles ou européennes, apprécie la proximité en ces matières.

En effet, les solutions conflictuelles peuvent indiquer, *in abstracto*, quels sont les critères aptes à caractériser la proximité pour l'ordre juridique français en ces matières. Pour cela, il convient de considérer les rattachements ayant pour fondement la proximité dans ces matières. Il apparaît qu'en matière de dissolution du lien conjugal, de régime matrimonial, d'incapacités ou encore d'aliments, les solutions conflictuelles reposent sur ce fondement en droit positif.

460. En matière de relâchement et de dissolution du lien conjugal, la solution conflictuelle est donnée par le règlement « Rome III » du 22 décembre 2010 qui a vocation à supplanter l'application de l'article 309 du Code civil. Les solutions en matière de loi applicable aux causes du divorce sont prévues aux articles 5 et 8 du règlement et offrent, comme c'est de plus en plus le cas en matière familiale, une *optio juris* aux conjoints. L'article 5 prévoit en effet que les époux peuvent désigner comme applicable à leur divorce, la loi de leur résidence habituelle commune, la loi de leur dernière résidence commune pour autant que l'un des conjoints y réside encore. Enfin la loi de la nationalité de l'un des époux ou la loi du for peut également être désignée. À défaut de choix, l'article 8 prévoit que le divorce ou la séparation de corps est régi par la loi de la résidence habituelle commune des époux. À défaut de résidence habituelle commune, c'est la loi du lieu de la dernière résidence habituelle commune qui sera applicable, à condition que celle-ci n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction. Dans le cas contraire, on appliquera la loi de la nationalité commune des époux au moment de la saisine de la juridiction, et à défaut encore la loi du for. On le constate, en matière de divorce et de séparation de corps, la résidence habituelle est le critère de rattachement privilégié par le règlement « Rome III » pour déterminer la loi applicable. Tout d'abord l'article 5 du règlement offre, sur les quatre options possibles, deux options menant à l'application de la loi de la résidence habituelle du couple. La moitié des options

---

<sup>1232</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *op. cit.*, p. 171, n° 228

proposées aux conjoints par le règlement mènent donc au critère de la résidence habituelle. Par ailleurs, à défaut de choix de loi, la résidence habituelle est également privilégiée par l'article 8. Cela fait naturellement de la résidence habituelle du couple un critère privilégié de désignation de la loi applicable en ce domaine.

Si des enfants sont nés de l'union du couple, des questions alimentaires peuvent se poser suite au divorce ou à la séparation de corps. Même s'ils concernent des droits patrimoniaux, les aliments sont intimement liés au statut familial et en premier lieu à la filiation, de nature extrapatrimoniale. La dépendance des aliments à la situation familiale constitue la raison pour laquelle nous avons choisi de les inclure dans les développements concernant l'application de la proximité dans le cadre de l'efficacité substantielle des situations juridiques extrapatrimoniales. Ils paraissent aptes à contribuer à l'identification des critères de proximité en matière familiale pour l'ordre juridique français. En matière alimentaire, l'obligation a cessé d'être soumise à la loi des effets du mariage depuis l'adoption et l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Ce texte constituait le droit commun jusqu'à l'entrée en vigueur, le 18 juin 2011, du protocole de La Haye du 23 novembre 2007 remplaçant cette convention. De même, le règlement européen du 18 décembre 2008 renvoie au Protocole, notamment pour déterminer la loi applicable aux obligations alimentaires dans les rapports alimentaires internationaux. En matière de détermination de la loi applicable, c'est l'article 15 du Règlement qui renvoie au Protocole de La Haye du 23 novembre 2007. Cet article dispose que la loi applicable en matière alimentaire est « *déterminée conformément au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires* ». Pour identifier la compétence législative, la consultation du protocole se révèle donc indispensable. Par principe, l'article 3 confère compétence à la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments en matière d'obligations alimentaires. Toutefois le protocole ajoute immédiatement des compétences spéciales démontrant un système de faveur à l'égard de certains créanciers. Sont concernées par ces règles spéciales les obligations alimentaires des parents envers leurs enfants, les obligations des personnes autres que les parents envers des personnes de moins de 21 ans pour autant que ces obligations ne découlent pas de rapports entre époux ou ex-époux et enfin les obligations des enfants envers leurs parents. Nous sommes effectivement ici dans le domaine des rapports familiaux. Si le créancier ne peut obtenir d'aliments suivant la loi désignée à l'article 3, la loi applicable sera - conformément à l'article 4 - la loi du for. De même c'est la loi du for qui s'applique si le créancier a saisi les autorités compétentes de l'État où le débiteur a sa résidence habituelle. S'il ne peut obtenir d'aliments selon cette loi, c'est la loi de sa résidence habituelle qui s'applique, comme prévu par l'article 3. Enfin, si le créancier ne



peut obtenir d'aliments conformément à ces chefs de compétence législatifs, principal et spéciaux, la loi applicable sera alors la loi de la nationalité commune des parties, s'ils disposent d'une nationalité commune.

461. On le voit, en matière de loi applicable aux obligations alimentaires, le Protocole de La Haye, désigné par le règlement n° 4/2009, offre un régime de règles de compétences législatives assez complexe<sup>1233</sup>. Il est basé sur une règle de compétence législative principale posée à l'article 3, laquelle est tempérée par des règles de compétence spéciales prévues aux articles 4 et 5 dans l'objectif de favoriser le créancier d'aliments. Le règlement, autant que le protocole auquel il renvoie, accorde ainsi une place primordiale à la loi de la résidence habituelle. Tout d'abord il s'agit du critère de rattachement principal de la catégorie des aliments. Par principe, c'est donc la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments qui est applicable aux obligations alimentaires. De plus, seuls les chefs de compétence tirés de l'article 4 alinéa 2, et alinéa 4, permettent d'échapper totalement à l'application de la loi de la résidence habituelle, du créancier ou du débiteur d'aliments, lorsque celle-ci se révèle défavorable au créancier. De nouveau, le souci de la proximité semble déterminant dans le choix des critères de rattachement retenus par le règlement.

462. De même que les aliments, les régimes matrimoniaux concernent des droits patrimoniaux. Toutefois, comme les aliments, ils sont intimement liés à des rapports juridiques extrapatrimoniaux, en l'occurrence la situation matrimoniale ou le mariage. En effet, la situation matrimoniale et l'état de la personne, mariée ou célibataire, conditionne l'existence d'un régime matrimonial entre deux personnes.

Comme en matière alimentaire la dépendance du régime matrimonial, qui concerne des droits patrimoniaux, à des rapports juridiques extrapatrimoniaux constitue la raison de son inclusion dans les présents développements. Les solutions conflictuelles applicables en matière de régime matrimonial sont, comme en matière d'aliments, susceptibles de nous indiquer de quelle manière l'ordre juridique français appréhende la proximité en droit de la famille.

Les régimes matrimoniaux sont l'objet d'un règlement européen (règlement n°2016/1103 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) applicable au sein des États européens participant à la coopération renforcée<sup>1234</sup>. Le

---

<sup>1233</sup> E. FONGARO et P. HECTOR, *Obligation alimentaire*, Répertoire de droit européen [en ligne], juillet 2018 [Consulté le 26 décembre 2018], Dalloz, n° 45

<sup>1234</sup> V. Considérant n° 11 du règlement n° 2016/1103 du 24 juin 2016

règlement s'applique aux régimes matrimoniaux. Conformément à son article 1er il faut entendre par cela « *l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution* »<sup>1235</sup>. En matière de loi applicable, les époux disposent également d'une certaine faculté de choix leur permettant de désigner ou modifier la loi applicable à leur régime matrimonial. Rappelons que cette loi concernera l'ensemble des biens des époux, peu importe la localisation de ces derniers. C'est le principe d'unité de la loi applicable, établi par l'article 21 du règlement. L'*optio juris* offerte aux époux est double : ces derniers peuvent désigner par convention soit la loi du lieu où au moins l'un des deux époux a sa résidence habituelle au moment du choix, soit la loi de la nationalité dont dispose l'un ou l'autre des époux au moment où ce choix est effectué<sup>1236</sup>. Enfin, à défaut de choix, l'article 26 prévoit, à l'image de l'article 22, la compétence de la loi de la première résidence habituelle commune du couple. À défaut, c'est la loi de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage qui s'applique. Dans le cas où cette loi fait encore défaut, c'est la loi avec laquelle les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage qui s'applique. Le texte précise soigneusement que cette recherche et ce choix s'effectueront compte tenu de toutes les circonstances. À l'image des solutions voulues par la Convention de la Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, le règlement « *régimes matrimoniaux* » n'autorise qu'un choix entre différentes lois réputées entretenir une certaine proximité avec le régime matrimonial des époux. C'est la raison du choix de l'*optio juris* en matière de régime matrimonial, c'est-à-dire désigner uniquement une loi qui entretient une certaine proximité avec le régime matrimonial. Ainsi, la proximité se révèle de nouveau être un moteur dans le choix des critères de rattachement retenus par le règlement pour désigner la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Une fois encore le critère de la résidence habituelle du couple constitue un critère majeur de détermination de la loi applicable.

La protection des enfants, la responsabilité parentale ou encore la protection du majeur n'ont pas fait l'objet d'une réglementation européenne de conflit de lois<sup>1237</sup>. En ce domaine demeurent applicables - aux États liés par celles-ci - la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants et la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. Elles ont été signées sous l'égide de la Conférence

---

<sup>1235</sup> Article 3, §1, a. du règlement n° 2016/1103

<sup>1236</sup> Article 22 §1, a, b. du règlement n° 2016/1103

<sup>1237</sup> Précisons en revanche que la compétence des juridictions en matière de responsabilité parentale est régie par le Règlement 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dit « *Bruxelles II bis* »

de La Haye de droit international privé. Ces deux conventions sont applicables en France. En matière de protection des enfants, la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 prévoit un principe général de compétence de la loi de la résidence habituelle de l'enfant<sup>1238</sup>. C'est la même solution de principe qui est retenue en matière de protection des adultes. La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale de l'adulte donne compétence de principe aux autorités du lieu de la résidence habituelle de l'adulte protégé, l'autorité appliquant également, par principe, sa propre loi, c'est-à-dire la loi du lieu de la résidence habituelle de l'adulte protégé<sup>1239</sup>. En matière de capacité, il semble donc que la proximité inspire également les règles de compétence<sup>1240</sup>.

463. A été évoquée l'idée selon laquelle l'ensemble des solutions conflictuelles que nous venons succinctement de présenter en droit des personnes ou de la famille apparaît fondé sur le principe de proximité. Ce point de vue se justifie par le rattachement récurrent au critère de la résidence habituelle. Il semble constituer un critère de proximité dans la mesure où il considère systématiquement le siège du lieu où se sont développés les rapports familiaux ou la vie sociale d'un individu. Conformément au critère de la résidence habituelle, il semble en effet que ce soit l'étroitesse - nous pourrions dire la proximité - des liens entre un rapport de droit ou un état et un lieu qui opère en faveur d'un tel rattachement. S'agissant des rapports familiaux ce critère exprime le lieu d'intégration sociale de la vie familiale. De la même manière, en matière de protection des incapables, le lieu de vie, de résidence, d'intégration sociale de l'adulte ou de l'enfant sont déterminants. Dans ces matières c'est donc la proximité physique et matérielle entre un rapport de droit ou un état de droit et un lieu qui justifie l'application de la loi de ce lieu. En matière familiale ou d'état des personnes le critère de la résidence habituelle apparaît directement exprimer le principe de proximité.

464. En ce sens, plus marquantes encore sont certaines dispositions qui ne dissimulent pas l'objectif de désigner la loi qui entretient des liens étroits avec la situation juridique concernée, c'est-à-dire d'exprimer la proximité. En ce sens, l'article 5 du protocole de La Haye en matière de loi applicable aux obligations alimentaires qui évoque une loi « *qui présente un lien plus étroit avec le mariage* », ou encore l'article 26 § 1, c. du règlement 2016/1103 sur la loi applicable aux

<sup>1238</sup> V. S. GODECHOT-PATRIS et Y. LEQUETTE, Mineur [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 13 janvier 2020], septembre 2012 (actualisation septembre 2019), Dalloz,

<sup>1239</sup> V. E. GALLANT, Majeur protégé [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 13 janvier 2020], janvier 2015 (actualisation octobre 2019), Dalloz

<sup>1240</sup> E. GALLANT, *op. cit.*, n°53

régimes matrimoniaux qui prévoit que la loi applicable est la loi de l'État « avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances ». Il ne fait guère de doute que, concernant les rapports juridiques que nous venons de présenter, le souci de proximité a inspiré les solutions conflictuelles. Le lieu où se développe les intérêts familiaux ou individuels se révèle ainsi primordial et essentiel. Conformément aux solutions retenues, le critère de la résidence habituelle semble avoir une place prépondérante pour exprimer la proximité.

465. Pour autant, il n'est pas aisé de dégager le critère de proximité « ultime » par les règles de conflit de lois abstraites et préétablies<sup>1241</sup>, permettant d'aboutir en toutes circonstances au résultat souhaité - la proximité - même si ces dernières s'inscrivent dans une démarche concrète<sup>1242</sup>. Les solutions prévues, relevant d'une prévision abstraite, sont-elles alors susceptibles de se révéler inopportunes ou impraticables lors de leur application concrète ? Pour pallier ces difficultés, le système français n'a pas hésité à multiplier les règles de conflit spéciales de manière à tenir compte de la spécificité des besoins de proximité dans chaque catégorie de droits<sup>1243</sup>. L'adoption de ces solutions participe à démontrer l'inadéquation d'un critère de rattachement général et unique, traduisant la proximité pour chaque catégorie de droit envisagée. Il n'est à cet égard pas certain qu'un critère unique, inspiré par la proximité, concernant une catégorie spécifique, se révèle plus adapté. Les exemples tirés de la jurisprudence en matière de capacité ou des effets du mariage, et même s'ils sont fondés sur des règles tirant leur origine du principe de souveraineté<sup>1244</sup> et non de la proximité, sont à même de le démontrer en matière personnelle et familiale.

En droit international privé français, la capacité des personnes physiques est régie par l'article 3 alinéa 3 du Code civil et est déterminée par la loi nationale qui dispose d'une compétence relativement large. Elle recouvre la capacité d'exercice en général, notamment matrimoniale, testamentaire, contractuelle<sup>1245</sup>. Au-delà de cette règle générale de compétence législative, il existe des cas d'éviction spécifiques comme en matière de capacité contractuelle où la loi du lieu où l'acte a été accompli dispose d'une compétence non négligeable depuis l'arrêt *Lizardi*<sup>1246</sup>. Cette solution est reprise par l'article 11 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations

<sup>1241</sup> V. *Supra*, p. 305 s., n° 459 s.

<sup>1242</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 30

<sup>1243</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *op. cit.*, p. 171, n° 229

<sup>1244</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 65 s.

<sup>1245</sup> L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé : essai de méthode*, Thèse, Bruylant Bruxelles, 2001, p. 306, n° 270 s.

<sup>1246</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2006 (5<sup>ème</sup> édition), p. 39 s.

contractuelles, de même que par l'article 13 du règlement *Rome I* relatifs à la loi applicable en matière contractuelle. Cette dernière disposition prévoit qu'une personne capable suivant la loi du pays où un contrat est passé ne peut soulever son incapacité relevant de l'application d'une autre loi, sauf si son cocontractant avait connaissance de cette incapacité. En d'autres termes, là aussi l'application de la loi nationale est évincée au profit de la loi du lieu de conclusion de l'acte.

466. Autre exemple, en matière d'effets des mariages, la règle de conflit est posée à l'article 3 du Code civil. Toutefois, la jurisprudence a façonné depuis longtemps<sup>1247</sup> une solution lorsque les époux sont de nationalités différentes. Dans ce cas la loi applicable aux effets du mariage est la loi de la résidence habituelle des époux. Celle-ci régit d'abord les rapports personnels entre époux, mais également le statut de la personne mariée en tant que telle, comme le droit au nom ou la capacité des époux.

467. On voit ici comment la jurisprudence a substitué à une règle générale fondée sur la souveraineté, une règle de substitution établie sur la proximité lorsque le critère de rattachement retenu par la règle de conflit principale la rend impraticable<sup>1248</sup>. Toutefois, il n'est pas exclu que le critère de rattachement de substitution retenu sur le fondement de la proximité ne se révèle pas, lui non plus, ultérieurement inopportun ou impraticable à son tour, justifiant des éléments de correction. C'est sur ce point que porte la thèse de Sabine Maya Bouyahia. Si la proximité est source d'inspiration de la règle de conflit, toutes les solutions préconçues peuvent être contrariées ou détrompées<sup>1249</sup>. Dans ce cas, la proximité n'est pas désuète et se retrouve toujours susceptible d'intervenir dans l'objectif, cette fois, de corriger la règle de conflit. C'est la raison pour laquelle une intervention en aval, en fonction des besoins concrets de la relation juridique, est souhaitable. Ce rôle doit être attribué au juge<sup>1250</sup>. La correction permettra ainsi d'atteindre l'objectif que la présomption de la règle de conflit n'aura pu, en pratique, réaliser : la proximité.

468. Il est établi que le contrôle de proximité vise à s'assurer des liens qui unissent une situation juridique à l'ordre juridique qui lui a donné naissance, et qui pour cela a fait application de son propre droit. Il s'agit d'une forme de règle de compétence fondée sur les liens unissant un

<sup>1247</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 avril 1953, *Rivière*

<sup>1248</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 89 s.

<sup>1249</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *op. cit.*, p. 541, n° 793

<sup>1250</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *op. cit.*, p. 541, n° 793

ordre juridique étranger et un rapport de droit considéré, à l'image de la notion allemande d'*inlandsbeziehung*. Il vise donc à rattacher la situation juridique à l'ordre juridique étatique lui ayant donné naissance. Toutefois, à l'inverse de la règle conflictuelle et des inconvénients liés à son abstraction et donc des difficultés éventuelles à appréhender des situations concrètes, ce contrôle bénéficie d'une souplesse de réalisation *in concreto*, à l'image du critère dégagé par l'arrêt *Simitch* sur la compétence indirecte des juridictions étrangères<sup>1251</sup> en matière d'efficacité des jugements étrangers. Dans l'objectif de proximité qu'ils se fixent, les liens requis doivent ainsi pouvoir faire l'objet d'une appréciation concrète eu égard aux droits considérés et à la situation juridique dans son ensemble, à l'image de la solution dégagée dans l'affaire *Simitch*<sup>1252</sup>. C'est dans cette perspective uniquement que les critères retenus par les règles conflictuelles se révèlent instructives. Elles sont à même de fournir des pistes de réflexion au juge sur la nature des liens susceptibles de se révéler pertinents pour établir la proximité - suivant la situation juridique considérée - entre un ordre juridique étranger et une situation juridique.

469. Pour résumer, les raisons du choix d'un contrôle de proximité ont pour objectif d'établir un lien entre la situation juridique et l'ordre juridique de sa constitution lorsque les individus ne disposaient pas d'une autonomie de la volonté ou pouvoir d'*electio juris* pour constituer le rapport de droit concerné. Ce contrôle paraît alors justifié pour décourager un tourisme juridique à même de se révéler, à terme, abusif. Pour pouvoir être légitimement constituée et voir ses effets substantiels reconnus sur le territoire du for - en matière extrapatrimoniale - une situation juridique doit ainsi présenter des attaches significatives, un lien, avec l'ordre juridique qui lui a donné naissance. Les critères de rattachement retenus par la règle de conflit ne peuvent indiquer strictement les critères imposés par l'ordre juridique requis. Ils sont néanmoins susceptibles de donner des indications au juge sur les critères considérés pertinents et appropriés par l'ordre juridique auquel il appartient et qui l'a institué. Les fondements de ces critères sont à même de permettre au juge une interprétation souple du lien requis. L'objectif est de s'assurer que la constitution à l'étranger de la situation juridique n'avait pas pour seul objectif d'éluder la solution conflictuelle du for requis, en l'espèce l'ordre juridique français. C'est le sens et l'objet du contrôle de proximité tel qu'il est envisagé s'agissant de la circulation internationale des situations juridiques et leur reconnaissance par le for requis.

470. Si elle est unanimement admise par la doctrine favorable à la méthode de la

<sup>1251</sup> V. *Supra*, p. 297 s., n° 452 s.

<sup>1252</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, spéc. p. 338

reconnaissance des situations – laquelle, rappelons-le, n'est pas unanimement approuvée en doctrine - comme critère de reconnaissance de l'efficacité substantielle des situations juridiques, la condition de proximité est concurrencée dans ce domaine par l'absence de contrariété à l'ordre public de la situation juridique étrangère. C'est une condition on ne peut plus classique, également défendue par l'ensemble des auteurs.

## § 2. Le respect de l'ordre public international

471. On ne peut faire l'impasse sur l'ordre public et spécialement la condition de compatibilité avec l'ordre public<sup>1253</sup> auquel personne n'envisage de renoncer<sup>1254</sup>. La réserve de l'ordre public constitue une condition commune en droit comparé, commun et conventionnel. Le caractère contentieux ou non n'influe nullement sur le jeu de l'ordre public. De ce point de vue le contrôle des situations juridiques ne provenant pas d'une décision de justice doit être identique à celui des décisions de justice<sup>1255</sup>. Il est donc nécessaire et indispensable, dans l'objectif de sauvegarder le respect des valeurs essentielles et la cohésion du for lors de la réception d'une situation juridique constituée à l'étranger, de réserver une clause d'ordre public.

Si en matière de jugement on procède à une distinction entre ordre public procédural et ordre public au fond, cette distinction s'avère infondée en matière d'actes juridiques non décisionnels. En effet l'ordre public procédural vise la protection des droits de la défense. Le caractère non-contentieux des situations juridiques ne relevant pas d'une décision de justice entraîne la disparition de tout contrôle des droits de la défense<sup>1256</sup>. En matière de situations juridiques ne provenant pas d'un acte volitif on entend donc, s'agissant du contrôle de l'absence de contrariété à l'ordre public, l'ordre public de fond à l'exclusion de l'ordre public procédural. Afin d'établir la condition d'absence de contrariété à l'ordre public international d'une situation juridique il convient, avant d'envisager sa mise en œuvre (B), d'en préciser la notion (A).

### A. La notion d'ordre public international.

472. La notion d'ordre public international constitue un mécanisme qui permet d'écarter l'application des normes étrangères à raison du caractère inadmissible du résultat donné

---

<sup>1253</sup> P. LAGARDE, Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés, *op. cit.*, spéc. p. 23 - S. BOLLÉE, *op. cit.*, spéc. p. 340, n° 27

<sup>1254</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, p. 321, n° 325

<sup>1255</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 289, n° 433

<sup>1256</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 290, n° 434

par l'application du droit étranger conformément aux valeurs du for de reconnaissance<sup>1257</sup>. La jurisprudence a établi dans un célèbre arrêt<sup>1258</sup>, désormais classique, qu'en droit international privé l'ordre public est composé « *des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* ».

L'ordre public a pour fonction la protection des principes essentiels du for<sup>1259</sup>. Le mécanisme de l'ordre public international constitue une manifestation exceptionnelle et secondaire de considérations de justice matérielle en droit international privé, pour éviter l'intégration au sein de l'ordre juridique du for de normes étrangères indésirables. Se détachant des principes de justice conflictuelle, l'ordre public est un mécanisme particulariste et nationaliste qui permet un retour sur des valeurs propres à un ordre juridique donné : celui du for. Il permet donc de prendre en compte une justice matérielle<sup>1260</sup>.

473. L'ordre public a un caractère contingent, et ce à double titre. L'ordre public a une contingence tant spatiale que temporelle. Il évolue non seulement d'un lieu à un autre, mais aussi d'un moment à un autre<sup>1261</sup>. En effet, si les idées maîtresses d'une civilisation varient dans le temps, il existe également une multiplication de ces idées dans l'espace. Chaque souveraineté, chaque État, dispose de sa propre conception de l'ordre public. Dans un système juridique non-unifié comme c'est le cas aux États-Unis d'Amérique, chaque État a sa propre conception de l'ordre public<sup>1262</sup>. L'ordre public dispose d'une double contingence spatiale et temporelle. Chaque État ou ordre juridique dispose de son propre ordre public international issu de l'histoire et correspondant à l'orientation sociale, politique, économique de celui-ci. C'est la contingence spatiale de l'ordre public. De même l'ordre public évolue dans le temps. La contingence temporelle de l'ordre public pose la question du moment où celui-ci doit être apprécié. À cet égard, l'ordre public connaît un principe d'actualité. Il se matérialise par le fait que si la notion française de l'ordre public a varié entre la naissance d'un litige et le procès, tant la jurisprudence que la doctrine s'accordent pour affirmer que c'est la conception de l'ordre public au moment où le juge est saisi qui doit prévaloir<sup>1263</sup>.

<sup>1257</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p. 272, n° 237

<sup>1258</sup> Civ., 25 mai 1948, *Lautour* : Rev. crit. DIP, 1949, p. 89, note H. Batiffol

<sup>1259</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 140, n° 149

<sup>1260</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 141 s., n° 152 s.

<sup>1261</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 153, n° 205 - N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 141 s., n° 152 s., p. 144 s., n° 158

<sup>1262</sup> P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Thèse, LGDJ, 1959, Préface de H. Batiffol, p. 192, n° 166

<sup>1263</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 188, n° 163 - L. BARNICH, *op. cit.*, p. 281, n° 244



La question du contenu de l'ordre public international est alors une question à laquelle on ne peut apporter de réponse satisfaisante. En effet, l'ordre public est par nature contingent dans le temps. Cela explique son appréciation suivant un principe d'actualité. L'exemple souvent cité du mariage de personnes de même sexe, entré en vigueur en 2013, en est une illustration. Avant la loi du 17 mai 2013, une loi étrangère empêchant l'union de personnes de même sexe n'était pas considérée comme contraire à l'ordre public. Depuis le 17 mai 2013 le schéma est totalement renversé. La Cour de cassation, sur le fondement de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil, estime qu'une loi étrangère qui ne permet pas le mariage entre personnes de même sexe est manifestement contraire à l'ordre public dès lors que pour l'une d'elles soit sa loi personnelle, soit la loi de sa résidence habituelle ou de son domicile l'autorise<sup>1264</sup>.

L'ordre public international est une notion extrêmement relative, et évolutive dans l'espace et le temps. Conformément à cette contingence temporelle, l'ordre public doit être apprécié selon un principe d'actualité. En revanche, concernant la contingence spatiale, se pose la question de savoir de quelle manière est mise en œuvre l'exception d'ordre public ?

#### B. La mise en œuvre et l'appréciation de la condition d'absence de contrariété à l'ordre public international

474. En matière de conflit de juridictions, précisément en matière de reconnaissance d'efficacité, le mécanisme de l'exception d'ordre public dispose d'un fonctionnement différent de celui relatif à l'exception d'ordre public en matière de conflit de lois. Il s'agit ici d'une manifestation parallèle de l'exception d'ordre public, ce n'est pas la loi mais le jugement lui-même qui choque et que l'on évince simplement ici<sup>1265</sup>. Il en résulte que la mise en œuvre de l'exception d'ordre public est très différente lorsque la norme étrangère est une décision, un acte juridique concret et non pas une règle de droit<sup>1266</sup>. À la différence de la règle désignée applicable, lorsque l'efficacité d'une décision est rejetée pour contrariété à l'ordre public de cette dernière, on ne lui substitue pas une décision de justice du for équivalente. Son efficacité lui est simplement refusée. À cet égard, il est utile de préciser que la décision étrangère est déclarée inefficace sur le territoire du for requis mais elle n'est pas annulée<sup>1267</sup>.

475. Rappelons que concernant les situations juridiques concrètes catégoriques et

<sup>1264</sup> Civ. 1re, 28 janvier 2015 : D., 2015, p. 464, note H. Fulchiron

<sup>1265</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 280 s., n° 395 s.

<sup>1266</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p. 274, n° 241

<sup>1267</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p. 279, n° 243 - V. *Infra*, p. 385, n° 582

non-permanentes basées sur un acte juridique non décisionnel mais disposant des caractères de la décision<sup>1268</sup>, il apparaît de bonne logique de leur appliquer le même régime. Il semble ainsi que le versant du mécanisme de l'ordre public qui nous intéresse - en matière de reconnaissance de l'efficacité substantielle des situations juridiques - est calqué sur le modèle existant en matière de conflit de juridictions. En effet le mécanisme n'a pas pour objectif, comme en matière conflictuelle, d'évincer la loi normalement applicable et lui substituer l'application d'une autre loi, celle du for, à titre subsidiaire. Il a pour objectif de déterminer si, certes au regard de la loi appliquée à l'étranger, la norme concrète catégorique et non-permanente, à l'image d'une décision, peut intégrer ou non l'ordre juridique du for et y développer ses effets, ou au contraire si cela se révélerait choquant et à même de constituer une atteinte à la cohésion du for et ainsi à l'ordre public international. Cette affirmation n'empêche pas, le cas échéant, la prise en considération de l'acte juridique<sup>1269</sup>.

476. Les divergences de conception de l'ordre public entre les différents systèmes juridiques des États démontrent facilement la relativité dans l'espace de la notion d'ordre public, d'où la nécessité d'une prise en compte concrète (*in concreto*) de l'atteinte à l'ordre public. Cette solution est actuellement admise de façon générale<sup>1270</sup>. La question est de savoir de quelle manière, au-delà de l'appréciation *in concreto*, est mise en œuvre la relativité spatiale de l'ordre public ?

477. Aujourd'hui le critère principal de distinction permettant la mise en œuvre de la relativité spatiale de l'ordre public tient au lieu de naissance du rapport juridique<sup>1271</sup>. C'est ce que l'on appelle la théorie de l'effet atténué de l'ordre public. Cette théorie est développée afin de mettre en œuvre la relativité spatiale de l'ordre public<sup>1272</sup>. Cette solution découle de la jurisprudence qui, influencée par la doctrine, a esquissé un mécanisme relevant de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public en droit international privé, permettant d'apporter des tempéraments quant à l'intensité de l'ordre public selon la formule communément admise. Avant de la présenter il faut préciser que la théorie de l'effet atténué de l'ordre public concerne le mécanisme de l'ordre public tant en son versant relatif au conflit de lois qu'en celui relatif au conflit de juridictions. En matière de conflit de lois il est susceptible de jouer lorsque la situation a été créée et révélée à l'étranger<sup>1273</sup>. En matière de conflit de juridictions l'effet atténué de l'ordre public joue concernant l'effet des

<sup>1268</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s.

<sup>1269</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 343 s., n° 496 s. - V. *Infra* p. 374 s., n° 560 s.

<sup>1270</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 147, n° 159, note bas de page n° 385

<sup>1271</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 157, n° 213

<sup>1272</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 151, n° 162

<sup>1273</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 157, n° 213 s.

jugements étrangers et spécialement la condition de respect de l'ordre public pour permettre au jugement étranger de produire ses effets<sup>1274</sup>.

478. Précisons que la jurisprudence, parfois sous l'influence des droits fondamentaux, a largement rebattu les cartes concernant l'intervention de l'exception d'ordre public international, ne se limitant plus aux solutions préconisées par la théorie de l'effet atténué de l'ordre public<sup>1275</sup>.

479. La théorie de l'effet atténué part du postulat que, pour mettre en œuvre la relativité spatiale de l'ordre public, ce dernier ne devrait jouer de manière pleine que lorsqu'il s'agit de créer une situation juridique en France. En revanche, il ne devrait jouer que de manière atténuée lorsqu'il s'agit de reconnaître une situation constituée à l'étranger<sup>1276</sup>. La première manifestation d'une certaine idée de l'ordre public atténué apparaît au début de la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>1277</sup>. Dans cette affaire la haute juridiction considère que la prohibition édictée par la loi française en matière de divorce n'atteint pas les divorces régulièrement prononcés à l'étranger. Malgré l'évidence de l'affirmation, précisons que la théorie est apparue et a été mise en œuvre à une époque où les échanges internationaux étaient moins fréquents qu'aujourd'hui. Dès le milieu des années 1930 la doctrine de l'effet atténué de l'ordre public grandissait et emportait petit à petit avec elle l'adhésion de la Cour de cassation. Dès 1936, la haute cour rejetait un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Nancy ayant fait application de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public<sup>1278</sup>. À la suite de cela deux arrêts de Cour de cassation de 1945<sup>1279</sup> ont permis la reconnaissance d'une situation valablement créée à l'étranger. Dans ces jurisprudences, seuls les effets qui ne s'étaient pas encore produits pouvaient se voir opposer l'exception d'ordre public<sup>1280</sup>. Enfin cette théorie sera définitivement consacrée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Rivière* du 17 avril 1953<sup>1281</sup> en utilisant une formule de portée très générale et un attendu de principe très doctrinal<sup>1282</sup> qui ne semble pas sans conséquences, comme nous allons le voir, sur l'application ultérieure de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public.

<sup>1274</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 282, n° 397

<sup>1275</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 157 s., n° 215 s.

<sup>1276</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 151, n° 163

<sup>1277</sup> Civ., 28 février 1860 : S. 1860, 1, p. 210 s. - B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 30 s., spéc. p. 36 s., n° 9 s. - N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 153, n° 166

<sup>1278</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 28, n° 25

<sup>1279</sup> Civ., 11 avril et 1<sup>er</sup> mai 1945 : JCP, 1945, II, p. 2895, note Savetier ; S., 1945, 1, p. 121, note Battifol

<sup>1280</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 154, n° 166

<sup>1281</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 avril 1953, *Rivière* : Rev. crit. DIP, 1953, p. 412, note H. Battifol

<sup>1282</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 154, n° 166

480. L'arrêt *Rivière* pose clairement en principe que « *la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger* ». Par cette formule la haute juridiction française consacre le principe de l'effet atténué de l'ordre public. En réalité le jeu de l'effet atténué de l'ordre public a pour objectif de désactiver le jeu de l'exception d'ordre public dès lors que la situation concerne un droit acquis sans fraude à l'étranger. Ce n'est pas l'ordre public qui joue de manière atténuée, mais la possibilité de mettre en œuvre l'exception elle-même. Il faut en conclure que l'expression « effet atténué » signifie seulement que l'ordre public jouera de façon moins fréquente dans le cas d'une situation créée à l'étranger<sup>1283</sup>. Dans le cas du jeu de l'effet atténué de l'ordre public, il serait sûrement plus judicieux de parler d'absence totale d'effet que d'effet atténué<sup>1284</sup>. Attention toutefois à ne pas oublier que l'ordre public atténué n'est pas un ordre public nul<sup>1285</sup> et qu'il peut se déclencher justement dans les « *cas les plus graves* »<sup>1286</sup>.

481. À l'appui de la jurisprudence, certains effets négatifs de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public ont été mis en avant par Ibrahim Fadhlallah. Cela concerne notamment certaines décisions en matière de répudiation se basant sur l'effet atténué de l'ordre public - dont les solutions ne sont toutefois plus d'actualité - pour reconnaître celle-ci. En effet Ibrahim Fadhlallah doute de l'existence d'une fraude à saisir les tribunaux de son État d'origine, et explique que la seule notion qui puisse expliquer cela est la notion de « fraude à l'intensité de l'ordre public », possible parce que la jurisprudence retient justement la théorie de l'effet atténué de l'ordre public<sup>1287</sup>. Il s'agit ainsi d'une « *faible* »<sup>1288</sup> dont profitent les justiciables qui s'y engouffrent. La théorie de l'effet atténué de l'ordre public utilise donc des liens établis entre l'ordre juridique étranger et la situation juridique pour neutraliser l'exception d'ordre public et voir reconnaître en France des droits qui n'auraient pu s'y constituer. Comme le dénoncent certains membres de la doctrine, le vice congénital de la théorie de l'ordre public atténué est qu'elle repose sur une considération rigide des liens ou de l'absence de lien avec le for. Cette rigidité provient du lieu de création de la situation

<sup>1283</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 153, n° 165

<sup>1284</sup> A. BYLIACHENKO, *op. cit.*, p. 339, n° 451

<sup>1285</sup> Civ., 1re, 4 novembre 2010, n° 09-15.302

<sup>1286</sup> J. GUILLAUMÉ, *Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : Quelle rationalité dans le choix du juge?*, in *Le droit entre tradition et modernité, mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 297 s., spéc p. 303

<sup>1287</sup> Civ., 1ère, 3 novembre 1983, *Robbi* : Rev. Crit. DIP, 1984, p. 325 s. note I. Fadlallah

<sup>1288</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 265, n° 271

juridique, à l'étranger ou au for<sup>1289</sup>.

Ce qu'il faut voir, c'est que les liens établis entre la situation juridique et l'ordre juridique étranger fondant la compétence de ce dernier en excluant la fraude, ne sont pas nécessairement exclusifs d'une contrariété à l'ordre public du for de la situation étrangère. Cependant la théorie de l'effet atténué de l'ordre public ne permet pas de mettre en évidence cette atteinte concrète à l'ordre public du for puisqu'elle repose sur une mise en œuvre rigide de l'exception d'ordre public, considérant seulement le lieu de création d'un rapport de droit. La théorie de l'effet atténué de l'ordre public repose sur un vice congénital qui est la prise en compte rigide d'une certaine connexion ou absence de connexion avec le for<sup>1290</sup>. Toutefois, rappelons une nouvelle fois que la théorie de l'effet atténué de l'ordre public s'est développée dès le milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle, à une époque où les déplacements internationaux étaient largement plus réduits qu'aujourd'hui. Il est concevable que ce vice inhérent à la théorie de l'effet atténué de l'ordre public, mis en avant par la doctrine, se révélait moins perceptible et palpable à une époque où la mobilité internationale des individus était réduite. C'est toutefois la théorie mise en œuvre par la jurisprudence française après sa consécration dans l'arrêt *Rivière* de 1953.

482. Après 1953, le régime de l'efficacité des mariages polygamiques en France a constitué un domaine de choix pour le jeu de l'effet atténué de l'ordre public. Il est de jurisprudence constante qu'une épouse d'un polygame, elle-même de statut personnel admettant la polygamie, puisse voir reconnaître son statut d'épouse en France. Les exemples des jurisprudences *Chemouni* en matière d'aliments<sup>1291</sup>, *Bendeddouche* en matière de successions<sup>1292</sup> ou encore *Baaşiz*<sup>1293</sup> illustrent cette constance. Dans ces affaires, l'application de la théorie de l'effet atténué permet la reconnaissance en France de la seconde union polygamique. Précisons en revanche qu'il se révèle classiquement beaucoup plus difficile de reconnaître certains effets à plusieurs épouses, notamment ceux attachés aux droits et devoirs qui ne pourraient être répartis entre plusieurs personnes, typiquement les droits et devoirs des époux au sens strict. De même on constate que l'ordre juridique français se refuse à considérer deux ou plusieurs femmes d'un mari comme telles lorsque celles-ci se trouvent simultanément sur le territoire national<sup>1294</sup>. En effet, il n'est pas exclu qu'une situation juridique régie par une norme étrangère entretienne des liens avec le for de

<sup>1289</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 157, n° 169

<sup>1290</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 157, n° 169

<sup>1291</sup> Civ. 1re, 28 janvier 1958, *Chemouni* : Rev. crit. DIP, 1958, p. 110, note R. Jambu-Merlin - L. BARNICH, *op. cit.*, p. 276, n° 242

<sup>1292</sup> Civ. 1re, 3 janvier 1980, *Bendeddouche*, n° 78-13.762 : Rev. crit. DIP, 1980, p. 331, note H. Batiffol

<sup>1293</sup> Civ. 1re, 17 février 1982, *Baaşiz*, n° 80-17.113 : Rev. crit. DIP, 1983, p. 275, note Y. Lequette

<sup>1294</sup> A. BYLIACHENKO, *op. cit.*, p. 341, n° 451

reconnaissance. C'est la situation dans laquelle l'ordre public atténué se voit tempéré par ce qu'on appelle « l'ordre public de proximité ». À cet égard la formulation de la théorie de l'effet atténué retenue par la Cour de cassation à l'occasion de la jurisprudence *Rivière* laisse la faculté au juge de refuser effet à une situation créée à l'étranger en prenant en considération non seulement les effets liés à cette situation juridique, mais la situation juridique dans son ensemble. En cela, la formulation retenue par la cour dans l'arrêt *Rivière* apparaît plus adaptée que les formulations retenues par la jurisprudence antérieure, elle est toutefois moins rigoureuse. Partant, la question est celle de savoir quels critères - autres que les effets juridiques, mais attachés à la situation juridique dans son ensemble – peuvent être retenus pour mettre en œuvre la relativité spatiale de l'exception d'ordre public et déterminer les conditions de son intervention ? Pour Paul Lagarde, à l'image de la solution retenue dans le second arrêt *Baaqiz*<sup>1295</sup> qui concerne la reconnaissance des effets du mariage polygamique, cela ne « peut être que l'existence d'un lien de la situation avec le territoire du for »<sup>1296</sup>. Rappelons que pour opposer l'exception d'ordre public dans cette affaire il a fallu considérer la situation dans son ensemble, solution que permet justement la formulation de l'arrêt *Rivière*. La considération de la situation dans son ensemble a pu révéler ce qui était choquant. En l'espèce cela résidait dans le fait que la demande de la seconde épouse polygame soit déposée en France à l'encontre de la première épouse française<sup>1297</sup>.

483. L'ordre public de proximité est un concept théorisé par la doctrine allemande. Il considère que l'intervention de l'exception d'ordre public dépend des liens unissant une situation juridique et l'ordre juridique du for dans son ensemble, et permet la mise en œuvre de la relativité spatiale de l'ordre public.

484. À l'instar de la doctrine française, la doctrine allemande a également développé une théorie permettant des tempéraments quant à l'intensité du jeu de l'exception d'ordre public en droit international, traduisant sa relativité spatiale. Cependant la doctrine allemande va se distinguer de la doctrine française, en ne prenant pas en considération le lieu de constitution d'une situation juridique pour faire varier l'intensité de l'exception d'ordre public mais les liens qu'entretient la situation juridique ou le litige avec le territoire du for<sup>1298</sup>. L'effet direct de cette base

<sup>1295</sup> Civ. 1re, 6 juillet 1988, n° 85-12.743, *Veuve BAAZIZ c/ Veuve BAAZIZ Rabah*

<sup>1296</sup> P. LAGARDE, *Ordre public* [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 13 janvier 2020], décembre 1998 (actualisation juillet 2018), Dalloz, n° 40

<sup>1297</sup> V. N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 154, n° 166

<sup>1298</sup> P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, *op. cit.*, p. 55 s. n° 48 s.

territoriale, appelée *Binnen* ou *Inlandsbeziehung*<sup>1299</sup>, est de permettre à l'ordre public du for d'intervenir et d'empêcher l'application de la loi étrangère normalement compétente<sup>1300</sup>. Pour autant, la notion d'*inlandsbeziehung* est une notion qui, notamment en droit allemand, se retrouve tant en matière de conflit de lois que de conflit de juridictions<sup>1301</sup> et qui ne se limite pas à l'exception d'ordre public. C'est toutefois s'agissant de l'exception d'ordre public que cette notion est la mieux connue des juristes français. L'idée que la violation de l'ordre public suppose l'existence de liens suffisants entre le litige et l'ordre juridique du for a émergé au XIX<sup>e</sup> siècle dans la doctrine allemande. Sont cités différents auteurs allemands du XIX<sup>e</sup> siècle partisans de cette option : Gebhard, Von Bar, Zitelmann, Niedner, Raape, Lewald ou encore Melchior<sup>1302</sup>. La jurisprudence a très tôt suivi la doctrine, la majorité des décisions exigeant des liens suffisants avec le for. Les décisions précisent généralement qu'une loi étrangère ne peut heurter l'ordre public si la situation à laquelle elle doit s'appliquer ne présente aucun rattachement à l'ordre juridique du for<sup>1303</sup>. La théorie de l'*inlandsbeziehung* se retrouve également en droit suisse et autrichien<sup>1304</sup>.

Conformément à la théorie de l'ordre public de proximité, le critère le plus apte à exprimer la relativité spatiale est alors celui de la perturbation de l'ordre juridique par application de la loi étrangère. Or, pour que la situation juridique perturbe l'ordre juridique du for et que sa contrariété aux principes essentiels apparaisse, il faut que celle-ci soit suffisamment ancrée dans cet ordre juridique. C'est cet ancrage qui renvoie à la relativité spatiale de la notion d'ordre public et à sa condition de mise en œuvre. L'exception d'ordre public est un mécanisme relatif dont le jeu dépend de l'intensité de la perturbation créée par application de la loi étrangère<sup>1305</sup> ou plus généralement de la norme étrangère. Le caractère choquant de la loi étrangère n'atteint un degré critique que lorsque celle-ci doit se réaliser sur le territoire du for<sup>1306</sup>. Alors que la théorie française de l'effet atténué de l'ordre public prend en considération un éloignement ou une proximité, dont le critère est fixé une fois pour toutes entre la matière litigieuse et le for. La théorie de l'*inlandsbeziehung* se fonde sur une certaine proximité prise dans un sens plus général. Elle semble permettre des solutions plus équilibrées à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public. Ces solutions sont à même d'exprimer plus concrètement la relativité de l'exception d'ordre public<sup>1307</sup>. Ce lien, ou *inlandsbeziehung*, ne peut

<sup>1299</sup> V. *Supra*, p. 299 s., n° 454

<sup>1300</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 56, n° 50

<sup>1301</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 168, n° 180

<sup>1302</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 160, n° 173

<sup>1303</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 163, n° 175

<sup>1304</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 166, n° 179

<sup>1305</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 145, n° 158

<sup>1306</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 56, n° 50

<sup>1307</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 159, n° 171

dans un premier temps être défini que de façon générale et abstraite : il s'agit de tout lien unissant le litige ou la situation à l'ordre juridique du for. Ce ou ces liens peuvent se trouver réalisés en la personne d'une des parties ou par la localisation de tout ou partie des faits dans l'État du for. Toutefois, les liens retenus doivent être en relation avec le principe défendu *in casu* par l'ordre public<sup>1308</sup>.

485. Ainsi l'exception d'ordre public a pour objectif d'exprimer le refus d'admettre dans l'ordre du for une solution concrète qui heurte et perturbe les principes essentiels défendus par le for. Ici encore, la notion de perturbation évoque assez clairement l'impact que la solution étrangère doit avoir sur l'ordre juridique du for. Or, cet impact, cette atteinte, ne pourra réellement se réaliser que dans la mesure où l'ordre juridique du for est concerné par la situation, de telle sorte que la société du for serait véritablement touchée par l'admission d'une solution contraire aux principes défendus par son ordre juridique<sup>1309</sup>. Une telle analyse semble faire écho à la doctrine spécialisée en matière d'ordre public et selon laquelle ce n'est pas *a priori* qu'on dira que telle loi étrangère est contraire à l'ordre public du for, ou que telle loi du for doit être considérée comme d'ordre public international. Ce que le juge doit rechercher, c'est si cette loi étrangère, telle qu'elle est appliquée dans l'espèce, *in concreto*, permet d'obtenir un résultat qui ne sera pas trop différent de celui que l'on aurait obtenu par application de la loi du for<sup>1310</sup>. Ce n'est pas la norme générale applicable à une série d'espèces qui est écartée lors du jeu de l'exception d'ordre public international mais la norme individualisée, concrétisée par les circonstances de l'espèce<sup>1311</sup>. À cet égard, pour les auteurs allemands, si l'on écarte la nécessité d'un lien avec le territoire, l'examen du cas concret semble perdre le fondement qui le rendait nécessaire<sup>1312</sup>.

486. Partant du constat de la relativité des droits et principes défendus par l'exception d'ordre public, certains auteurs seraient favorables à une intervention de l'exception conditionnée à l'existence « *de certains liens avec l'État du for* »<sup>1313</sup>. L'ordre public de proximité ne pourrait-il pas faire ses preuves dans le domaine de la reconnaissance des droits acquis à l'étranger ?<sup>1314</sup> La notion présente l'intérêt d'imposer un facteur supplémentaire de relativité de l'ordre public qui requiert la

<sup>1308</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 165, n° 178

<sup>1309</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 150, n° 162

<sup>1310</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 115, n° 102

<sup>1311</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 163, n° 140

<sup>1312</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 163, n° 139

<sup>1313</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *op. cit.*, p. 498, n° 732 s.

<sup>1314</sup> D. SINDRES, Vers la disparition de l'ordre public de proximité ?, JDI, 2012, doctr. 10, p. 887 s., spéc. n° 9



nécessité de prendre en compte, dans chaque espèce, les résultats concrets d'application de la norme étrangère<sup>1315</sup>.

L'ordre public de proximité, dont la paternité du terme en français revient au Professeur Foyer<sup>1316</sup>, est ainsi une théorie qui considère que la relativité spatiale de l'ordre public se met en œuvre par les liens unissant un rapport de droit ou une décision de justice à l'ordre juridique du for. Sa mise en œuvre requiert alors un examen concret. Il apparaît que l'opportunité de recourir au contrôle de l'absence de contrariété à l'ordre public international, dans son versant « proximate », s'agissant du contrôle de l'efficacité substantielle des situations juridiques est à même de favoriser une mise en œuvre équilibrée et adaptée de la relativité spatiale de cette notion.

487. Pour la doctrine le recours à la théorie de l'ordre public de proximité est susceptible de se justifier pour trois types de raisons : fonctionnelle, technique et sociologique. La raison fonctionnelle concerne la notion en matière conflictuelle. Le recours à l'ordre public de proximité permettrait de pallier les insuffisances de la règle de conflit comme le démontrent les décisions en matière de recherche de paternité naturelle, notamment la règle de l'article 311-14 dans les cas impliquant l'application de la loi algérienne, loi nationale de la mère, pour régir l'action en recherche de paternité naturelle. Le recours fonctionnel à l'ordre public de proximité permettrait ainsi de pallier les insuffisances de la règle de conflit de lois. La raison technique concerne les bouleversements technologiques opérés au cours du XX<sup>ème</sup> siècle facilitant de larges et quasi-instantanés déplacements internationaux. C'est une raison susceptible d'influencer le choix du recours à l'ordre public de proximité tant en matière de conflit de lois qu'en matière de conflits de juridiction. La constitution de rapports juridiques à l'occasion de brefs voyages à l'étranger par des nationaux des États concernés permet un véritable détournement de l'ordre public atténué visant à la désactivation de l'exception d'ordre public, qui se révèle ainsi inadaptée. La théorie de l'effet atténué de l'ordre public se trouve de plus en plus inadaptée au monde actuel<sup>1317</sup>. Enfin la raison sociologique, qui concerne également l'ordre public en matière de conflit de lois et de conflit de juridictions, a trait à l'avènement du règne de l'individualisme qui n'épargne pas la matière familiale. Il a pu être considéré que l'on est passé d'un ordre public de direction de la famille à un ordre public de protection des individus dans lequel s'inscrit la notion d'ordre public de proximité.

488. Comme préalablement évoqué, l'atteinte à l'ordre public suppose une

---

<sup>1315</sup> P. COURBE, *op.cit.*, spéc. p. 228

<sup>1316</sup> P. COURBE, *op.cit.*, spéc. p. 228

<sup>1317</sup> V. N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 158, n° 170

appréciation concrète. De ce point de vue, la théorie de l'effet atténué, reposant sur un critère rigide du lieu de naissance du rapport juridique, apparaît moins apte à une appréciation véritablement concrète. En revanche, l'ordre public de proximité, moins rigide et plus nuancé que l'ordre public atténué, est l'objet d'une relativisation qui favorise l'appréciation concrète<sup>1318</sup>. Tant l'approche concrète et pragmatique véhiculée par la notion d'ordre public de proximité - permettant une relativisation de l'intervention de l'exception d'ordre public par rapport à l'ordre public atténué - que les raisons techniques ou sociologiques développées en doctrine, forgent notre conviction qu'en matière de reconnaissance des situations étrangères, la condition de respect de l'ordre public doit s'apprécier dans sa version « proximate », c'est-à-dire en considérant, de manière globale, l'ensemble des liens rattachant la situation juridique au for requis.

En effet, l'atteinte concrète à l'ordre public du for par une norme étrangère correspond à la condition essentielle du déclenchement du mécanisme juridique de l'exception d'ordre public. Cette condition est véhiculée par l'ordre public de proximité qui considère l'ensemble des liens unissant la situation juridique et le for. Enfin les raisons techniques et sociologiques justifient socialement le recours, au XXI<sup>ème</sup> siècle, à la notion d'ordre public de proximité pour pallier les insuffisances du recours à des concepts qui semblent désuets, comme peut parfois le sembler la théorie de l'ordre public atténué, éminemment plus rigide. C'est la raison pour laquelle la faveur se porte sur l'application de la théorie de l'ordre public de proximité s'agissant de la condition de reconnaissance d'efficacité substantielle des situations juridiques. Si la théorie de l'ordre public de proximité fait une percée dans l'opinion française, des débats demeurent en doctrine. Parmi ceux-ci, le débat concernant la question de la modulation des liens requis en fonction du principe défendu est particulièrement alimenté.

489. Rappelons que pour que l'exception joue, il faut que l'ordre public soit effectivement perturbé. Or, pour certains auteurs la perturbation varie en fonction du principe à protéger rendant par conséquent l'intervention de l'exception d'ordre public parfois systématique, parfois conditionnée à la perturbation effective du système juridique<sup>1319</sup>. Dans cette problématique un courant de doctrine soutient que selon l'importance du principe à défendre, peu importe les liens avec le for pour révéler l'atteinte à l'ordre public. Ainsi, plus le principe à protéger est important ou fondamental moins des liens avec le for sont requis pour envisager l'atteinte et le déclenchement de l'exception d'ordre public<sup>1320</sup>. Cette idée d'éliminer l'exigence d'*inlandsbeziehung*

---

<sup>1318</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 157, n° 169

<sup>1319</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *op. cit.*, p. 498, n° 734

<sup>1320</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 194, n° 206

en fonction de l'importance du principe protégé est mise en avant par certains auteurs<sup>1321</sup> appartenant généralement au courant de doctrine dit universaliste. Ce dernier postule l'universalité des droits fondamentaux. Il s'oppose au courant dit relativiste qui, au contraire, prétend, pour résumer, que les droits fondamentaux sont éminemment culturels. Se souciant de réduire les situations boîteuses et d'assurer l'harmonie internationale des solutions, les auteurs hostiles à l'universalité des droits écartent toute intervention systématique de l'exception d'ordre public. Pour ces derniers, l'intensité des liens qu'entretient la situation avec l'ordre juridique du for est une condition essentielle de la révélation de l'atteinte à l'ordre public<sup>1322</sup>.

Rappelons que la fonction de l'exception d'ordre public est de protéger l'ordre juridique du for contre les normes étrangères qui heurteraient ses principes essentiels. De ce fait, du moment que le système du for n'est pas concerné par la relation de droit il n'est aucunement heurté ou perturbé<sup>1323</sup>. L'ordre juridique du for n'a pas pour objectif de faire appliquer universellement les principes qui le régissent. L'État étranger souverain, disposant de sa propre législation ou ayant édicté la décision, n'est pas soumis aux règles en vigueur dans le for. Il s'agit de protéger l'ordre juridique du for contre une solution qui violerait les principes dont il assure la protection. Dans cet objectif, ce qui doit être pris en considération c'est non pas la norme abstraite mais le résultat concret de l'application de la loi étrangère ou de la reconnaissance de la décision étrangère<sup>1324</sup>. Cette solution n'est pas unanimement défendue en doctrine. Au regard de l'importance des droits fondamentaux, certains auteurs, notamment partisans de la thèse universaliste des droits fondamentaux, considèrent qu'il serait judicieux de procéder à une confrontation directe entre la norme étrangère et les droits fondamentaux<sup>1325</sup>. Il apparaît toutefois que pour atteindre l'objectif d'appréciation concrète de la norme étrangère, l'exception d'ordre public semble être le moyen approprié. L'application directe des droits fondamentaux ou la technique des lois de police, systématique, s'avère excessive et certainement inadaptée. En effet, éliminer l'exigence de liens mènerait à une application systématique des droits fondamentaux dès lors que la norme étrangère applique une loi dont le contenu, même abstrait, est contraire aux principes fondamentaux défendus par le for. Cette solution, qui conduirait au même résultat que l'application immédiate des droits fondamentaux<sup>1326</sup>, semble excessive en droit international privé. L'exception d'ordre public se révèle plus souple que l'application directe des droits fondamentaux ou des lois de police,

<sup>1321</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 189, n° 200

<sup>1322</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *op. cit.*, p. 502, n° 739

<sup>1323</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *op. cit.*, p. 501, n° 739

<sup>1324</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 195, n° 207 - V. *Supra* p. 315, n° 484

<sup>1325</sup> L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude du droit international privé de la famille*, Thèse, LGDJ, 2001, Préface de Y. Lequette, n° 321 s.

<sup>1326</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 201, n° 213

apte à proposer une appréciation véritablement concrète de l'atteinte à l'ordre public. Rappelons avec Pierre Mayer qu'il ne s'agit pas d'imposer universellement nos principes<sup>1327</sup> mais de déterminer si la situation nous touche suffisamment pour considérer qu'elle porte atteinte à nos valeurs fondamentales et perturbe notre ordre public. Par ailleurs, l'intérêt d'une prise en compte directe n'est pas évident. En effet, selon le Professeur Gannagé, qui défend cette confrontation directe entre normes étrangères et droits fondamentaux<sup>1328</sup>, ladite confrontation interviendrait dans des conditions très proches de celles de l'exception d'ordre public<sup>1329</sup>. Cependant, la confrontation directe avec les droits fondamentaux aboutirait à un refus quasi-généralisé ou systématique de reconnaître une situation juridique y portant atteinte sans considérer, au regard de l'ordre public, l'atteinte concrète. Pourquoi alors, si la confrontation intervenait dans des conditions très proches de l'ordre public, substituer l'application directe des droits fondamentaux au jeu de l'exception d'ordre public international ? Cela surprend puisque le mécanisme doit fonctionner de manière proche de celui de l'ordre public. Enfin, au regard de l'ordre public, il n'est pas évident que l'atteinte soit systématique dès lors qu'il y a une atteinte aux droits fondamentaux protégés par le for. La question est celle de savoir ce qui est protégé : sont-ce les droits fondamentaux ou l'ordre public ? Si ce sont les premiers cela aboutit purement et simplement à une forme de « désactivation », de négation ou encore de neutralisation du droit international privé, dès lors qu'il s'agit d'appliquer une loi étrangère ou de reconnaître une situation ou décision juridique qui diffère des principes fondamentaux du for. On peut se demander si aboutir à l'éviction systématique de la loi étrangère ou au refus systématique de reconnaître, c'est-à-dire la neutralisation systématique des règles de droit international privé dès lors que sont concernés les droits fondamentaux, ne se révèle pas excessif. En effet, n'est-il pas disproportionné de neutraliser le fonctionnement normal des règles de droit international privé et les objectifs de coordination, de répartition, qu'elles portent en elles, dès lors que se trouvent concernés les droits fondamentaux protégés par le for ? Ne s'agit-il pas d'une rigidité trop importante, dans l'objectif de faire appliquer ses principes fondamentaux, quitte à ruiner la matière et le fonctionnement du droit international privé ? L'équilibre d'une telle solution interroge. À l'inverse, si c'est l'ordre public qui est protégé, le mécanisme de l'exception d'ordre public qui requiert une appréciation concrète de la situation porte en lui la relativité de son fonctionnement. C'est un mécanisme exceptionnel. Ainsi dans le cadre du fonctionnement normal du droit international privé et de la réalisation des objectifs de la matière, il apparaît que le mécanisme de l'ordre public, relatif, semble plus opportun à réaliser l'équilibre.

<sup>1327</sup> P. MAYER, La convention européenne des droits de l'Homme et l'application des normes étrangères, Rev. crit. DIP, 1991, p. 651 s., spéc. p. 660

<sup>1328</sup> L. GANNAGÉ, *op. cit.*, n° 324

<sup>1329</sup> L. GANNAGÉ, *op. cit.*, n° 330 s. - N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 199, n° 210

490. En outre, Léna Gannagé établit les fonctions du mécanisme de l'exception d'ordre public, dont la mission première est de garantir la cohésion de l'ordre du for, et ajoute que « *seule compte alors la question de savoir si le principe dont il s'agit d'assurer la défense est essentiel ou non pour l'ordre juridique français, ce qui, s'agissant du principe de l'égalité des époux ne saurait être sérieusement discuté* »<sup>1330</sup>. Comme l'indique l'auteur, la mission du mécanisme est de garantir la cohésion du for. Il apparaît donc, conformément à la mission du mécanisme, que la question à laquelle il convient de répondre n'est pas celle de savoir si la défense d'un principe essentiel pour l'ordre juridique est concernée ; la question, dont la réponse conditionne le jeu de l'exception d'ordre public, semble effectivement être celle - relative aux fonctions du mécanisme - de savoir si la situation perturbe ou non la cohésion du for. C'est en effet la fonction même du mécanisme selon l'auteur. Pourquoi alors interroger le jeu du mécanisme de l'ordre public sur une question autre que celle correspondant à sa fonction ? Le problème semble résider dans le risque d'accorder à l'ordre public un domaine de compétence plus important, plus élargi que son domaine normal. Ce dernier doit être déterminé eu égard à la mission et à la fonction qu'il exerce et non pas aux principes essentiels du for. Comme l'indique Sabine Maya Bouyahia, ce n'est pas l'intensité des liens avec le for qui hisse les valeurs en cause au rang de droits fondamentaux. Les droits considérés comme fondamentaux demeurent fondamentaux ; en revanche les liens qu'entretiennent le rapport juridique et le for sont de nature à mettre en évidence une atteinte à l'ordre juridique du for et à sa cohésion, nécessitant ainsi le déclenchement de l'exception d'ordre public conformément à sa fonction<sup>1331</sup>.

491. Pour Petra Hammje, seule l'exception d'ordre public est à même de permettre une protection juste et flexible des droits fondamentaux, en évitant l'impérialisme auquel conduirait leur sauvegarde par une application immédiate<sup>1332</sup>. Au regard des éléments qui viennent d'être développés, nous adhérons sans réserve à ce point de vue. Il semble que ce soit également la vision majoritaire en doctrine, qui apparaît hostile à la confrontation directe entre la loi étrangère et la convention européenne des droits de l'Homme et se prononce pour l'intégration dans l'ordre public des principes défendus par la convention<sup>1333</sup>.

<sup>1330</sup> JDI, 2004, p. 1200, note L. Gannagé

<sup>1331</sup> S. MAYA BOUYAHIA, *op. cit.*, p. 506, n° 745

<sup>1332</sup> P. HAMMJE, Rejet des répudiations musulmanes, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 423 s. - P. HAMMJE, La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé, Thèse dactyl., Paris I, 1994, n° 769 s.

<sup>1333</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 198, n° 210 - P. HAMMJE, *op. cit.* - P. HAMMJE, Droits fondamentaux et ordre public, *Rev. crit. DIP*, 1997, p. 1 s. - D. COHEN, La convention européenne des droits de l'Homme et le droit international privé français, *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 451 s.

La protection des droits fondamentaux par le biais de l'exception d'ordre public semble ainsi constituer une solution plus simple et plus mesurée. Elle permet, à l'image de l'exception d'ordre public, une protection souple et flexible des droits fondamentaux, fondée sur l'appréciation *in concreto* de leur éventuelle violation. C'est cette solution que retient le droit allemand<sup>1334</sup>. Les droits fondamentaux sont intégrés dans les principes déclenchant l'exception d'ordre public depuis la réforme du droit international privé en 1986<sup>1335</sup>. Concernant le droit français, la jurisprudence de la Cour de cassation met généralement en œuvre les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme dans le giron de l'ordre public bien que, dans le même temps elle cite expressément le texte de la Convention européenne<sup>1336</sup>.

492. Il s'agit alors de déterminer l'*inlandsbeziehung* requise en fonction du droit fondamental ou de la valeur défendue par l'ordre public en cause, et que l'ordre juridique protège, et de ce que sa protection implique, en s'interrogeant notamment sur le point de savoir si ce principe a pour objet la seule protection des nationaux ou non. Seule une étude au cas par cas permet alors de préciser les liens requis pour le jeu de l'exception d'ordre public<sup>1337</sup>. Pierre Mayer a proposé concernant l'ordre public dit « de proximité » de l'appeler « ordre public du statut personnel des français »<sup>1338</sup> car l'intervention de cet ordre public serait justifiée par le lien avec la France que constitue la nationalité (il envisage l'application dans le domaine du statut personnel dont le critère de rattachement est la nationalité)<sup>1339</sup>. Toutefois il affirme, quasiment dans le même temps, que l'intervention de cet ordre public ne devrait pas être réservé aux seuls français.

493. D'où la question de savoir si le principe considéré a vocation à la protection des seuls nationaux ? En droit allemand, la plupart du temps, la protection en matière de droits fondamentaux est élargie aux personnes résidant habituellement sur le territoire<sup>1340</sup>. La notion d'*inlandsbeziehung* concernant la mise en œuvre de l'exception d'ordre public s'applique tant au droit

<sup>1334</sup> A. SPICKHOFF, *Der ordre public im internationalen privatrecht. Entwicklung - Struktur - Konkretisierung, Arbeiten zur rechtsvergleichung*, Tome 143, Neuwied (Francfort ; Alfred Metzner Verlag), 1989, p. 117 s.

<sup>1335</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 197, n° 208

<sup>1336</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 198, n° 210

<sup>1337</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 201, n° 212

<sup>1338</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, 2019 (12<sup>ème</sup> édition), p. 158, n° 216

<sup>1339</sup> P. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 547 s., spéc. p. 571, n° 45

<sup>1340</sup> A. SPICKHOFF, *op. cit.*, p. 124 s. - N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 201, n° 212

de la famille qu'à des litiges patrimoniaux. Cependant le droit de la famille reste le terrain d'application privilégié de l'exception d'ordre public<sup>1341</sup>. Différents litiges concernant le transsexualisme, la pension alimentaire entre époux, le mariage polygamique ou les répudiations islamiques, l'autorité parentale, la filiation naturelle ou encore la filiation adoptive - concernant donc le droit des personnes et de la famille - ont été chaque fois l'occasion pour la jurisprudence allemande de se prononcer sur la condition d'*inlandsbeziehung*<sup>1342</sup> au regard de la catégorie considérée.

494. Quoiqu'elles ne citent pas nommément la théorie allemande de l'*inlandsbeziehung*, un grand nombre de décisions rendues en France mettent en œuvre cette notion<sup>1343</sup> en matière de conflit de lois. La jurisprudence française, à la faveur de la formulation retenue par la jurisprudence *Rivière* (permettant de retenir l'ensemble des circonstances de la situation pour mettre en œuvre la relativité spatiale) a pu retenir les liens entretenus entre la situation juridique litigieuse et l'ordre juridique du for de reconnaissance pour engager le déclenchement de l'exception d'ordre public. Il s'agit donc de parcourir la jurisprudence française mettant en œuvre la théorie de l'ordre public de proximité en matière de conflit de lois et de tenter ainsi d'identifier les liens susceptibles, en droit français, de se révéler pertinents pour l'établissement de la proximité entre une situation juridique et un ordre juridique à même de déclencher le jeu de l'ordre public. Notons à ce sujet que la jurisprudence a principalement fait application de la théorie de l'ordre public de proximité en matière familiale<sup>1344</sup>, dont certains domaines d'application sont aujourd'hui devenus classiques. C'est le cas en matière de divorce où la jurisprudence a apprécié les liens unissant le rapport juridique à l'ordre juridique français dans l'affaire *De Pedro*<sup>1345</sup> pour déterminer l'éventuelle atteinte à l'ordre public international. Dans cette affaire de divorce la Cour de cassation va, pour la première fois, faire application de la théorie de l'*inlandsbeziehung* en matière d'ordre public ou de l'ordre public de proximité. Une demande en divorce est introduite par une française domiciliée en France contre son mari espagnol domicilié en Espagne. Conformément à l'article 310 3ème tiret du Code civil la loi espagnole, en tant que loi nationale du mari, se reconnaît compétente pour régir le divorce. Or, à cette époque, la loi espagnole interdisant le divorce, les juridictions françaises vont écarter son application au nom du respect de l'ordre public, précisant que la faculté de demander le divorce doit être garantie à l'égard d'une française domiciliée en France. Remarquons ici que le recours à

<sup>1341</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 167 s., n° 180

<sup>1342</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 170 s.

<sup>1343</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 209, n° 221

<sup>1344</sup> P. COURBE, *op. cit.*, spéc. p. 228

<sup>1345</sup> Civ. 1re, 1er avril 1981, *De Iturralde de Pedro*, n° 79-13959 : JDI, 1981, p. 812 note D. Alexandre - N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 210, n° 223

L'ordre public de proximité se réalise en matière de conflit de lois. Le mécanisme aboutit à l'éviction de la loi espagnole pour contrariété à l'ordre public international. Cela n'est toutefois pas décisif, l'important dans cet arrêt résidant dans le recours au concept et aux liens unissant la situation juridique à l'ordre juridique français par la jurisprudence. Ici la haute cour fait application de la théorie de l'ordre public de proximité en isolant et établissant les liens entre le rapport juridique et le for au regard de la matière considérée. Les liens retenus par la juridiction, en l'espèce la nationalité française de l'épouse et son domicile en France, constituent des éléments aptes à démontrer l'atteinte aux principes essentiels du for et la perturbation qui en résulte, justifiant l'intervention de l'exception d'ordre public. C'est parce que l'aptitude d'une française domiciliée en France à demander le divorce doit être garantie que l'application de la loi espagnole se révèle porter atteinte à l'ordre public international français.

495. La jurisprudence française a également mis en avant la proximité pour justifier le déclenchement de l'exception d'ordre public en matière de filiation. Avant d'évoquer ces jurisprudences - et la proximité retenue pour le déclenchement de l'exception l'ordre public dans les matières qui nous intéressent - précisons que cette solution n'est plus de droit positif. En effet, une décision de la Cour de cassation rendue le 16 décembre 2020<sup>1346</sup> prévoit qu'une loi étrangère qui ne permet pas l'établissement de la filiation hors mariage doit être écartée comme contraire à l'ordre public international. La cour, dans cette affaire, ne mentionne aucunement les liens qui rattachent l'enfant au territoire français tels la nationalité ou la résidence habituelle. Cet arrêt semble ainsi mettre un terme à l'ordre public de proximité en matière de filiation, au profit d'une solution qui apparaît sensiblement plus rigide. Elle favorise l'action visant à établir sa filiation en toutes circonstances. Pour autant, avant l'actuelle solution, la jurisprudence a mis en œuvre l'ordre public de proximité en matière de filiation. Dans une affaire en date du 23 avril 1979<sup>1347</sup> une mère algérienne agit en recherche de paternité naturelle pour son enfant, de nationalité française. Conformément à l'article 311-14 du Code civil, la loi applicable à l'établissement de la filiation est la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant, c'est-à-dire la loi algérienne. Mais la loi algérienne ignore l'action en recherche de paternité naturelle. Le tribunal de grande instance de Paris va écarter l'application de la loi algérienne normalement applicable au nom de l'exception d'ordre public. La juridiction considère en effet comme contraire à l'ordre public l'application de la loi algérienne au motif notamment que celle-ci ne permet pas l'exercice de l'action en recherche de paternité naturelle à l'égard d'un enfant français et résidant en France. La Cour de cassation

<sup>1346</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 décembre 2020, n° 19-20.948

<sup>1347</sup> TGI Paris, 23 avril 1979 : Rev. crit. DIP, 1980, p. 83, note P. Lagarde



initialement hostile à cette solution en matière de filiation est revenue sur sa position en considérant que ces lois prohibitives heurtent l'ordre public lorsque leur application concerne un enfant français ou résidant habituellement en France<sup>1348</sup>. Cette solution fut reprise par un arrêt de la Cour de cassation de 2006 dans lequel la haute juridiction affirme le principe plus explicitement. Pour la cour, une loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation naturelle n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public sauf si elle aboutit à priver un enfant de nationalité française ou résidant habituellement sur le territoire français, du droit d'établir sa filiation<sup>1349</sup>. Toutefois, rappelons-le, cette solution - l'application de l'ordre public de proximité en matière de filiation - n'est plus, aujourd'hui, de droit positif.

496. Enfin la théorie de l'ordre public de proximité a également été mise en œuvre en matière d'effets des mariages polygamiques. L'affaire *Baaʒiʒ* en est une démonstration. Pour que les choses soient claires rappelons que cette affaire a donné lieu à deux arrêts. La première décision concerne la reconnaissance de la validité du mariage avec la seconde épouse<sup>1350</sup>. Dans la seconde décision il s'agit de la reconnaissance des effets du mariage polygamique<sup>1351</sup>. C'est ce deuxième arrêt qui nous intéresse ici. Souvenons-nous également que dans le premier arrêt, la solution reconnaissait la validité du second mariage contracté en Algérie, conformément à la théorie de l'effet atténué de l'ordre public<sup>1352</sup>. S'agissant des faits, cette affaire concernait un français marié avec une française en 1954. Devenu algérien au moment de l'indépendance de l'Algérie l'homme avait contracté un second mariage en Algérie. L'homme décède en 1978 en France, victime d'un accident. Après avoir reconnu la validité du second mariage, polygamique, les juridictions françaises sont saisies au sujet de l'allocation de la rente du conjoint survivant. Les juridictions du fond statuèrent dans le sens d'un partage de la rente entre les deux épouses du mari décédé. Toutefois la Cour de cassation censura cette décision au motif que « l'ordre public s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci ». De nouveau la Cour de cassation a mis en œuvre la théorie de l'ordre public de proximité au sujet des effets d'un mariage polygamique en établissant les liens qu'entretenait la situation juridique avec l'ordre juridique du for pour déterminer l'atteinte à l'ordre public. En l'espèce, il semble que la nationalité française et la demande réalisée en France aient été décisives. S'agissant

<sup>1348</sup> V. Civ. 1re, 10 février 1993, *Paretti*, n° 89-21.99 : Rev. crit. DIP, 1993, p. 620, note J. Foyer - N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 246, n° 256

<sup>1349</sup> Civ., 1re, 10 mai 2006 : D., 2006, p. 2890, note G. Kessler et G. Salamé

<sup>1350</sup> Civ. 1re, 17 février 1982, *Baaʒiʒ*, n° 80-17.113

<sup>1351</sup> Civ. 1re, 6 juillet 1988, n° 85-12.743, *Veuve BAAZIZ c/ Veuve BAAZIZ Rabah* : Rev. crit. DIP, 1989, p. 77 s., note Y. Lequette

<sup>1352</sup> V. *Supra*, p. 319, n° 482

des mariages polygamiques, des propositions sont réalisées conformément à l'ordre public de proximité. Les solutions retenues par l'arrêt *Baaqiz* en matière d'effets du mariage polygamique pourraient être intéressantes transposées à la validité de l'union (pour laquelle rappelons-le, la cour a fait application de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public afin de déterminer la validité du mariage dans l'affaire *Baaqiz*). Afin d'établir l'atteinte à l'ordre public pris dans son versant « proximate », il conviendrait alors de localiser le second mariage et de s'interroger sur les liens unissant cette situation juridique au for requis. Dès lors que l'une ou plusieurs des parties entretenaient des liens suffisants avec la France, l'ordre public doit pouvoir s'opposer à la reconnaissance. La nationalité doit avoir son importance, mais ne doit pas être le critère absolument décisif. Ce qu'il convient de déterminer c'est l'atteinte concrète à l'ordre public du for. Autre critère, lorsque la première épouse, même de statut personnel polygamique, possède son domicile ou réside habituellement en France. La résidence en France doit en effet permettre la protection des droits fondamentaux, notamment comme en l'espèce, l'égalité des sexes. À l'inverse, si la situation n'est caractérisée que par des liens très distendus avec le for requis, il serait possible d'admettre la validité du second mariage. L'atteinte à l'ordre public se révèle, par hypothèse, inexistante<sup>1353</sup>. Tel serait le cas d'un *de cuius* de statut polygame, ayant toujours résidé à l'étranger avec ses épouses, et disposant de biens en France - qui correspond à l'hypothèse de l'arrêt *Beneddouche*.

Par son fonctionnement basé sur l'existence de critères multiples, la solution semble à même d'apporter plus d'équilibre que la théorie de l'effet atténué dans les réponses délivrées par l'exception d'ordre public lors de sa mise en œuvre. Ce sont ces multiples critères qui sont à même de révéler, avec plus d'acuité que l'ordre public atténué, l'atteinte ou non à l'ordre public du for. Pour Natalie Joubert, dans le domaine des mariages polygamiques et des divorces, les critères de nationalité et de domicile ou de résidence habituelle doivent permettre la protection de la partie qui doit l'être, sans quoi cela serait susceptible d'entraîner une atteinte à l'ordre public<sup>1354</sup>.

497. Aujourd'hui la notion d'ordre public de proximité a trouvé un terrain d'application de prédilection en matière de répudiations survenues à l'étranger. Si la Cour de cassation avait pu reconnaître certaines répudiations survenues à l'étranger lorsque l'épouse a pu y donner son consentement, cette solution va radicalement évoluer avec plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation le 17 février 2004. Dans ces affaires la Cour de cassation va refuser d'accorder des effets à des répudiations prononcées à l'étranger considérant que la répudiation unilatérale est contraire au principe européen d'égalité des époux et donc à l'ordre public international dès lors

<sup>1353</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 233 s., n° 244 s.

<sup>1354</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 238, n° 249

que la femme, ou *a fortiori* les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français<sup>1355</sup>. En réalité, en cette matière, la jurisprudence, conformément à ses solutions traditionnelles, a été hésitante : parfois permissive sur le fondement de l'effet atténué de l'ordre public<sup>1356</sup>.

498. C'est le cas dans l'affaire *Robbi*<sup>1357</sup>, en matière de répudiation, dont la décision a été rendue le 3 novembre 1983 : en faisant application de la théorie de l'ordre public atténué la Cour de cassation valide la reconnaissance de la répudiation telle que constatée par le juge étranger. S'assurant des conditions de reconnaissance d'efficacité des jugements étrangers, la cour va considérer que la compétence juridictionnelle fondée sur l'article 1070 n'est pas une compétence exclusive. Dans ce cadre, la saisine des juridictions de l'État de la nationalité commune des époux permet de rattacher la répudiation au juge la constatant et ainsi de fonder sa compétence indirecte internationale. En matière de loi applicable il est constant que l'article 309 alinéa 2 du Code civil, codifié à l'article 310 alinéa 2 au moment de la décision, qui attribue compétence à la loi française dès lors que les époux sont domiciliés en France, doit être cantonné aux hypothèses dans lesquelles le divorce est directement demandé en France<sup>1358</sup>. Enfin, en matière de respect de l'ordre public, conformément à la théorie de l'effet atténué, la réaction à l'encontre d'une décision étrangère n'est pas la même suivant qu'il s'agisse d'acquiescer ou de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger. La Cour de cassation dans l'affaire *Robbi* s'est donc montrée libérale et permissive dans l'accueil des répudiations étrangères. La théorie de l'ordre public atténué, mise en œuvre par la haute juridiction n'est pas étrangère à cela. Précisons que la Cour de cassation s'assure toutefois, pour reconnaître la répudiation, que des garanties pécuniaires sont assurées à l'égard de la femme répudiée. C'est une préoccupation constante<sup>1359</sup>, même de la part de la jurisprudence la plus libérale de la Cour à l'égard des répudiations. Par la suite, elle va rechercher une solution plus sévère<sup>1360</sup>. Pour refuser l'efficacité d'une répudiation étrangère elle invoquera la fraude au jugement dans l'affaire *Senoussi* en 1988<sup>1361</sup>, même si le recours à cette notion a pu faire l'objet de critiques de la part de la doctrine, notamment celle partant du postulat que la notion de fraude est largement interrogeable lorsqu'elle vise à saisir les juridictions de l'État dont on a la

<sup>1355</sup> P. COURBE, *op.cit.*, spéc. p. 234

<sup>1356</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 256, n° 267

<sup>1357</sup> Civ., 1ère, 3 novembre 1983, *Robbi* : Rev. crit. DIP, 1984, p. 325 s. note I. Fadlallah ; JDI, 1984, p. 329, note P. Kahn

<sup>1358</sup> Civ. 1re, 25 février 1986

<sup>1359</sup> Civ. 1re, 18 décembre 1979, *Dabar* : D., 1980, p. 549, note E. Poisson-Drocourt

<sup>1360</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 259, n° 270

<sup>1361</sup> Civ. 1re, 1er mars 1988, *Senoussi* : Rev. crit. DIP, 1989, p. 733, note A. Sinay-Citermann

nationalité<sup>1362</sup>. Il a alors été proposé que la seule notion permettant de justifier la solution de la Cour de cassation était la notion de « fraude à l'intensité de l'ordre public » révélée lors de la mise en œuvre de la théorie de l'ordre public atténué<sup>1363</sup>. La fraude se révélerait par le fait pour des individus de se rendre dans l'État de leur nationalité afin de constituer et obtenir des droits qu'ils n'auraient pu obtenir au for. Il faudrait toutefois pouvoir démontrer une véritable intention frauduleuse de la part des individus ce qui ne tombe pas sous le coup de l'évidence. L'épilogue à cette situation fluctuante interviendra le 17 février 2004<sup>1364</sup>, jour où la Haute juridiction va, dans plusieurs arrêts, retenir la contrariété à l'ordre public des répudiations survenues à l'étranger en se fondant à la fois sur l'égalité des sexes et en exigeant d'autre part que la situation présente un rattachement suffisant avec l'ordre juridique du for, l'ordre juridique français<sup>1365</sup>. La jurisprudence va ainsi mettre en œuvre l'ordre public de proximité en matière de répudiations survenues à l'étranger, avec en relief toutefois les droits fondamentaux et l'égalité des époux, qui sont explicitement mentionnés. Dans la première espèce la situation juridique concernait deux époux de nationalité algérienne (Les époux A.), mariés en 1985 en Algérie. En 1998 l'épouse présente une requête en divorce en France. Toutefois l'exception de litispendance est retenue par la juridiction : une requête était en effet en cours devant les tribunaux algériens, requête introduite durant l'année 1997. Une fois la décision rendue par les juridictions algériennes elle est présentée à la reconnaissance en France, sans doute par la procédure d'*exequatur*. Les juridictions du fond refusent de reconnaître l'efficacité de la répudiation intervenue en Algérie. La Cour de cassation va confirmer la solution des juridictions du fond et rejeter le pourvoi présenté par l'époux. La haute juridiction décide en effet qu'une décision constatant la répudiation unilatérale de l'époux sans pour autant donner d'effets à l'éventuelle opposition de l'épouse, et en privant l'autorité de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de la répudiation, est contraire au principe d'égalité des époux garanti par la Convention européenne des droits de l'Homme que la France s'est engagée à respecter. Partant, concernant une personne, en l'occurrence l'épouse, domiciliée sur le territoire français, la répudiation étrangère se révèle contraire à l'ordre public.

Concernant une autre des cinq affaires traitées par la Cour de cassation ce jour-là pour laquelle les faits et la procédure étaient très proches de l'affaire évoquée, l'attendu de la Cour est calqué sur la solution que nous venons de présenter et fixe la teneur de la jurisprudence de la Cour de cassation

<sup>1362</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 264

<sup>1363</sup> V. *Supra*, p. 316, n° 477 - Rev. Crit. DIP, 1984, p. 325 s. note I. Fadlallah

<sup>1364</sup> Civ. 1re, 17 février 2004 (cinq arrêts) : D., 2004, p. 824 ; P. HAMMJE, Rejet des répudiations musulmanes, *op. cit.*, p. 423 s. ; P. COURBE, Le rejet des répudiations musulmanes, D. 2004, p. 815 s. ; JDI, 2004, p. 1200, note L. Gannagé

<sup>1365</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 262, n° 270

en matière de répudiation jusqu'à aujourd'hui. Ainsi la jurisprudence se fonde sur le principe d'égalité des sexes garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme et la proximité de la situation, c'est-à-dire les liens qu'elle entretient avec la France. Dans les affaires présentées c'est le domicile en France qui est pris en considération par la haute juridiction. Cependant, concernant les liens retenus, la jurisprudence a admis que l'*inlandsbeziehung*, ou les liens avec le for justifiant l'intervention de l'exception d'ordre public, pouvaient également être constitués par la nationalité française du ou des époux, même si ces derniers sont tous deux domiciliés à l'étranger<sup>1366</sup>. Pour certains auteurs, si la Cour de cassation maintient, à juste titre<sup>1367</sup>, les répudiations dans le giron de l'exception d'ordre public, la position de la juridiction en matière d'égalité des sexes relève de la position de principe, trop rigide. En effet il semble que la haute juridiction retienne l'égalité des époux comme un principe abstrait, strict et absolu. Celui-ci doit accorder aux époux une stricte égalité, notamment en matière de prérogatives. Cette compréhension absolutiste de l'égalité des sexes est nécessairement mise à mal lorsqu'un mode de dissolution relève de la seule prérogative maritale. Cela aboutit à l'adoption d'une vision globale et unitaire de la Cour de cassation à l'égard des répudiations intervenues à l'étranger<sup>1368</sup>. On en arrive en pratique à une application directe des droits fondamentaux en matière de répudiations survenues à l'étranger, et comme on pouvait l'imaginer<sup>1369</sup>, la solution aboutit alors à une éviction systématique de la norme étrangère dès lors que le contenu est contraire aux principes du for. C'est la solution du droit français, et elle aboutit au même résultat, depuis le 17 février 2004, c'est-à-dire au refus systématique de reconnaître et donner effets à une répudiation survenue à l'étranger. L'équilibre d'une telle solution, systématique, interroge obligatoirement.

499. Les solutions qui viennent d'être présentées doivent être approuvées dans la mesure où elles rejettent la distinction traditionnelle, à la base de l'effet atténué de l'ordre public, entre acquisition et reconnaissance des droits<sup>1370</sup>. En revanche, la référence directe aux droits fondamentaux, dans le même temps, interroge. Cette distinction paraît aujourd'hui mal adaptée au regard, notamment, des développements technologiques. En effet, le transport au XXIème siècle permet de grands déplacements. La notion d'ordre public atténué, se fondant sur la distinction entre la constitution ou la reconnaissance des droits était certainement adaptée à une époque où les déplacements étaient moins facilités et plus restreints. Si à une époque de mobilité réduite la

<sup>1366</sup> Civ. 1re, 10 mai 2006, n° 05-15.707 - N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 263, n° 270

<sup>1367</sup> V. *Supra*, p. 332 s., n° 497 s.

<sup>1368</sup> P. HAMMJE, Rejet des répudiations musulmanes, *op. cit.* - N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 263, n° 270

<sup>1369</sup> V. *Supra*, p. 324, n° 489

<sup>1370</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 263

distinction entre acquisition et reconnaissance des droits semble à même d'attester et de traduire une réalité sociale, le XXI<sup>ème</sup> siècle et les facilités de déplacements internationaux qu'il offre n'est plus à même (de par ces facilités de déplacements) de pouvoir l'attester. Il est permis de penser que le recours à la notion de liens suffisants (*Inlandsbeziehung*) paraît être une façon raisonnable de procéder à une appréciation véritablement concrète de la contrariété *in casu* à l'ordre public et aux principes défendus par l'ordre juridique du for.

500. Enfin quant à la qualité des liens retenus (liens significatifs), si pour les matières ne relevant pas du droit des personnes et de la famille la nationalité du for n'est pas nécessairement un lien significatif, ce rattachement semble pertinent dans le cadre des matières personnelles et familiales. Il semble toutefois impératif ne pas faire de l'ordre public une clause de protection des seuls nationaux (ce qui n'est pas sa fonction) et de considérer également le domicile ou la résidence habituelle<sup>1371</sup> comme le fait la jurisprudence allemande. Natalie Joubert résume ce point de vue en affirmant que « *C'est bien entendu au cas par cas que le juge devra déterminer quels sont les liens, spatiaux, temporels et personnels qui peuvent être considérés comme qualitativement et quantitativement suffisants. Le principe d'appréciation in concreto de l'ordre public interdit en effet de donner à cette question une réponse définitive a priori* »<sup>1372</sup>. Si son appréciation peut différer, la condition d'absence de contrariété à l'ordre public de la situation juridique étrangère semble pour autant, comme il a été évoqué au début de ce paragraphe, inéluctable dans la mise en œuvre de la reconnaissance de l'efficacité substantielle des situations juridiques. À l'inverse, certaines conditions semblent beaucoup plus incertaines et discutées en doctrine. C'est le cas de la condition d'absence de fraude.

### § 3. L'absence de fraude

501. En matière de fraude la première question que l'on peut se poser est celle-ci : qu'entend-on par absence de fraude ? Il existe deux types de fraudes, la fraude à la loi ou la fraude au jugement<sup>1373</sup>. S'agissant des jugements étrangers l'arrêt *Simitch*<sup>1374</sup> précise qu'indépendamment de la condition d'absence de fraude à la loi, le choix du tribunal étranger ne doit pas être frauduleux. La Cour de cassation fait ici référence au *forum shopping*. Il apparaît toutefois que, concernant la loi applicable, la suppression du contrôle de la loi appliquée par le tribunal étranger dans l'arrêt

<sup>1371</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 272, n° 276

<sup>1372</sup> N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 278, n° 281

<sup>1373</sup> V. C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 287, n° 430

<sup>1374</sup> V. *Supra*, p. 120, n° 182

*Cornelissen* en 2007<sup>1375</sup> a entraîné avec elle le contrôle de la fraude à la loi<sup>1376</sup>. De la même manière puisque notre proposition se dispense en matière de situations juridiques du contrôle de la loi applicable<sup>1377</sup>, le contrôle de la fraude doit s'entendre au sens de *forum shopping*, c'est-à-dire comme fraude à la compétence, à l'autorité ou encore à l'ordre juridique, pris en bloc, exclusif de la fraude à la loi en tant que telle.

Cette notion de *forum shopping* relève traditionnellement du conflit de juridictions en ce qu'elle caractérise une manipulation des critères de compétence juridictionnelle. Cela consiste à tirer profit de la diversité des systèmes de droit international privé. Ce *shopping* permet d'obtenir à l'étranger un titre découlant de l'intervention du juge étranger dont on cherchera à se prévaloir dans l'ordre international<sup>1378</sup>. L'exception de fraude permet alors de refuser la reconnaissance et l'efficacité d'un jugement étranger, dès lors que celui-ci a été obtenu dans le seul but d'échapper à la juridiction des tribunaux normalement compétents en raison de la solution que ces derniers auraient donné au litige. En matière de reconnaissance des situations, le mécanisme doit permettre d'évincer une situation juridique lorsque celle-ci a été constituée dans le but d'échapper à la compétence des autorités, en raison notamment de la loi qui aurait été appliquée par celles-ci<sup>1379</sup> selon le droit applicable. Il faut entendre la fraude comme une manœuvre visant à évincer le point de vue concret et global de l'ordre juridique requis pris en bloc<sup>1380</sup>.

502. La fraude, qu'il s'agisse d'une fraude à la loi, au jugement ou à l'autorité suppose la réunion de trois éléments : un élément matériel, un élément moral ou intentionnel et un élément légal<sup>1381</sup>. Ces conditions sont généralement admises par la doctrine<sup>1382</sup>, même la plus spécialisée<sup>1383</sup>. S'agissant de la circulation des situations juridiques l'élément légal pourrait être une disposition de la loi ou des pratiques administratives qui n'autorisent pas la constitution de la situation juridique imaginée. L'élément matériel consiste en la manipulation du critère de rattachement ou de la catégorie de rattachement. Enfin, l'élément intentionnel réunit ces deux premiers éléments.

---

<sup>1375</sup> V. *Supra*, p. 120, n° 182

<sup>1376</sup> V. en ce sens P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, 2019 (12<sup>ème</sup> édition), p. 288, n° 406 - S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, p. 249, n° 245

<sup>1377</sup> V. *Infra*, p. 336, n° 510

<sup>1378</sup> M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, Thèse, Dalloz, 2003, Préface de P. Lagarde, p. 48, n° 92

<sup>1379</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p. 287, n° 250

<sup>1380</sup> A. BYLIACHENKO, *op. cit.*, p. 325, n° 435

<sup>1381</sup> A. BYLIACHENKO, *op. cit.*, p. 322, n° 431

<sup>1382</sup> M. SOULEAU-BERTRAND, *op. cit.*, p. 50 s., n° 95 s. - L. BARNICH, *op. cit.*, p. 286, n° 248

<sup>1383</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Thèse, Dalloz, 1974, Préface de Y. Loussouarn, p. 89 s., n° 105 s.

L'intention consiste dans le fait que la ou les personnes aient procédé à la manipulation du facteur ou de la catégorie de rattachement dans le but exclusif de contourner et échapper à l'élément légal<sup>1384</sup>. Il s'agit de démontrer que la personne s'est placée volontairement dans un ordre juridique afin d'obtenir un acte, et créer ainsi une éventuelle situation juridique, qu'il n'aurait pu obtenir dans l'ordre juridique du for<sup>1385</sup>. Toutefois, l'analyse est complexe quand le juge ou toute autre autorité est appelée à conférer des droits pour l'avenir, notamment des actes constitutifs d'état, comme célébrer un mariage, prononcer un divorce ou créer un être moral. Dans ce cas l'avenir seul permettra de déterminer *le forum* et la loi qui avait un titre supérieur à s'appliquer. En effet, on ne dispose au moment de la constitution de la situation juridique que d'éléments objectifs concernant le passé alors qu'il s'agit de créer une situation pour l'avenir, le futur<sup>1386</sup>. Lorsque le sujet ne cherche pas immédiatement à se prévaloir de son état ou de sa nouvelle situation juridique il apparaît que le conflit est un vrai conflit. Chaque jour qui passe sans que le sujet tente de se prévaloir de son nouvel état dans le ressort de l'ordre juridique évincé révèle que le conflit volontairement créé est un vrai conflit ; et plus le conflit est un vrai conflit, moins c'est une fraude<sup>1387</sup>. Ainsi la fraude est une notion complexe. Les circonstances de l'espèce et notamment le facteur temporel, spécialement en matière de situations juridiques constituées pour l'avenir et ayant vocation à la durée, se révèlent fondamentales dans la caractérisation de la fraude.

503. Les motifs de refus de reconnaissance sont une source de discordance doctrinale à laquelle la fraude n'échappe pas<sup>1388</sup>. L'intégration ou non de la condition d'absence de fraude parmi les conditions de régularité des situations juridiques est aujourd'hui largement débattue.

Il a été mis en avant que l'intégration de la condition d'absence de fraude parmi les conditions d'efficacité des situations juridiques dépendait largement de l'appréciation et de la conception retenue de la condition de proximité<sup>1389</sup>. En effet, en doctrine la proximité peut faire l'objet d'une appréciation souple ou d'une appréciation rigide de la part des auteurs<sup>1390</sup>. Cette appréciation commande généralement l'intégration ou non de la condition de fraude parmi les conditions de régularité des situations juridiques constituées à l'étranger.

<sup>1384</sup> A. BYLIACHENKO, *op. cit.*, p. 322, n° 431

<sup>1385</sup> L. BARNICH, *op. cit.*, p. 291, n° 254

<sup>1386</sup> B. AUDIT, *op. cit.*, p. 35, n° 35

<sup>1387</sup> B. AUDIT, *op. cit.*, p. 110 s., n° 141

<sup>1388</sup> S. PFEIFF, Reconnaissance et théorie générale du droit international privé, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 171 s., spéc. p. 183, n° 172

<sup>1389</sup> V. *Supra*, p. 297, n° 452

<sup>1390</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, p. 318, n° 320 s.



Dans le cas d'une appréciation rigide de la proximité, déterminée *a priori* par des critères préétablis tels que la résidence habituelle, le domicile ou la nationalité, la condition d'absence de fraude conserve une utilité bienvenue. Elle permet de lutter contre la manipulation des critères de rattachement établis de manière rigide. Rappelons-le, en pratique cela revient quasiment dans ce cas à établir une règle de conflit. En revanche si la condition de proximité fait l'objet d'une appréciation souple, exigeant l'existence de liens caractérisés sans les déterminer *a priori*, dépendant uniquement d'une appréciation spéciale du cas d'espèce<sup>1391</sup>, la condition d'absence de fraude semble perdre de son intérêt. Elle joue en quelque sorte un rôle de doublon avec la condition de proximité. Cette dernière appréciée souplesment permettra de mettre en évidence la manipulation du rattachement, pour laquelle un examen concret confirmera l'absence de proximité.

504. Eu égard à l'appréciation souple qu'ils retiennent, certains auteurs, comme Alexey Byliachenko, vont jusqu'à affirmer franchement que le contrôle de proximité coïncidera toujours avec le contrôle de l'absence de fraude. L'appréciation de la fraude et de la proximité effective de la situation juridique avec l'État d'origine sont les deux versants d'une même condition<sup>1392</sup>. Suivant la conception souple qui privilégie une proximité effective, il n'est pas nécessaire de « doubler » les conditions qui se révèlent similaires en substance, en imposant un contrôle de l'absence de fraude. Celle-ci peut être constatée par le contrôle de la proximité effective de la situation juridique avec l'État d'origine. Les liens ténus entre une situation juridique et l'ordre juridique d'origine sont à même de mettre en évidence le défaut de proximité, malgré la manipulation des rattachements, et ainsi le *forum shopping* « frauduleux ». Celui-ci consiste dans la constitution d'une situation juridique au sein d'un ordre juridique qui n'apparaît pas comme naturellement le plus compétent, eu égard à la proximité effective, et à revendiquer la reconnaissance de ses effets auprès du for requis. Cette conclusion résulte également des travaux d'Amélie Panet<sup>1393</sup> et de l'appréciation de la proximité à laquelle se livre l'auteur, qui considère que l'existence de liens suffisants avec plusieurs ordres juridiques est exclusive de la fraude. Vraisemblablement madame Panet vise à mettre en évidence l'existence de liens caractérisés entre la situation juridique et l'ordre juridique de sa constitution, sans pour autant les déterminer strictement, *a priori*. En effet, en droit de l'Union, les critères de rattachement retenus en matière de statut personnel, la nationalité ou la résidence habituelle, ne disposent pas l'un sur l'autre d'un titre de supériorité. Le critère de la nationalité n'est pas un critère supérieur à celui de la résidence

<sup>1391</sup> A. BYLIACHENKO, *op. cit.*, p. 325, n° 436

<sup>1392</sup> A. BYLIACHENKO, *op. cit.*, p. 325, n° 436

<sup>1393</sup> A. PANET, Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne. Contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle, Thèse dactyl., Lyon, 2014

habituelle et inversement<sup>1394</sup>. Pourquoi alors devrait-on, pour exprimer la proximité, faire primer un rattachement sur un autre ? Cela apparaît contraire au droit de l'Union qui ne fait pas primer tel ou tel rattachement. L'essentiel alors pour la détermination de la proximité doit résider dans l'existence et l'appréciation des liens au cas par cas, sans détermination préalable. Une fois encore l'appréciation souple de la proximité aboutit à l'exclusion de la condition de fraude parmi les conditions de régularité des situations juridiques.

505. Enfin, pour conclure sur ce point, nous pouvons également, au travers de la solution de l'arrêt *Simitch*, relever le paradoxe de maintenir la condition d'absence de fraude dès lors que la proximité est appréciée souplesment<sup>1395</sup> comme c'est le cas en matière de compétence indirecte des juridictions dans l'ordre international. En effet, il semble difficilement concevable qu'une juridiction soit compétente sur le fondement de la proximité mais que la saisine s'en révèle, dans le même temps, frauduleuse. Soit la juridiction étrangère est compétente, soit elle ne l'est pas. Cependant, si elle est reconnue compétente on ne peut dans le même temps dire que sa saisine est frauduleuse. Il en est de même s'agissant non plus de la compétence des juridictions étrangères spécialement mais de la compétence d'un ordre juridique pris en bloc. Partant, l'appréciation souple de la condition de proximité dans l'optique du contrôle d'efficacité semble devoir exclure la condition de fraude, au sens de *forum shopping*, des conditions de reconnaissance d'efficacité. Conformément à une telle approche, les conditions de proximité et d'absence de fraude semblent assurer la même fonction, prise toutefois sous un angle différent : déterminer effectivement les liens entre la situation juridique et l'ordre juridique étranger afin de s'assurer que l'adresse à un ordre juridique étranger n'avait pas pour seul objectif d'y constituer des droits dans l'unique but de demander ultérieurement leur reconnaissance au for requis. Pour cela on a pu dire que ces conditions se présentaient comme les deux versants d'une même condition.

506. En revanche, dès lors que la condition de proximité est appréciée de manière plus rigide, suivant des critères prédéterminés, il semble que la condition d'absence de fraude conserve un intérêt parmi les conditions de reconnaissance d'efficacité des situations juridiques.

507. Notre lecture de la proximité ne se limite pas à caractériser l'existence de liens (ou d'un lien particulier) déterminés *a priori*. La notion de proximité présente une souplesse qui doit justement permettre de considérer la situation juridique d'espèce, prise dans son ensemble.

---

<sup>1394</sup> A. PANET, *op. cit.*, p. 569, n° 1466

<sup>1395</sup> A. PANET, *op. cit.*, p. 568, n° 1464

L'existence d'un lien quelconque, comme une résidence ou la nationalité de l'ordre juridique de constitution de la situation juridique ne se révèle pas, en tant que tel, un élément *a priori* absolument décisif dans l'appréciation de la proximité. Ce qui est décisif, c'est la considération de la proximité effective. C'est la considération de la situation juridique prise dans son ensemble et sa proximité concrète avec l'ordre juridique de sa constitution, au regard de l'ensemble des liens l'unissant à ce dernier. Or, une telle conception de la proximité plaide en faveur de l'éviction de la fraude comme condition de reconnaissance<sup>1396</sup>, qui se révèle faire double emploi avec la condition de proximité<sup>1397</sup>.

508. Ainsi, conformément à notre approche de la proximité, la condition d'absence de fraude, si elle doit demeurer, risque en pratique d'aboutir à jouer un rôle de doublon de cette première condition. Elle doit donc être supprimée des conditions de régularité des situations juridiques. La proximité effective, appréciée souplement au regard de l'ensemble des circonstances concrètes de l'espèce, peut se suffire à elle-même pour protéger le for des instrumentalisation et manipulations dont la condition pourrait être l'objet. L'appréciation souple se révèle ainsi la meilleure protection contre les tentatives d'instrumentalisation, de fraude, dont la condition de proximité est susceptible d'être l'objet.

509. Jusqu'à présent trois conditions relatives au contrôle de l'efficacité substantielle des situations juridiques extrapatrimoniales ont été exposées. Pour les raisons développées, il a été choisi d'intégrer deux de ces conditions au contrôle que doivent subir les situations juridiques constituées à l'étranger : la condition de proximité et la condition d'absence de contrariété à l'ordre public international. En revanche, conformément à l'appréciation de la proximité retenue, le parti pris est plutôt celui de l'exclusion de la condition d'absence de fraude des conditions de reconnaissance d'efficacité. Il convient également de se poser à présent l'épineuse question du contrôle de la loi applicable conformément au système de conflit de lois du for. L'intégration d'une telle condition parmi les conditions du contrôle de l'efficacité substantielle apparaît comme un contresens méthodologique. En outre, l'intégration d'une telle condition de reconnaissance serait, semble-t-il, à même de détricoter l'ensemble de la proposition réalisée en matière de reconnaissance des situations juridiques. Il convient alors d'exclure impérativement ladite condition des conditions de reconnaissance d'efficacité des situations juridiques constituées à l'étranger.

---

<sup>1396</sup> V. *Supra*, p. 340 s., n° 507

<sup>1397</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, p. 318, n° 320

#### § 4. L'exclusion du contrôle de la loi applicable

510. Pour certains membres de la doctrine, l'objet même de la méthode de la reconnaissance des situations consiste en ce qu'une situation juridique constituée à l'étranger, et ne provenant pas d'un acte décisionnel, soit reconnue par l'État requis en renonçant à l'application de ses règles de conflit<sup>1398</sup>. Pour autant, la séparation et la distinction nette entre reconnaissance d'efficacité d'un côté et respect des règles conflictuelles du for de l'autre n'est pas d'une évidence naturelle. Pour preuve, comme il a été indiqué, jusqu'à très récemment le droit commun soumettait l'efficacité des décisions de justice étrangères au respect de la règle de conflit désignée par le for, au moins dans son résultat matériel. Ce n'est qu'en 2007 que la Cour de cassation, au travers de l'arrêt *Cornelissen*, a supprimé cette exigence concernant l'efficacité des jugements étrangers<sup>1399</sup>. Ainsi, il y a encore peu de temps la distinction nette entre reconnaissance d'efficacité et respect des règles conflictuelles demeurait inexistante en droit positif. Le droit commun soumettait l'efficacité d'une décision de justice étrangère au respect de ses règles de conflit de lois.

511. Pour certains auteurs les raisons de justice, de respect des prévisions légitimes des parties, de respect de la légitimité des autres systèmes juridiques, d'esprit de tolérance devant habiter le droit international privé, conçu pour coordonner la diversité au profit des particuliers ont justifié la suppression du contrôle de la loi appliquée s'agissant de l'efficacité des jugements étrangers<sup>1400</sup>. Au regard des effets juridiques qu'elles produisent, une telle approche paraît transposable en matière de situations juridiques<sup>1401</sup> qui, si elles ne sont pas issues d'une décision de justice, en réunissent les caractères<sup>1402</sup>. Réunissant les mêmes caractères elles doivent engendrer les mêmes préoccupations et surtout les mêmes solutions. Telle est la perspective méthodologique qu'offre la lecture de l'arrêt *Cornelissen* rendu en matière d'efficacité des jugements étrangers en droit commun. Celui-ci offre l'opportunité de redéfinir le domaine de compétence des méthodes en droit

---

<sup>1398</sup> C. LATIL, La cristallisation d'une situation juridique, condition du déclenchement de la méthode de la reconnaissance, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 185 s., spéc. p. 185, n° 173 - S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, p. 319, n° 322 - A. BYLIACHENKO, *op. cit.*, p. 272, n° 352 - C. PAMBOUKIS, La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance, *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 513 s., spéc. p. 515, n° 2

<sup>1399</sup> V. *Supra*, p. 117 s., n° 175 s.

<sup>1400</sup> L. D'AVOUT et S. BOLLÉE, L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers, *D.*, 2007, p. 1115 s.

<sup>1401</sup> V. *Supra*, p. 208 s., n° 314 s.

<sup>1402</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s.

international privé<sup>1403</sup> et de les dissocier radicalement. La fonction du procédé de reconnaissance de l'efficacité est distincte de celle de la règle de conflit de lois. De ce point de vue, les situations juridiques, comme les décisions de justice, posent un problème d'efficacité<sup>1404</sup>. Le problème à résoudre à leur sujet se définit donc comme un problème d'efficacité. Si dans le cas où le problème posé au juge nécessite un choix, le recours à la méthode du conflit de lois semble obligatoire ; cela n'apparaît pas être le cas lorsque le problème à résoudre pour le juge est un problème d'efficacité. On peut certes y greffer un problème de loi compétente, en en faisant une condition de l'efficacité, mais cela n'est pas logiquement obligatoire. Il est parfaitement envisageable, comme le démontrent les conditions de reconnaissance d'efficacité des jugements étrangers ou certains droits comparés en matière de situations juridiques, de résoudre le problème d'efficacité de la norme étrangère sans se préoccuper de savoir en application de quelle loi celles-ci ont pris naissance<sup>1405</sup>.

512. De ce point de vue, le contrôle de la loi applicable dans le domaine de la reconnaissance d'efficacité est parfois même appréhendé comme un contresens. Il n'est pas nécessaire de rechercher une loi compétente. Ce dont il s'agit, c'est de savoir sous quelles conditions seront reconnus les effets internationaux de la situation juridique concernée<sup>1406</sup>. Il est question ici de deux problèmes de droit international privé, distincts, qui correspondent chacun à l'objet de l'une des deux méthodes de principe en droit des conflits : la méthode du conflit de lois et la méthode de reconnaissance d'efficacité. En conséquence, les deux problèmes, d'efficacité ou de détermination de la loi applicable doivent, semble-t-il, être résolus de façon autonome, sans interférences méthodologiques<sup>1407</sup>. Pour cette raison, l'introduction de la condition du respect de la loi applicable conformément aux exigences du for doit être rejetée, comme cela a été fait en matière d'efficacité des jugements étrangers en droit commun au travers de l'arrêt *Cornelissen* de 2007. La méthodologie du droit des conflits connaît deux méthodes principales : la méthode du conflit de lois et la méthode de la reconnaissance d'efficacité. Elles sont distinctes l'une de l'autre car répondant chacune à un problème de droit international privé. Le choix de l'application de l'une ou l'autre de ces méthodes doit avoir pour souci de répondre au problème de droit international privé qui est posé. L'application de l'une des méthodes doit en ce sens, au regard de son objet, être exclusive de l'application de l'autre. En effet, le problème de droit international privé est unique. Il

<sup>1403</sup> B. ANCEL et H. MUIR-WATT, Des vérifications auxquelles le juge est tenu de procéder pour accorder l'*exequatur*, Rev. crit. DIP, 2007, p. 420 s., spéc. n° 23 s.

<sup>1404</sup> V. *Supra*, p. 244 s., n° 372 s.

<sup>1405</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 286, n° 403

<sup>1406</sup> A. QUINONES ESCAMEZ, *op. cit.*, spéc. p. 378

<sup>1407</sup> C. PAMBOUKIS, L'acte public étranger en droit international privé, *op. cit.*, p. 294, n° 439

pose soit un problème de détermination de la loi applicable soit un problème d'efficacité. La réponse au problème posé doit être trouvée dans l'application de la méthode retenue à l'exclusion, donc sans interférence, de l'application de l'autre méthode.

S'il s'agit d'un problème de détermination ou de désignation du droit applicable supposant un choix c'est un problème de conflit de lois qui se pose. Cela exclut toute problématique en termes d'efficacité. En revanche, si c'est un problème d'efficacité d'une norme constituée à l'étranger, c'est un problème de reconnaissance d'efficacité, exclusif de tout problème de détermination de la loi applicable. Comme le disent messieurs d'Avout et Bollée, « *Pourquoi faudrait-il par exemple continuer à rejeter un lien conjugal valablement constitué dans un ordre juridique étranger en application d'une loi autre que la loi nationale, dans un système où un jugement étranger tranchant une question de statut personnel peut désormais être reconnu sans difficulté en France, même s'il a été rendu sur le fondement d'une loi « incompétente » au regard de la règle française de rattachement ?* »<sup>1408</sup>.

513. Enfin, réintroduire la possibilité du contrôle de la loi applicable au stade du contrôle des conditions de régularité d'une situation juridique pour déterminer son efficacité viendrait, purement et simplement, ruiner l'ensemble de la proposition réalisée en réintroduisant le raisonnement conflictuel. Cela aboutirait en pratique à l'application des deux méthodes concernant la réception des effets substantiels d'une situation juridique puisque s'agissant du contrôle d'efficacité, l'une des conditions se révélerait être la compétence de la loi appliquée au regard du système de conflit de lois du for. À cet égard, nous avons tenté de démontrer que le problème de droit international privé que pose un rapport juridique est unique<sup>1409</sup>. Il s'agit soit d'un problème de détermination et de désignation de la loi applicable, qui nécessite alors un choix, soit d'un problème d'efficacité. Or appliquer le contrôle du respect des règles de conflits de lois du for au sein du contrôle d'efficacité revient, pour la résolution d'un problème unique, à l'application des deux méthodes principales du droit des conflits en droit international privé. Partant, cela conditionne l'efficacité de la situation juridique au respect des règles de conflit de lois du for. Pour autant, il est permis de penser que le problème de droit international privé doit être résolu suivant la méthode dont le problème considéré est justement l'objet. Sous peine d'aboutir à un contresens méthodologique, il apparaît ainsi que le contrôle d'efficacité réalisé dans le cadre de la méthode de la reconnaissance doit se réaliser à l'exclusion de tout contrôle du respect de la loi applicable conformément aux règles de conflit de lois du for. En conclusion, on peut affirmer que le régime de contrôle des actes juridiques non décisionnels intervenant en matière extrapatrimoniale et

<sup>1408</sup> L. D'AVOUT et S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 1115 s.

<sup>1409</sup> V. *Supra*, p. 246 s., n° 376 s.

donnant lieu à l'établissement d'une véritable situation juridique doit être essentiellement identique à celui des jugements, au moins en droit commun<sup>1410</sup>. L'exclusion du contrôle de la compétence de la loi appliquée apparaît indispensable. Dans le cas contraire, l'efficacité de la situation juridique demeure assujettie au respect des règles de conflit de lois du for - à travers ses conditions de validité - comme c'est le cas en droit positif. Cela aboutit en pratique à ruiner totalement - car renvoyant à ce qui constitue déjà la pratique du droit positif - la proposition visant l'application de la méthode de la reconnaissance des situations.

514. Ainsi la situation juridique provenant de l'étranger doit être acceptée comme une donnée à part entière qui peut être reconnue, pour autant qu'elle n'enfreigne pas certaines conditions auxquelles l'État d'accueil attache une importance particulière parmi lesquelles ne figure pas et ne doit pas figurer, au risque de ruiner la proposition réalisée, le respect de ses propres règles de conflit de lois. L'exclusion du contrôle conflictuel est le signe distinctif de la méthode de la reconnaissance d'efficacité que l'on oppose à la méthode supposant un contrôle conflictuel<sup>1411</sup>.

## Section 2. La réception de l'efficacité substantielle des actes patrimoniaux

515. Il peut, au premier abord, paraître surprenant d'évoquer la réception de l'efficacité substantielle des actes patrimoniaux. En effet, il est désormais établi que les actes juridiques intervenant en matière patrimoniale ne produisent pas, à la différence des actes extrapatrimoniaux, d'effets substantiels *ipso facto ipso jure*<sup>1412</sup>. Ils sont généralement, pour leur réalisation, dépendants d'une exécution matérielle. Le critère des effets juridiques est pourtant décisif. Il s'agit du critère déterminant dans le choix de la méthode applicable à la circulation des actes juridiques. Comment alors proposer l'éventualité d'une telle possibilité ?

Si les actes juridiques intervenant en matière patrimoniale ne peuvent que rester, pour l'essentiel, soumis au respect des règles de conflit de lois (Paragraphe 1), car ils ne produisent pas leurs effets juridiques *ipso facto ipso jure*, ce schéma n'apparaît pas immuable. S'il représente le cadre général et de principe, il existe cependant des cas particuliers de situations juridiques extrapatrimoniales, inévitablement liées et dépendantes d'une activité économique (Paragraphe 2), qui peuvent se voir appliquer la proposition réalisée.

<sup>1410</sup> C. PAMBOUKIS, *op.cit.*, p. 290, n° 434

<sup>1411</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, spéc. p. 181, n° 171

<sup>1412</sup> V. *Supra*, p. 168 s., n° 257 s.

## § 1. Les actes patrimoniaux soumis au respect des règles de conflit de lois du for

516. Le contrat, archétype de l'acte juridique en matière de droits patrimoniaux, c'est-à-dire en matière patrimoniale, ne produit pas ses effets juridiques *ipso facto ipso jure*<sup>1413</sup>. Si cette affirmation a été illustrée à travers l'exemple du contrat de vente, cette solution est généralisable, par principe, à la quasi-totalité des catégories contractuelles<sup>1414</sup>. Ainsi, la distinction entre la formation et l'exécution du contrat paraît caractéristique de la dissociation entre la conclusion et l'absence d'effets *ipso facto ipso jure* d'un acte juridique. Certes le contrat de vente incarne et illustre cette distinction, mais il n'est pas le seul acte juridique concerné : on peut citer le contrat d'échange, le contrat de mandat, les contrats de crédits, le cautionnement, le contrat de bail, *etc.*... Une large majorité de catégories contractuelles, qu'elles concernent des contrats unilatéraux ou synallagmatiques, à titre onéreux ou à titre gratuit, présentent ainsi cette distinction entre formation et exécution mettant, semble-t-il, en évidence, leur absence d'effets *ipso facto ipso jure*. C'est-à-dire une absence des effets juridiques du contrat dès la conclusion de celui-ci.

À cet égard, conformément aux développements préalables, les rapports juridiques n'ayant pas produit leurs effets substantiels ne peuvent entraîner la cristallisation nécessaire à l'acquisition des caractères concrets, catégoriques et non-permanents. En matière de contrat, le rapport juridique demeure une projection dont la réalisation des effets reste conditionnée à l'exécution. En ce sens, concernant les effets du contrat, tant que ce dernier n'est pas exécuté, le rapport juridique demeure certes obligatoire mais reste un rapport abstrait, hypothétique et permanent, à l'image des caractères d'une règle. Il ne produit pas ses effets. Il est toujours possible de s'adresser à la juridiction compétente afin de déterminer les effets des éventuelles obligations invoquées. Toutefois, il s'agit bien ici des effets d'éventuelles obligations et non pas des effets du contrat<sup>1415</sup>. C'est, dans ce cas, à la juridiction saisie de déterminer si des obligations existent et quel est leur contenu. Pour autant le rapport juridique, lui, ne produit pas d'effets juridiques. Cet élément est fondamental pour la détermination de la méthode applicable<sup>1416</sup>. L'acte juridique n'ayant pas produit ses effets ne pose

---

<sup>1413</sup> V. *Supra*, p. 172 s., n°265 s.

<sup>1414</sup> Avec toutefois des exceptions, en matière de contrats réels où la remise de la chose constitue une condition de formation du contrat, par exemple en matière de contrat de prêt à usage en droit interne V. F. GRUA et N. CAYROL, Art. 1875 à 1879 - Fasc. unique : PRÊT À USAGE. - Caractères [en ligne], Jurisclasseur Civil Code, Encyclopédies Jurisclasseur, février 2016 (Mis à jour 25 mars 2020) [Consulté le 7 décembre 2020], Lexis360, spéc. n° 6 s. - D. MAINGUY, Contrats spéciaux, Dalloz, 2018, spéc. p. 358, n° 370

<sup>1415</sup> V. *Supra*, p. 172 s., n° 265 s.

<sup>1416</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s.



pas, dans la logique qui a été développée, la question de son acceptation ou de son rejet à l'image des situations juridiques. Il pose la question de la règle, norme générale, hypothétique et permanente, applicable au rapport juridique disposant des mêmes caractères. Il s'agit donc d'un problème de désignation de la règle applicable, et la nécessité de réaliser un choix, caractéristique de la méthode du conflit de lois.

Ainsi, en matière patrimoniale, tant que les actes juridiques ne produisent pas d'effets - c'est-à-dire n'ont pas été exécutés ou n'ont pas été fidèlement exécutés - on ne peut, en bonne logique, envisager de les soumettre à la méthode de la reconnaissance. Car on ne peut pas supposer l'efficacité substantielle pour la simple raison que les effets juridiques ne se sont pas encore réalisés, et n'ont donc pas donné naissance à une véritable situation juridique. Ces actes juridiques ne posent pas, à ce stade, un problème d'efficacité mais un problème de détermination de la norme générale, abstraite et hypothétique qui leur est applicable, c'est-à-dire un problème de conflit de lois. Conformément au critère de classification, les effets juridiques doivent alors en principe être soumis à la méthode du conflit de lois. Cette dernière doit permettre de désigner la norme abstraite, hypothétique et permanente régissant le rapport juridique, qui dispose des mêmes caractères, en l'absence d'effets juridiques. En cas de litige, la juridiction saisie pourra ainsi, eu égard à la loi désignée par la règle de conflit, déterminer les effets des obligations et éventuellement contraindre les parties à exécution pour permettre au contrat de produire ses effets.

517. Toutefois, il ne semble pas que ce schéma, s'agissant des actes juridiques intervenant en matière patrimoniale, soit absolument intangible. Il semble exister des actes juridiques extrapatrimoniaux qui apparaissent inévitablement liés à une activité économique. Si ces situations demeurent des situations juridiques extrapatrimoniales, disposant des caractères concrets, catégoriques et non-permanentes, l'unité essentielle qu'elles forment avec une activité économique peut laisser échapper leurs caractères. Pour autant, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne semble s'être laissés aveugler par cette unité entre les éléments extrapatrimoniaux et l'activité économique.

## § 2. Le cas particulier des actes extrapatrimoniaux liés à une activité économique.

518. Un type de situation juridique va exclusivement retenir notre attention ici. Il s'agit de celle concernant la personnalité morale des sociétés

519. La société dispose d'un objectif fondamental d'attribution d'un patrimoine, le patrimoine social, visant à organiser une activité économique. Toutefois, la création de la personnalité morale engendre également, comme pour les personnes physiques, l'établissement d'éléments extrapatrimoniaux tels le nom, la capacité en justice attachée à la personnalité morale, le siège social de la personne morale, *etc...* La société dispose donc d'un double objectif : l'établissement d'une personnalité morale distincte de ses fondateurs et la constitution d'un patrimoine réalisé par les apports des associés dans le but de créer le patrimoine social nécessaire à l'activité économique envisagée par la société.

520. L'organisation patrimoniale de l'activité économique est essentielle à la société et au contrat dont elle est issue. C'est la raison pour laquelle est traitée la reconnaissance des éléments extrapatrimoniaux de la société dans les développements concernant les actes patrimoniaux. Cette précision donnée, il semble possible d'affirmer que la personnalité morale des sociétés concerne également, à l'image de la personnalité juridique des personnes physiques, des éléments de nature extrapatrimoniale. À cet égard, il est exact que l'expression « reconnaissance de la société » est ambiguë et, comme le dit Pierre Mayer, il conviendrait plutôt de parler de reconnaissance au for de la personnalité de la société, de la personnalité morale, créée à l'étranger<sup>1417</sup>. De ce point de vue la doctrine n'hésite pas, s'agissant de la personnalité juridique des sociétés, à parler de reconnaissance de la personnalité morale<sup>1418</sup>. Dans l'ordre logique, le premier problème est celui de la reconnaissance des sociétés constituées selon un droit étranger. Lorsque la personnalité morale trouve sa source dans une loi étrangère, qui en dessine les contours, il ne va pas de soi qu'elle doive être acceptée telle quelle dans l'ordre juridique du for. D'où la question de la reconnaissance des

---

<sup>1417</sup> P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 570, n° 43

<sup>1418</sup> H. SYNDET, Société [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 8 avril 2021], août 2004 (Actualisation février 2010), Dalloz, spéc. n° 16 s. - Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R.M. SOTOMAYOR, Fasc. 570-30 : SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES EN FRANCE. - Reconnaissance et jouissance des droits [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 8 avril 2021], 10 avril 2020, Lexis360

sociétés : il s'agit de savoir à quelles conditions une société, dotée de la personnalité juridique par la loi qui a présidé à sa constitution, peut faire valoir celle-ci devant les tribunaux français et, plus généralement, à l'intérieur du système juridique français<sup>1419</sup>. À cet égard, conformément au critère de rattachement retenu par le droit français - le siège social comme *lex societatis* - l'ordre juridique français ne sera enclin à reconnaître la personnalité morale que si celle-ci a été dûment acquise au lieu du siège social. En effet, la personnalité morale est initialement acquise en vertu de la loi qui a présidé à sa constitution. Toutefois convient-il encore de vérifier que la loi utilisée par les fondateurs était bien compétente selon la règle de conflit du for<sup>1420</sup>. Le critère de rattachement par le siège ayant été considéré comme le plus apte sur le terrain conflictuel, celui-ci sert logiquement à désigner l'État dont la loi confère la personnalité morale à la société<sup>1421</sup>. Cela acquis, il est cependant également établi que les solutions conflictuelles classique des États en matière de sociétés subissent l'influence du droit européen<sup>1422</sup> - qui favorise une dynamique de reconnaissance - et une remise en cause de leur pertinence, qui nécessite un bref rappel.

521. Si historiquement les sociétés de personnes n'avaient pas de réelles difficultés à être reconnues en France<sup>1423</sup> il en était différemment s'agissant notamment des sociétés anonymes. Deux obstacles pouvaient s'opposer à la reconnaissance des personnalités morales étrangères en droit français. La loi du 30 mai 1857<sup>1424</sup> distinguait les sociétés belges des autres sociétés étrangères ; elle permettait aux premières d'exercer tous leurs droits en France, notamment celui d'ester en justice, dès lors qu'elles avaient obtenues l'autorisation de leur gouvernement, quand, à l'inverse, l'ensemble des sociétés anonymes étrangères mais également les associations commerciales, industrielles ou financières, ne le pouvaient qu'après un décret rendu en Conseil d'État. En l'absence d'un tel décret ou d'une convention signée avec un autre État, ce texte constituait ainsi un frein à la reconnaissance des personnalités morales étrangères. Le second frein à la reconnaissance de la personnalité morale étrangère relève de la transposition du critère de rattachement retenu par les règles de conflit du for - la loi du siège social - à la reconnaissance de la personnalité morale étrangère<sup>1425</sup>. Ces causes de non-reconnaissance ont toutefois, dès la seconde

<sup>1419</sup> H. SYNVET, *op. cit.*, n° 6

<sup>1420</sup> H. SYNVET, *op. cit.*, n° 7

<sup>1421</sup> Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R.M. SOTOMAYOR, Fasc. 570-40 : CONFLITS DE LOIS EN DROIT DES SOCIÉTÉS [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 8 avril 2021], 25 juillet 2019, Lexis360, n° 25

<sup>1422</sup> V. *Supra*, p. 216 s., n° 326 s.

<sup>1423</sup> Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R.M. SOTOMAYOR, *op. cit.*, n° 25

<sup>1424</sup> H. SYNVET, *op. cit.*, n° 17

<sup>1425</sup> H. SYNVET, *op. cit.*, n° 18

moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, fait l'objet de vives contestations et sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'Homme et notamment son article 6-1 qui garantit le droit à avoir sa cause entendue par un tribunal indépendant<sup>1426</sup>. Petit à petit, le principe d'une reconnaissance en France des sociétés étrangères, indépendamment de leur forme sociale, s'est alors progressivement imposé<sup>1427</sup>, et s'est renforcé par l'abrogation, le 20 décembre 2007, de la loi du 30 mai 1857 à l'occasion d'une loi relative à la simplification du droit. Avec son abrogation, le législateur semble alors consacrer un principe de reconnaissance des sociétés étrangères<sup>1428</sup>.

522. Enfin, c'est le droit de l'Union européenne - et la liberté d'établissement qu'il garantit - qui, contribuant à l'éradication du refus de reconnaissance<sup>1429</sup> pour assurer les libertés qu'il promet, est, conséquemment, venu porter un coup critique aux solutions conflictualistes classiques.

Les solutions des arrêts *Centros* et *Inspire Art*<sup>1430</sup> sont révélatrices de la manière dont les dispositions du droit interne des États membres, qu'elles aboutissent en l'espèce au refus d'immatriculer une succursale d'une société dûment constituée dans un État membre dans le premier cas, ou encore soumettent l'exercice d'une société étrangère à quelques conditions supplémentaires prévues par le droit interne dans le second cas, constituent des entraves à la liberté d'établissement. En cela, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne favorise la reconnaissance et la circulation dans l'espace européen d'une société dûment constituée sur le territoire d'un État membre. Pour autant, plus encore que les solutions des arrêts qui viennent d'être évoqués, c'est la solution de l'arrêt *Überseering*<sup>1431</sup> qui remet en cause les solutions conflictuelles classiques des États membres. En effet, dans cette affaire, c'est directement le résultat auquel aboutit la mise en œuvre de la règle conflictuelle - en l'espèce la règle de conflit allemande - qui constitue une entrave à la liberté d'établissement, et non les règles matérielles interne de l'État membre, comme c'est le cas dans les affaires précédentes. C'est en ce sens que l'on peut dire que l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne - muée par l'objectif de garantir la liberté d'établissement - n'est pas sans incidence sur la règle de conflit établie de longue date<sup>1432</sup>. Ainsi la

<sup>1426</sup> H. SYNDET, *op. cit.*, n° 20

<sup>1427</sup> Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R.M. SOTOMAYOR, Fasc. 570-30 : SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES EN FRANCE. - Reconnaissance et jouissance des droits [en ligne], *op. cit.*, n° 30

<sup>1428</sup> Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R.M. SOTOMAYOR, *op. cit.*, n° 31 s.

<sup>1429</sup> H. SYNDET, *op. cit.*, n° 22

<sup>1430</sup> V. *Supra*, p. 216 s., n° 326 s.

<sup>1431</sup> V. *Supra*, p. 216 s., n° 326 s.

<sup>1432</sup> Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R.M. SOTOMAYOR, Fasc. 570-40 : CONFLITS DE LOIS EN DROIT DES SOCIÉTÉS [en ligne], *op. cit.*, n° 18

jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est susceptible - dans l'objectif d'assurer le respect du droit européen - d'une remise en cause des solutions conflictualistes classiques des États membres en matière de société.

523. Au-delà de ces freins au jeu de la règle de conflit de lois en matière de reconnaissance d'une personnalité juridique constituée à l'étranger - dans l'objectif de favoriser la reconnaissance et ainsi limiter les entraves à la liberté d'établissement - il apparaît que la question de la loi applicable à la personnalité morale constitue un mauvais point de départ. Les éléments de la personnalité de la société produisent, une fois établis, leurs effets *ipso facto ipso jure* comme l'ensemble des éléments extrapatrimoniaux. Ils produisent des effets juridiques dès leur établissement. Conformément à l'article 1842 du Code civil<sup>1433</sup> « *Les sociétés [...] jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation* ». La procédure d'immatriculation se révèle fondamentale dans la mesure où la société se voit dotée, *ipso facto* à son issue, des attributs extrapatrimoniaux de la personnalité juridique (nom, siège social, capacité juridique...). À l'image des attributs de la personnalité juridique des personnes physiques<sup>1434</sup>, les attributs extrapatrimoniaux des personnes morales produisent leurs effets dès leur établissement et ne requièrent pas, comme cela est le cas en matière patrimoniale, d'exécution matérielle. Une fois immatriculée la société est une personne morale disposant des attributs de la personnalité juridique et notamment des attributs extrapatrimoniaux, telle la capacité juridique par exemple. Dès lors, la personnalité juridique de la société constituée à l'étranger produit ses effets dès l'immatriculation ou dès la réalisation de la procédure nécessaire à l'acquisition de la personnalité morale, et constitue une situation concrète catégorique et non-permanente à même de se « cristalliser » par la production de ses effets, et d'être soumise à la méthode de reconnaissance. Il s'agit alors d'adopter une logique de reconnaissance. Lorsqu'une société a été enregistrée dans un pays, ce qui est souvent nécessaire à l'acquisition de la personnalité morale<sup>1435</sup>, son fonctionnement est soumis à la loi de l'organe ayant réalisé l'enregistrement<sup>1436</sup>, comme loi s'étant effectivement appliquée à la constitution de la société. La question alors concernant la personnalité morale comme situation juridique n'apparaît pas être celle de la loi applicable à cette personnalité morale enregistrée à l'étranger, mais celle de savoir à quelle condition la personnalité morale sera reconnue ?<sup>1437</sup>

<sup>1433</sup> V. *Supra*, p. 87 s., n° 130 s.

<sup>1434</sup> V. *Supra*, p. 58 s., n° 85 s.

<sup>1435</sup> V. *Supra*, p. 87 s., n° 130 s.

<sup>1436</sup> Bien que, rappelons-le, dans une logique conflictualiste - qui n'est pas la logique actuelle - la règle de conflit de lois française en la matière impose un lien en droit positif, le siège social, entre la société et l'organe ou lieu d'enregistrement.

<sup>1437</sup> P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 569 s., n° 43

524. Comme il a été évoqué, la solution conflictuelle française traditionnelle en droit des sociétés consiste à soumettre la société, et notamment la détermination de la personnalité morale, sa capacité, *etc.* à la loi du siège de la société. En ce sens l'ordre juridique français pourrait imposer à la reconnaissance une condition de proximité - tenant, conformément aux solutions conflictuelles, au lien incarné par le siège social entre la société et le lieu de son enregistrement. Pour autant, eu égard à la jurisprudence de la CJUE en matière de reconnaissance d'une société dûment constituée dans un État membre - à l'image de la jurisprudence *Überseering* - il n'est pas certain qu'imposer une telle condition de proximité, s'agissant d'une société constituée sur le territoire d'un État membre n'engendre pas, à l'image de certaines solutions conflictuelles classiques rattachant la *lex societatis* au lieu du siège social, une entrave à la liberté d'établissement garantie par le droit de l'Union. À cet égard, il semble que la jurisprudence de la CJUE favorise le recul du critère du siège social comme condition reconnaissance d'une société dûment constituée conformément à la loi du lieu de son enregistrement. La proximité semble apte à pouvoir s'exprimer en matière de reconnaissance d'une personnalité morale constituée à l'étranger. Cependant, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne il convient de s'assurer, à l'image de la solution conflictuelle traditionnelle, que sa conception n'engendre pas une atteinte à la liberté d'établissement garantie par le droit de l'Union européenne.

525. La personnalité morale des sociétés se situe à la confluence entre droit extrapatrimonial et droit patrimonial. L'objectif ici est avant tout de démontrer que, de façon dérogatoire à la solution de principe développée, certaines situations juridiques extrapatrimoniales, mais liées inévitablement à l'exercice d'une activité économique, doivent pouvoir être soumises à la méthode de la reconnaissance d'efficacité. L'absence des conditions de régularité visant à établir l'efficacité substantielle réside dans le constat que celles-ci rejoignent, pour les mêmes raisons que celles développées matière extrapatrimoniale, les conditions d'efficacité présentées s'agissant des situations juridiques extrapatrimoniales<sup>1438</sup>. Ces conditions sont donc : la proximité et l'absence de contrariété à l'ordre public de la situation juridique soumise à la reconnaissance, auxquelles on peut ajouter les interrogations concernant l'intégration ou non de la condition d'absence de fraude.

---

<sup>1438</sup> V. *Supra*, p. 296 s., n° 451 s.

## Conclusion du chapitre 2

526. La substance vise les droits des parties par opposition à la procédure. Les effets substantiels se rapportent ainsi au contenu et à la modification des droits des individus engagés dans un rapport de droit. Par exemple, les effets du mariage déterminent le contenu des droits et obligations des époux engagés dans les liens matrimoniaux. Ces droits et obligations n'existaient pas avant la conclusion du mariage, ils en découlent et en constituent les effets. Les effets substantiels regroupent l'ensemble des droits, devoirs et obligations des individus, découlant de la constitution d'une situation juridique qui les concerne. À cet égard, la production des effets substantiels induit une cristallisation du rapport juridique - et l'acquisition des caractères concrets, catégoriques et non-permanents - et pose la question de son acceptation ou de son rejet au sein du for requis. Pour autant le constat d'une telle opportunité ne constitue pas une fin en soi. Encore faut-il pouvoir déterminer et établir à quelles conditions ces effets substantiels sont susceptibles d'être reconnus efficaces sur le territoire du for. Le contrôle des conditions de régularité constitue la pièce maîtresse de la méthode de la reconnaissance. Accepter sans conditions la reconnaissance sur le territoire de l'État requis des effets substantiels d'une situation juridique relèverait, à l'inverse, d'un mépris des règles édictées par le for, à même de favoriser un *shopping* juridique international, et de porter en cela atteinte à la cohésion du for, à la paix sociale et à l'équilibre de l'ensemble de la société de l'État requis. Imposer des conditions de reconnaissance de l'efficacité substantielle des situations juridiques, comme c'est le cas en matière de reconnaissance des jugements étrangers, constitue un impératif auquel on ne peut déroger.

527. Deux conditions apparaissent, comme le pensent l'ensemble des auteurs favorable à la reconnaissance des situations, essentielles pour assurer non seulement la cohésion du for mais également le légitime respect de ses règles. Il s'agit de la condition de proximité<sup>1439</sup> et celle d'absence de contrariété à l'ordre public international du for de la situation juridique étrangère<sup>1440</sup>. Si le principe du respect de ces deux conditions semble unanimement défendu en doctrine, leur mise en œuvre est susceptible de différer. Il apparaît que le trait caractéristique, tant dans l'appréciation de la proximité que de l'ordre public, postule le rejet de toute solution déterminée *a priori*. En matière de proximité le rejet de toute solution déterminée *a priori* s'incarne à travers la proximité effective. Cette conception se détache de toute solution prédéterminée et des inconvénients qui y sont liés<sup>1441</sup>. Au contraire, elle requiert l'établissement de la proximité entre une

---

<sup>1439</sup> V. *Supra*, p. 297 s., n° 452 s.

<sup>1440</sup> V. *Supra*, p. 313 s., n° 471 s.

<sup>1441</sup> V. *Supra*, p. 297 s., n° 452 s.

situation juridique et l'ordre juridique qui en est à l'origine suivant une appréciation concrète, et au regard de l'ensemble des circonstances qui entourent la situation d'espèce. De la même manière, en matière d'ordre public, la théorie allemande de l'ordre public de proximité ou *inlandsbeziehung* paraît mieux à même, à la différence de la théorie française de l'ordre public atténué, et d'autant plus en ce début de XXI<sup>ème</sup> siècle de mobilité internationale quasi-instantanée et illimitée, de mettre en évidence une véritable atteinte à l'ordre public du for requis par les liens entretenus avec la situation juridique. Dans ces deux types de solutions proposées le rôle du juge, tenu d'apprécier la proximité et la contrariété à l'ordre public concrètement, sans solution préétablie, se révèle fondamental et déterminant.

528. D'autres conditions font l'objet de débats plus importants en doctrine, c'est le cas de la condition d'absence de fraude. Cependant, si certains auteurs conservent la condition d'absence de fraude parmi les conditions de reconnaissance de l'efficacité substantielle des situations juridiques, il a été relevé que ce parti pris découle de l'appréciation de la proximité retenue par ces auteurs<sup>1442</sup>. Il s'agit généralement, *a contrario* de la proposition réalisée, non pas d'une proximité effective, mais préétablie. Nous inclinons en la solution visant à exclure la condition d'absence de fraude des conditions d'efficacité substantielle des situations juridiques dans la mesure où une conception souple de la proximité visant à l'établissement de la proximité effective a été retenue, et que la proximité effective et la fraude se révèlent en pratique susceptibles de jouer un rôle similaire. Au demeurant, comme cela a été indiqué en matière de jugements étrangers, il apparaît curieux de pouvoir déterminer la compétence d'une juridiction étrangère, appréciée conformément à la proximité effective en droit commun depuis la jurisprudence *Simitch*, et dans le même temps relever la fraude à saisir cette juridiction<sup>1443</sup>. Le maintien de la condition d'absence de fraude pour déterminer la régularité des jugements étrangers en droit commun, à côté de la condition de proximité appréciée concrètement, interroge également s'agissant des situations juridiques. Enfin, a été explicitement exclue la condition du contrôle de la loi applicable suivant les règles de conflit de lois du for dans la mesure où ce choix aboutit purement et simplement à ruiner l'ensemble des raisons théoriques et pratiques justifiant le recours à la proposition réalisée et à la solution proposée. Par ailleurs le trait caractéristique de la méthode de la reconnaissance des situations est justement que la situation juridique soit reconnue par l'État requis en renonçant à l'application de ses règles de conflit<sup>1444</sup>.

---

<sup>1442</sup> V. *Supra*, p. 336 s., n° 501 s.

<sup>1443</sup> V. *Supra*, p. 340, n° 507

<sup>1444</sup> V. *Supra*, p. 342 s., n° 510 s.



## Conclusion du titre 1

529. La reconnaissance d'efficacité pose la question du rejet ou de l'acceptation au sein de l'État requis d'une norme constituée à l'étranger eu égard à son irrégularité ou au contraire à sa régularité. L'alternative proposée est simple et pose la question d'un contrôle. Toutefois, la reconnaissance est pluridimensionnelle et joue nécessairement sur le contrôle de la situation juridique. La reconnaissance se divise en deux volets distincts, correspondant à un double contrôle. En matière procédurale le contrôle va permettre aux autorités du for de déterminer l'efficacité de l'instrument présenté à l'occasion d'une procédure judiciaire ou administrative, c'est-à-dire l'efficacité procédurale. C'est un volet central dans la mesure où les attributs procéduraux attachés à un instrument juridique sont susceptibles d'incliner la perception de la situation juridique pour les autorités chargés de procéder au contrôle de la norme provenant de l'étranger. Ainsi la force probante renforcée diminue ou abolit par exemple la liberté d'appréciation du juge concernant l'accueil de la preuve contraire d'un acte. C'est une donnée fondamentale dans l'établissement et la détermination des droits des individus. Une première dimension de la reconnaissance concerne donc l'efficacité procédurale des instruments. La seconde dimension ne concerne plus la valeur ou le crédit procédural à accorder à un instrument mais concerne directement le contenu de cet instrument, le *negotium*. Il s'agit ici de l'efficacité substantielle, c'est-à-dire l'efficacité du contenu de la situation juridique et des rapports de droit qu'elle instaure. L'efficacité substantielle, à l'image de l'efficacité procédurale, requiert également un contrôle. S'agissant de la méthode de la reconnaissance d'efficacité, le contrôle de l'efficacité substantielle doit permettre de déterminer si la situation juridique constituée à l'étranger et les effets qui en découlent sont susceptibles d'être reconnus au sein de l'ordre juridique de l'État requis, afin de permettre à la situation juridique d'y produire ses effets. La méthode de la reconnaissance des situations suppose alors impérativement, semble-t-il, un double contrôle ayant un objet différent. Le premier concerne l'efficacité procédurale des instruments et notamment des instruments publics étrangers, comme la régularité formelle, la force exécutoire ou la force probante. Le second concerne l'efficacité substantielle du contenu de l'acte, *negotium*, c'est-à-dire le contenu des droits des parties.

## Titre 2. Les effets de la reconnaissance

530. Une fois admise la possibilité de soumettre les situations juridiques internationales à la méthode de la reconnaissance d'efficacité, et le contrôle qu'elles doivent subir, reste à s'interroger sur la mise en œuvre de la reconnaissance d'efficacité (Chapitre 1) mais également sur la possibilité, pour les personnes habilitées, de contester l'acte juridique (Chapitre 2). En somme, il s'agit de se pencher sur les conséquences de l'application de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques, en gardant à l'esprit la nécessité de devoir, parfois, distinguer le régime des situations juridiques de celui des jugements étrangers.

### Chapitre 1. La mise en œuvre pratique de la reconnaissance

531. Le résultat de l'application de la méthode de la reconnaissance ouvre inéluctablement la voie à une alternative : soit la situation juridique est reconnue, donc apte à produire ses effets au sein de l'État requis, soit, au contraire, elle est inefficace. Ce sont les deux seules options ouvertes par l'application de la méthode de la reconnaissance auxquelles on ne peut déroger : l'acceptation ou le rejet. Au regard de cette double opportunité il est alors nécessaire d'examiner l'exercice de la reconnaissance d'efficacité et les interrogations qui peuvent y être liées (Section 1) ou, au contraire, les conséquences et les effets de la non-reconnaissance (Section 2) - c'est-à-dire du rejet de l'efficacité de la situation juridique sur le territoire du for requis.

#### Section 1. L'exercice et les interrogations liées à la reconnaissance d'efficacité

532. En matière de reconnaissance d'efficacité, la question est celle-ci : la reconnaissance de la situation juridique emporte-t-elle la reconnaissance de ses effets et de tous ses effets, ou de seulement certains d'entre eux ? En outre, sont-ils ceux accordés par le droit de l'État d'origine de la situation juridique ou bien ceux déterminés par le droit de l'État de reconnaissance

<sup>1445</sup> (Paragraphe 2). Toutefois, et préalablement à ces questions, se pose le choix de la procédure dans l'État requis - ici par hypothèse la France - pour la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance des situations (Paragraphe 1).

## § 1. La procédure de reconnaissance des effets juridiques

533. Avant de s'interroger sur la procédure de reconnaissance des effets juridiques rappelons simplement que, dans l'environnement du droit de l'Union européenne, l'ensemble des règlements prévoient la reconnaissance, dans un État membre, des décisions de justice rendues dans les autres États membres sans qu'il ne soit, justement, nécessaire de recourir à une procédure<sup>1446</sup>. S'agissant spécialement des actes authentiques, les instruments européens évitent soigneusement, à l'exception notable du *règlement Bruxelles II bis* (Article 46), de parler de reconnaissance des actes authentiques établis dans un autre État membre. Ils préfèrent plus volontiers parler « d'acceptation des actes authentiques »<sup>1447</sup>, en précisant toutefois que cette acceptation vise avant tout leur force probante, par opposition à leur validité transfrontalière<sup>1448</sup>. De ce point de vue, la circulation de l'acte public en droit européen impose de dissocier, d'un côté les effets procéduraux de l'instrument, à savoir sa force probante et son éventuelle force exécutoire, dont il s'agit d'assurer l'efficacité à l'étranger, et, de l'autre, le contenu ou *negotium*, c'est-à-dire son efficacité substantielle qui reste, en principe, soumise à une logique conflictuelle<sup>1449</sup>, solution communément admise par le droit positif.

534. S'agissant du droit commun, il est désormais établi que les décisions de justice relatives à l'état et à la capacité des personnes voient leur efficacité reconnue de plein droit depuis une jurisprudence ancienne et aujourd'hui bien ancrée, et par la suite étendue aux décisions

---

<sup>1445</sup> P. LAGARDE, Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés, *in* La reconnaissance des situations en droit international privé, Pedone, 2013, Sous la direction de P. Lagarde, p. 19 s., spéc p. 24 s.

<sup>1446</sup> V. *Supra* p. 122 s., n° 185 s. - Article 36 du règlement *Bruxelles I bis* - Article 21 du règlement *Bruxelles II bis* - Article 17 et 23 du règlement « *aliments* » - Article 36 du règlement « *régimes matrimoniaux* » - Article 36 du règlement « *effets patrimoniaux des partenariats enregistrés* » - Article 39 du règlement « *successions* »

<sup>1447</sup> Article 59 du règlement « *successions* » - Article 58 du règlement « *régimes matrimoniaux* » - Article 58 du règlement « *effets patrimoniaux des partenariats enregistrés* »

<sup>1448</sup> P. HAMMJE, Actes publics : reconnaissance ou conflit de lois ?, *in* La circulation européenne des actes publics. Premier commentaire du règlement 2016/1191 du 6 juillet 2016, Bruylant, 2020, p. 29 s., spéc. p. 30

<sup>1449</sup> P. HAMMJE, *op. cit.*

étrangères patrimoniales constitutives<sup>1450</sup>. En matière d'état et de capacité des personnes, le régime des décisions de justice étrangères se justifie par le principe de permanence de l'état des personnes. Or les actes juridiques intervenant en matière extrapatrimoniale, notamment en matière d'état et de capacité des personnes, comme les actes d'état civil par exemple, disposent des mêmes caractères que la décision de justice<sup>1451</sup>, mais plus encore ils participent (comme les décisions de justice) au respect du même principe de permanence de l'état des personnes. Disposant des mêmes caractères et participant au respect du même principe, la question que l'on peut se poser est de savoir pourquoi devraient-ils être appréhendés différemment ? Il n'y a pas de raison, *a priori*, de leur appliquer un régime particulier et exiger un contrôle préalable. Les justifications relatives à l'application d'un régime d'efficacité *de plano* des décisions de justice étrangères intervenant en matière d'état et de capacité des personnes se reflètent parfaitement en matière d'actes juridiques (n'étant pas des décisions) intervenant dans les mêmes matières. Ils doivent donc pouvoir bénéficier du même régime de faveur que celui accordé aux décisions de justice intervenant en matière d'état et de capacité, c'est-à-dire un régime d'efficacité de plein droit ou *de plano*<sup>1452</sup>. Rappelons à cet égard que le droit positif semble déjà appliquer un tel régime en considérant, s'agissant d'une reconnaissance d'enfant naturel réalisée à l'étranger, que l'acte produit ses effets de plein droit sans qu'il y ait lieu de soumettre à la procédure d'*exequatur* l'instrument qui contient ladite reconnaissance ; de même que l'acte fait foi tant que son invalidité n'a pas été constatée judiciairement<sup>1453</sup>. Cette solution semble parfaitement cohérente avec la présomption de validité dont dispose, à l'inverse des jugements étrangers, le *negotium* d'un acte juridique servant à ce dernier de vecteur à son efficacité internationale<sup>1454</sup> en dehors de toute procédure préalable. Ainsi, tant la présomption de validité de l'acte juridique, que le domaine dans lequel celui-ci intervient, sont susceptibles de plaider en faveur de l'absence de contrôle préalable à la reconnaissance d'efficacité d'une situation juridique.

535. Enfin, si l'acte étranger intervenant en matière d'état et de capacité dispose d'une présomption de validité, et d'une efficacité *de plano*, sans procédure préalable, il n'est pas à l'abri de toute contestation. Il doit pouvoir être l'objet de procédures *a posteriori*. À l'image des solutions retenues en matière de conflit de juridictions, il s'agit d'abord de l'action en inopposabilité, procédure ouverte depuis l'arrêt *Weiller* de 1951 contre les effets des décisions de justice étrangères,

<sup>1450</sup> V. *Supra*, p. 117 s., n° 175 s.

<sup>1451</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s.

<sup>1452</sup> C. BIDAUD-GARON, L'état civil en droit international privé, Thèse dactyl., Lyon, 2005, p. 322 s., n° 401

<sup>1453</sup> V. *Supra*, p. 139 s., n° 215 s.

<sup>1454</sup> V. *Supra*, p. 132 s., n° 202 s.

permettant de s'opposer à leur reconnaissance d'efficacité<sup>1455</sup>. Cet acte peut également faire l'objet d'un contrôle à l'occasion d'une éventuelle procédure en *exequatur* telle que prévue par l'article 509 du Code de procédure civile en droit commun (s'agissant des instruments publics étrangers)<sup>1456</sup>.

Pour ces raisons, et notamment en matière d'acte d'état civil intervenant par excellence dans le domaine de l'état et de la capacité des personnes, nous souscrivons sans réserve à la proposition visant à affirmer que « *dès lors que la qualification d'acte d'état civil a été attribuée au document étranger, il n'existe aucune raison de lui appliquer un régime différent de celui des jugements étrangers. Il doit bénéficier d'une efficacité substantielle immédiate, d'une présomption de validité de l'état de la personne qu'il contient. Néanmoins, comme pour les jugements, cette efficacité substantielle pourra faire l'objet d'un contrôle à titre principal ou incident* »<sup>1457</sup>.

536. Pour autant, au-delà de la question de l'efficacité *de plano* des actes intervenant en matière d'état et de capacité des personnes, la question de la procédure applicable à la reconnaissance d'efficacité demeure entière. Rappelons à cet égard que l'*exequatur* est une procédure ayant pour objectif d'accorder force exécutoire sur le territoire du for à un acte authentique réalisé à l'étranger ou à une décision de justice. Ainsi le recours à l'*exequatur* se révèle absolument nécessaire lorsqu'il s'agit de poursuivre une exécution<sup>1458</sup>. Dès lors, en matière de jugements étrangers, la procédure d'*exequatur* - attribuant force exécutoire à la décision de justice étrangère sur le territoire du for requis - est impérative lorsque la décision de justice étrangère vise une exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes<sup>1459</sup>. L'obligation du recours à la procédure d'*exequatur* se révèle indispensable en matière patrimoniale, lorsque l'objet de l'action vise l'exécution matérielle d'un acte authentique. Le recours à une autorité du for requis est essentiel pour la mise en œuvre d'un droit et l'exécution d'une obligation. C'est l'unique voie procédurale permettant à un acte authentique étranger ou à une décision étrangère de produire ses effets en France en droit commun. Par ailleurs, il semble plus que raisonnable d'admettre la procédure en *exequatur* dans la mesure où c'est cette dernière qui reconnaît à un acte public étranger la force exécutoire accordée par son ordre juridique d'origine. Cette solution est ordinairement admise,

<sup>1455</sup> V. *Supra*, p. 117 s., n° 175 s.

<sup>1456</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 325, n° 403

<sup>1457</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 325 s., n° 403

<sup>1458</sup> C. PAMBOUKIS, L'acte public étranger en droit international privé, Thèse, LGDJ, 1993, Préface de P. Lagarde, p. 296, n° 443

<sup>1459</sup> A. HUET, Fasc. 2000-65 : EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS SUBORDONNÉS À LEUR RÉGULARITÉ INTERNATIONALE. – Procédures de contrôle de la régularité. – Exécution ou force exécutoire du jugement : procédure de l'*exequatur* [en ligne], Jurisclasseur Procédure civile, Encyclopédies JurisClasseur, 27 mai 2020 [consulté le 13 juillet 2020], Lexis360, n° 6 à 13

notamment par l'article 509 du Code procédure civile en droit commun<sup>1460</sup>. Il n'existe ainsi aucune prohibition textuelle empêchant de soumettre les actes juridiques étrangers n'étant pas strictement des décisions et considérés comme des actes authentiques, à la procédure en *exequatur*<sup>1461</sup>. Il est donc fondamental de conserver un accès à la procédure d'*exequatur* lorsque l'action tend à rétablir ou à accorder en France la force exécutoire attachée à l'acte public étranger au regard de son ordre juridique d'origine<sup>1462</sup>. En dehors de ces hypothèses (visant à l'obtention de la force exécutoire permettant l'exécution matérielle sur le territoire du for), les actions en *exequatur* ne pourraient jouer qu'un rôle : celles d'actions déclaratoires à toutes fins utiles<sup>1463</sup>.

537. L'objectif de la procédure d'*exequatur* à toutes fins utiles est de faire établir la régularité et ainsi démontrer définitivement l'efficacité de la situation juridique constituée à l'étranger. Il s'agit d'action déclaratoire, de régularité ou d'irrégularité, à toutes fins utiles<sup>1464</sup>.

S'agissant des décisions de justice étrangères la jurisprudence a admis la procédure ayant pour objet, en dehors de toute poursuite d'exécution matérielle visant à l'attribution de la force exécutoire, de faire reconnaître l'opposabilité de la décision de justice étrangère<sup>1465</sup>. Pour rappel, dans l'affaire concernée, la juridiction affirme que si le demandeur ne visait pas l'exécution matérielle au travers de la procédure engagée, « *il avait un intérêt certain à faire reconnaître en France la régularité internationale et la validité de la décision* ». Par cela, la haute juridiction semble admettre en France la procédure d'*exequatur* ne visant pas directement l'exécution de la décision étrangère au travers de la reconnaissance de la force exécutoire qui lui est attachée, mais seulement à en reconnaître la régularité pour celui qui y a intérêt. On pourrait douter de l'intérêt de l'action en *exequatur* à toutes fins utiles ou action en opposabilité. En effet, en matière d'état et de capacité des personnes, notamment, les jugements étrangers, par exemple, produisent leurs effets *de plano* et sont reconnus immédiatement, sans recourir à une procédure préalable. Pour autant, l'efficacité immédiate dont bénéficie le jugement étranger en matière d'état et de capacité en France est précaire. De ce point de vue, le bénéficiaire de la décision de justice étrangère a donc tout intérêt à faire cesser

<sup>1460</sup> S. BOLLÉE, L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale, Rev. crit. DIP, 2007, p. 306 s., spéc. p. 351, n° 36

<sup>1461</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 412 s., n° 517 - C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 302, n° 451

<sup>1462</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, spéc. p. 350 s., n° 36

<sup>1463</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, spéc. p. 351, n° 36

<sup>1464</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*, spéc. p. 351, n° 36

<sup>1465</sup> Civ. 1re, 3 janvier 1980, *Garino*, n°78-140.37 - V. *Supra* p. 114 s., n° 175 - A. HUET, Fasc. 2000-70 : EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS SUBORDONNÉS À LEUR RÉGULARITÉ INTERNATIONALE. – Efficacité substantielle et autorité de chose jugée [en ligne], Jurisclasseur Procédure civile, Encyclopédies JurisClasseur, 27 mai 2020 [consulté le 13 juillet 2020], Lexis360, n° 28

l'incertitude qui pèse sur son statut personnel au regard de l'ordre juridique français. L'action en opposabilité lui permet de se prémunir contre la précarité de sa situation - relevant d'une éventuelle action en inopposabilité de la décision de justice étrangère - qui pourrait être contestée par toute personne y ayant intérêt. Le bénéficiaire du jugement étranger dispose ainsi d'un intérêt légitime à prendre les devants pour rendre définitive une efficacité substantielle immédiate qui n'était jusque-là que provisoire<sup>1466</sup>. Cette solution est désormais admise en jurisprudence au profit du bénéficiaire du jugement étranger<sup>1467</sup>, de la partie perdante<sup>1468</sup> ou encore au profit d'un tiers<sup>1469</sup>.

De même, s'agissant des actes juridiques n'étant pas des décisions de justice, tels les actes d'état civil par exemple, la Cour de cassation ne conteste pas l'applicabilité de la procédure d'*exequatur* comme c'est le cas dans l'arrêt rendu la 14 janvier 1994 précédemment évoqué<sup>1470</sup>. En aucun cas dans cet arrêt il n'a été reproché aux juridictions du fond d'avoir recherché ou non l'applicabilité de la procédure d'*exequatur* concernant la reconnaissance d'un enfant naturel. Seul l'examen réalisé par les juridictions du fond était critiqué et non le principe même de cet examen. On peut en conclure qu'en droit positif la Cour de cassation, à l'instar des juridictions du fond, a admis, conformément à l'article 509 du Code de procédure civile, l'accès à la procédure d'*exequatur* concernant l'efficacité d'un acte authentique étranger<sup>1471</sup>, qu'il intervienne en matière d'état ou de capacité (à l'image de l'arrêt évoqué) ou dans d'autres matières comme dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu en 1998<sup>1472</sup>.

En pratique, l'octroi de l'*exequatur* à toutes fins utiles est devenu chose courante également en matière d'actes juridiques n'étant pas strictement des décisions<sup>1473</sup>. Ainsi par exemple en matière de désunion, apparentée à un divorce par consentement mutuel, le Tribunal de Grande Instance de Paris a accueilli favorablement les demandes d'*exequatur* n'ayant pas pour objet une exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes<sup>1474</sup>. C'est cette procédure que l'on appelle communément en doctrine « *l'exequatur à toutes fins utiles* » ou action en opposabilité, qui vise à la reconnaissance de la régularité de la décision étrangère, ou de l'acte public étranger. À l'inverse, lorsque l'action tend à démontrer l'irrégularité de la décision de justice étrangère ou de l'acte public

---

<sup>1466</sup> A. HUET, *op. cit.*, n° 28

<sup>1467</sup> A. HUET, *op. cit.*, n° 29 - Pour un jugement d'adoption V. CA. Paris, 27 mars 1997 : Rev. crit. DIP, 1997, p. 732, note H. Muir Watt

<sup>1468</sup> A. HUET, *op. cit.*, n° 30

<sup>1469</sup> A. HUET, *op. cit.*, n° 31

<sup>1470</sup> V. *Supra*, p. 139 s., n° 215 s.

<sup>1471</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 413, n° 517

<sup>1472</sup> CA. Paris, 2 avril 1998 : Rev. crit. DIP, 1999, p. 102 s., note C. Pamboukis

<sup>1473</sup> Rev. crit. DIP, 1994, p. 557 s., *op. cit.*, spéc. p. 558

<sup>1474</sup> TGI Paris, 10 mai 1990 : Rev. crit. DIP, 1991, p. 391 s. note H. Muir-Watt - TGI Paris, 17 octobre 1991 : Rev. crit. DIP, 1992, p. 508 s., note H. Muir-Watt

étranger, pour s'opposer à la reconnaissance des effets, on parle d'action en inopposabilité<sup>1475</sup>.

538. Par conséquent, tout comme les jugements étrangers ne visant pas une exécution matérielle, la régularité internationale des actes juridiques (n'étant pas des décisions et ne visant pas à l'exécution matérielle) doit pouvoir être confirmée par tout intéressé qui souhaite avoir la certitude de l'efficacité de l'acte. À cet égard, l'absence de mesures d'exécution ne constitue en aucun cas un motif de rejet de l'admission des actes publics étrangers ayant donné naissance à une véritable situation juridique à la procédure d'*exequatur* ou à l'action en opposabilité (*exequatur* à toutes fins utiles).

539. Toutefois, en droit commun, l'article 509 du Code de procédure civile réserve l'accès à la procédure d'*exequatur* et par extension à l'action en opposabilité - ou *exequatur* à toutes fins utiles - seulement aux actes publics étrangers considérés comme authentiques conformément au principe d'équivalence<sup>1476</sup>. À cet égard, l'arrêt rendu par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 12 janvier 1978<sup>1477</sup> est évocateur. Rappelons succinctement les faits qui concernaient l'*exequatur* d'un contrat de mariage passé en la forme suédoise. Pour résumer, en matière de forme applicable au contrat de mariage la loi suédoise prévoit la possibilité de réaliser un contrat de mariage en la forme olographe, lequel fera par la suite l'objet d'un dépôt auprès du greffe du tribunal ; en l'espèce, le dépôt a été réalisé auprès du greffe du tribunal de Stockholm. Par la suite, les époux ont sollicité l'*exequatur* en France de la « décision » relative à leur régime matrimonial, obtenue en Suède. Mais le Tribunal de Grande Instance de Paris refuse l'*exequatur* du contrat de mariage. Il motive sa décision en affirmant que celui-ci ne constitue ni une décision ni même un instrument public étranger dans la mesure où le contrat de mariage a fait l'objet d'un simple dépôt auprès du greffe du tribunal de Stockholm et que l'autorité publique s'est bornée à apposer sa signature. Une telle fonction assurée par l'autorité étrangère ne peut caractériser ni une décision ni même un instrument public étranger, lesquels requièrent l'existence d'une certaine équivalence<sup>1478</sup> avec l'acte authentique tel que conçu par l'ordre juridique français, ce qui implique la présence, ainsi qu'un certain rôle actif, de la part du tiers instrumentaire. Ainsi l'accès à la procédure d'*exequatur* et l'*exequatur* du contrat de mariage réalisés en la forme suédoise sont refusés par le tribunal de grande instance de Paris au motif que seuls peuvent être revêtus de l'*exequatur* les décisions de justice et les instruments publics étrangers,

<sup>1475</sup> C. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 415, n° 520 s. - V. *Infra*, p. 373 s., n° 557 s.

<sup>1476</sup> V. *Supra*, p. 136 s., n° 210 s. - V. *Supra* p. 272 s., n° 411 s.

<sup>1477</sup> V. *Supra*, p. 136 s., n° 210 s.

<sup>1478</sup> Rev. crit. DIP, 1979, p. 102 s., note D. Holleaux, spéc. p. 108 - V. *Supra*, p. 136 s., n° 210 s. - V. *Supra*, p. 272 s., n° 411 s.



ce qui n'est pas le cas du contrat de mariage qui demeure un contrat de mariage en la forme olographe, c'est-à-dire un instrument privé. Pour conclure, rappelons que dans cette affaire l'exécution forcée n'était pas recherchée par les époux qui souhaitaient sans doute, grâce à l'*exequatur*, se procurer un document officiel attestant à toutes fins utiles le mariage<sup>1479</sup>. Il s'agissait en l'espèce pour les époux d'intenter une action en *exequatur*, à toutes fins utiles.

Si certains actes de l'autorité publique étrangère, judiciaire ou non judiciaire, sont ainsi susceptibles d'*exequatur*, c'est à la condition nécessaire que celle-ci ait joué un rôle moteur dans l'élaboration de l'acte et ne se soit pas contentée de l'enregistrer comme c'était le cas dans cette affaire. C'est la même solution à laquelle aboutit plus récemment la Cour d'appel de Paris<sup>1480</sup>. Toutefois, la différence entre ces deux affaires réside dans le fait que dans le cas de la Cour d'appel de Paris, l'exécution forcée était recherchée : en effet il est, pour les juridictions du fond, démontré que le juge étranger et son greffier ont apposé leur nom ou leur signature sur une ordonnance rendue par le Tribunal des faillites du district sud de New-York, sans que pour autant il ne soit prouvé que le juge ait disposé d'un pouvoir d'appréciation pour l'accepter, la rejeter ou en contrôler la recevabilité et la régularité. En ce sens, cela ne constitue pas une manifestation de volonté de la part de l'autorité publique étrangère, permettant de qualifier l'acte qui en résulte de « décision » au sens de l'article 509 du Code de procédure civile. Par ailleurs, si certains actes d'une autorité publique étrangère sont susceptibles d'*exequatur* bien que l'autorité en question n'ait eu aucun rôle décisionnel, c'est à la condition que cette dernière émette un véritable instrument. Cela suppose que l'autorité ait joué un certain rôle moteur dans l'élaboration de l'acte et qu'elle ne se soit pas bornée à l'enregistrer. Il en ressort que l'ordonnance déclarant la cessation de paiement ne peut s'analyser ni comme une décision, ni comme un instrument public étranger ; en cela elle ne peut accéder à la procédure d'*exequatur* telle que prévue par l'article 509 du Code de procédure civile.

Bien que cette décision ait été cassée par la Cour de cassation<sup>1481</sup> considérant que l'intervention du juge avait pour effet de suspendre toute poursuite des créanciers, et qu'en cela elle constitue une décision pouvant recevoir *exequatur*, elle demeure riche d'enseignements. En effet, si la Cour de cassation estime que l'acte juridique peut recevoir *exequatur*, en ce qu'il constitue une décision de justice, le principe dégagé par les juridictions du fond suivant lequel seuls les décisions et les instruments publics étrangers le peuvent, n'est pas remis en cause ou altéré par la solution de la haute juridiction. En droit commun, l'authenticité de l'acte étranger est nécessaire pour accéder à

<sup>1479</sup> M. GORÉ, L'acte authentique en droit international privé, Travaux comité fr. DIP, 1998-1999, p. 23 s., spéc. p. 33

<sup>1480</sup> CA. Paris, 2 avril 1998 : Rev. crit. DIP, 1999, p. 102 s., note C. Pamboukis

<sup>1481</sup> Civ. 1re, 17 octobre 2000, n° 98-19.913

la procédure d'*exequatur*<sup>1482</sup>, que l'exécution forcée soit recherchée ou non, comme le démontrent les solutions retenues par les juridictions du fond, et non remises en cause par la Cour de cassation.

540. S'agissant des situations juridiques ne provenant pas d'une décision de justice étrangère, cela laisse entière la question de la procédure applicable à la reconnaissance d'efficacité d'éventuelles situations juridiques relatées par un *instrumentum* privé. En effet en l'état actuel du droit positif, la procédure d'*exequatur* ou l'action en *exequatur* à toutes fins utiles (ou action en opposabilité) ne sont accessibles qu'aux seules décisions de justice et instruments publics étrangers. Cette préoccupation paraît d'ordre théorique s'agissant des actes d'état civil par exemple. Il est effectivement établi qu'aujourd'hui la quasi-totalité des États ont mis en place un procédé officiel de constatation des éléments affectant l'état civil<sup>1483</sup>. On peut supposer que nombre d'actes d'état civil dressés à l'étranger cadreront avec cet impératif procédural exigeant un instrument public étranger, *a fortiori* une décision de justice, pour permettre l'accès à la procédure. Toutefois si les éléments d'état civil sont largement concernés par nos travaux, ils ne sont pas les seuls. Cette préoccupation procédurale concernant d'éventuelles situations juridiques reposant sur des instruments privés demeure alors entière.

541. La possibilité d'accès à ces voies de recours procédurales que constituent l'instance en *exequatur* - qu'elle vise une exécution matérielle ou soit exercée à toutes fins utiles - relève d'une préoccupation fondamentale qu'est le besoin de sécurité. Elles permettent de répondre à un souci légitime de sécurité de la part des individus. Le caractère international des situations juridiques exacerbe les incertitudes des personnes quant à leur situation juridique, ce qui rend le souci de sécurité juridique d'un côté plus impérieux et de l'autre également plus légitime<sup>1484</sup>. Toutefois, s'agissant des situations juridiques disposant d'un *instrumentum* privé, la question de la voie procédurale reste entière dans la mesure où ces recours sont fermés aux instruments privés. En l'état actuel du droit positif il est clair que la procédure d'*exequatur*, qu'elle soit réalisée à toutes fins utiles ou qu'elle vise l'exécution forcée est fermée aux actes ne constituant pas des décisions de justice ou des instruments publics étrangers assimilés à des actes authentiques.

---

<sup>1482</sup> V. *Supra*, p. 136 s., n° 210 s.

<sup>1483</sup> V. *Supra*, p. 57 s., n° 83 s.

<sup>1484</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 303 s., n° 452 s.

## § 2. Les effets reconnus

542. Les actes entraînant la création d'une situation juridique en matière d'état et de capacité des personnes, à l'instar des décisions intervenant dans les mêmes matières, produisent aussi une efficacité substantielle de plein droit<sup>1485</sup>. Au-delà de la question de la reconnaissance *de plano* ou non - qui ne relève pas à proprement parler de la régularité de la norme étrangère - en présence d'un jugement étranger ou d'une situation juridique, certains effets seront conditionnés à la régularité de la norme étrangère.

543. S'agissant des jugements étrangers, l'efficacité substantielle mais également l'autorité de la chose jugée sont subordonnées à la régularité de la décision étrangère<sup>1486</sup>. Ceci est également valable à propos des instruments publics étrangers<sup>1487</sup> sans que bien évidemment ces derniers ne soient concernés par l'attribution de l'autorité de la chose jugée, dont ils ne sont pas revêtus lorsqu'ils ne constituent pas des décisions de justice. La procédure d'*exequatur* est ouverte pour la reconnaissance de certains effets des actes publics étrangers, notamment la force exécutoire<sup>1488</sup>, ou encore les effets substantiels<sup>1489</sup>, à l'image des décisions de justice étrangère. D'autres effets, au contraire, tels l'effet de titre ou la force probante, pourront être admis indépendamment de leur régularité internationale<sup>1490</sup>. Le fait que l'efficacité de certains effets soit soumise à la régularité du jugement étranger - ou de la situation juridique s'agissant de nos travaux - n'épuise pas l'ensemble des questions au premier rang desquelles la suivante : quelle efficacité sera reconnue à la situation juridique ?

544. En matière de reconnaissance d'efficacité des situations juridiques, des doutes subsistent quant aux effets à reconnaître<sup>1491</sup>. C'est la question centrale de l'efficacité des situations juridiques constituées à l'étranger.

S'agissant de la portée de la reconnaissance, on peut s'interroger sur la question de l'efficacité qui

---

<sup>1485</sup> C. PAMBOUKIS, Acte public étranger (Internat.), Répertoire de droit international [en ligne], septembre 2019 [consulté le 14 octobre 2019], Dalloz, n° 140 s. - V. *Supra* p. 139 s., n° 215 s.

<sup>1486</sup> A. HUET, *op. cit.*, - V. *Supra*, p. 114, n° 175

<sup>1487</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, n° 144

<sup>1488</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, n° 144 - V. *Supra*, p. 133 s., n° 210 s.

<sup>1489</sup> V. *Supra*, p. 357 s., n° 533 s.

<sup>1490</sup> V. *Infra*, p. 375 s., n° 562 s.

<sup>1491</sup> S. PFEIFF, Reconnaissance et théorie générale du droit international privé, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 171 s., spéc. p. 183, n° 172

sera accordée à la situation juridique et aux effets qu'elle renferme. À cet égard, parmi les modèles doctrinaux existant on distingue d'un côté le modèle de l'assimilation des effets au droit de l'État de reconnaissance, et de l'autre côté le modèle de l'extension des effets conformément au droit de l'État d'origine<sup>1492</sup>. En somme, dans l'État de la reconnaissance, les effets doivent-ils être ceux reconnus par le droit ayant donné naissance à la situation juridique, c'est-à-dire le droit de l'État d'origine, ou au contraire, doivent-ils être ceux prévus par l'État de reconnaissance ? Des solutions très disparates existent en droit comparé. Par exemple, la loi allemande du 16 février 2001 rattache les effets d'un partenariat enregistré à la loi de l'État d'enregistrement, sans que ceux-ci ne puissent dépasser les effets prévus par la loi allemande. Au Royaume-Uni les effets du partenariat enregistré à l'étranger sont ceux attribués par la loi anglaise aux partenariats enregistrés en Angleterre. Enfin en France, l'article 515-7-1 du Code civil prévoit que les effets d'un partenariat enregistré à l'étranger sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement. Ainsi, dans ce dernier cas, les effets sont ceux reconnus par la loi de l'autorité ayant procédé à l'enregistrement du partenariat, sans préciser (comme le fait la loi allemande) que ces effets ne doivent pas dépasser ceux prévus par la loi française<sup>1493</sup>.

La question des effets se révèle complexe et dépasse l'objet de la reconnaissance. Les situations juridiques familiales ou personnelles qui circulent internationalement ne constituent pas des « coquilles vides » mais bel et bien des situations dont les effets essentiels sont pris en considération.

545. Conformément aux exemples présentés, les solutions peuvent tout d'abord viser l'application de la loi d'origine pour déterminer les effets, comme le fait la loi française en matière de partenariats enregistrés. Elles peuvent également viser la loi de l'État d'origine sous certaines réserves comme, dans la même matière, le fait la loi allemande en précisant que les effets ne doivent pas dépasser ceux prévus par la loi allemande. Enfin, on peut envisager l'application des effets de la loi du for requis comme le propose la loi anglaise en matière de *civil partnership*. À l'opposé de la solution retenue en droit français, c'est ainsi le modèle de l'assimilation des effets qui est suivi au Royaume-Uni en matière de partenariats enregistrés conclus à l'étranger. En ce sens, l'ordre juridique anglais accorde les mêmes effets que ceux accordés par l'union civile anglaise.

---

<sup>1492</sup> A. QUINONES ESCAMEZ, Proposition pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couples, Rev. crit. DIP, 2007, p. 367 s., spéc. p. 371

<sup>1493</sup> P. LAGARDE, La reconnaissance mode d'emploi, in Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Dalloz, 2008, p. 481 s., spéc. p. 495, n° 20

546. Pour autant, la question est celle de savoir s'il se révèle préférable que l'efficacité - c'est-à-dire les effets reconnus - soit celle du pays d'origine ou, au contraire, celle accordée par le pays de réception<sup>1494</sup> ?

547. La thèse de l'assimilation des effets, telle que mise en œuvre par le droit positif anglais en matière de reconnaissance des partenariats enregistrés à l'étranger, présente l'inconvénient de contrevioler à l'uniformité internationale des solutions. On peut y voir une atteinte à l'objectif affiché d'harmonie internationale des solutions. Une application généralisée de cette solution pourrait aboutir à une efficacité - d'une même situation juridique - totalement distincte dans les différents États où la reconnaissance d'efficacité aura été sollicitée<sup>1495</sup>. À cet égard, on peut également s'interroger sur la pertinence de reconnaître une situation juridique à laquelle on a retiré un ou plusieurs effets se révélant essentiels et déterminants pour les particuliers ?<sup>1496</sup> Pour pallier ces difficultés, certains auteurs ont proposé de distinguer les effets, dont certains sont qualifiés de primaires, et d'autres de secondaires. Les effets primaires seraient ceux inhérents ou essentiels à une situation juridique. Ces effets devraient alors être admis par l'État de réception, comme conséquence naturelle de la reconnaissance de la situation dont ils proviennent. Par exemple, l'autorité parentale se révélerait un effet primaire de la filiation, à l'inverse des avantages sociaux ou fiscaux liés à la filiation.

548. Pour Ana Quinones Escamez, reconnaître n'équivaut pas à « *assimiler* ». Cela équivaut à « *connaître* », et ensuite, si possible, à accepter « *telle quelle* »<sup>1497</sup>. Toutefois, la considération de politiques législatives jugées impératives par l'État d'accueil pourrait, à l'inverse, plaider pour la reconnaissance des effets conformément à la loi d'accueil, la loi de l'État de reconnaissance de la situation juridique, c'est-à-dire plaider en faveur d'une assimilation des effets<sup>1498</sup>. À cet égard, l'application de l'efficacité conformément au pays de reconnaissance tient également les faveurs de la majorité de la doctrine justement en ce qu'il permet, au-delà d'une meilleure application par le juge du pays de la reconnaissance, de maintenir notamment la cohérence de l'ordre juridique de la

<sup>1494</sup> C. PAMBOUKIS, La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance, Rev. crit. DIP, 2008, p. 513 s., spéc. p. 555, n° 67

<sup>1495</sup> A. QUINONES ESCAMEZ, *op. cit.*, spéc. p. 372

<sup>1496</sup> É. CORNUT, Qu'est-ce qui circule (la notion de « statut personnel ») ?, in La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 29 s., spéc. p. 47

<sup>1497</sup> A. QUINONES ESCAMEZ, *op. cit.*, spéc. p. 373

<sup>1498</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 496, n° 21

reconnaissance<sup>1499</sup>. C'est le cas de figure jugé par la *High Court* anglaise en 2006. Le 31 juillet 2006 la *High Court* va refuser de reconnaître comme mariées deux femmes homosexuelles ayant contracté mariage au Canada. Elles seront traitées aux Royaume-Uni comme des partenaires ayant conclu un partenariat enregistré. Le droit anglais reconnaît les effets selon le droit anglais<sup>1500</sup>. Pour justifier cela, il est mis en avant que l'efficacité résulte de la réception, par le for, de la situation juridique. Ainsi l'efficacité étant un attribut conféré à une situation juridique par un ordre juridique, l'efficacité sera nécessairement celle qu'attribuera cet ordre juridique de réception<sup>1501</sup>. Considérant cela, le principe suivant lequel la situation juridique ne peut pas recevoir plus d'efficacité que celle admise par l'ordre juridique de reconnaissance, a été mis en avant en doctrine<sup>1502</sup>. On peut toutefois, à l'inverse, envisager également le modèle de l'extension des effets ou la reconnaissance des effets conformément au droit de l'État d'origine de la situation juridique, qui dispose de ses atouts propres.

549. À l'opposé de la thèse de l'assimilation, le modèle de l'extension des effets implique une référence au droit de l'État d'origine afin de déterminer les effets qui pourront être reconnus à la situation juridique<sup>1503</sup>. Il s'agit alors ici d'envisager une efficacité de la situation juridique, et des effets qu'elle produit, similaire à celle dont elle bénéficie dans l'État d'origine. En ce sens, les effets sont en principe ceux qui sont prévus par la loi d'origine<sup>1504</sup>. Sans surprise, la solution proposée par cette théorie favorise les objectifs à visée internationale du droit international privé. Ainsi, la thèse de l'extension des effets ou des effets conformément à la loi d'origine favorise l'uniformité des solutions mais préserve également les prévisions des parties et la sécurité juridique. Au-delà de la cristallisation, le respect de ces objectifs constitue un élément moteur de l'adoption de la méthode de la reconnaissance à l'égard des situations juridiques constituées à l'étranger<sup>1505</sup>. Logiquement, ils y trouvent ainsi également un écho favorable. Le principe même et la raison d'être de la reconnaissance orienterait une solution allant dans le sens de la reconnaissance des effets conformément à la loi qui s'est effectivement appliquée, c'est-à-dire conformément au droit de

<sup>1499</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 556 s., n° 68 s.

<sup>1500</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 490, n° 10

<sup>1501</sup> C. PAMBOUKIS, La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance, *op. cit.*, spéc. p. 556 s., n° 69

<sup>1502</sup> C. PAMBOUKIS, Les actes publics et la méthode de reconnaissance, *in* La reconnaissance des situations en droit international privé, Pedone, 2013, Sous la direction de P. Lagarde, p. 133 s., spéc. p. 144

<sup>1503</sup> A. QUINONES ESCAMEZ, *op. cit.*, spéc. p. 373

<sup>1504</sup> S. FULLI-LEMAIRE, Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations, Thèse dactyl., Paris II, 2017, p. 324, n° 330

<sup>1505</sup> V. *Supra*, p. 208 s., n° 314 s.

l'État d'origine de la situation juridique<sup>1506</sup>. En effet, l'application de l'efficacité conformément au pays d'accueil est susceptible d'entacher le respect de l'harmonie internationale des solutions, la continuité des situations juridiques ou le respect des prévisions légitimes des parties. Les effets reconnus risquent de différer des effets attendus et déjà produits. Cela porte atteinte à la cohérence internationale du rapport juridique<sup>1507</sup>. La logique de la reconnaissance et certains éléments justifiant de son adoption, tels la permanence de la situation, le respect des prévisions des parties, la continuité du statut personnel, iraient plutôt dans le sens de la soumission des effets au droit de l'État d'origine de la situation<sup>1508</sup>. Le respect de ces objectifs ne doit toutefois pas contredire la volonté politique de ne pas voir se multiplier sur un même territoire une multitude de modèles. Il s'agit ici d'un choix de politique législative auprès de laquelle peuvent, soit se heurter, soit se conforter, les objectifs du droit international privé en matière de reconnaissance d'efficacité.

550. Les solutions proposées en matière d'efficacité, que ce soit par la doctrine ou par le droit comparé sont, comme on le voit, très disparates. Certaines vont dans le sens de la reconnaissance des effets accordés conformément au droit de l'État d'origine : c'est la thèse de l'extension des effets juridiques ; d'autres vont, au contraire, dans le sens de l'attribution des effets du droit de l'État de reconnaissance : c'est la thèse de l'assimilation des effets. Le choix entre l'une ou l'autre de ces thèses risque, dans tous les cas, de porter atteinte à certains objectifs, soit du droit international privé, soit du droit interne du for requis. Cette solution n'est pas inédite et se révèle même, semble-t-il, inhérente au droit international privé, sans cesse tirailé entre des intérêts antagonistes. L'essence de la matière est d'être un droit de répartition, de compromis et de respect des souverainetés, au service des particuliers. La répartition peut, parfois, aboutir à porter atteinte à certains objectifs du droit international privé, par exemple les prévisions légitimes des parties. Elle peut également porter atteinte à la cohérence de l'ordre juridique du for et favoriser la multiplicité des modèles sur un même territoire. Toutefois, la matière considère que dans le cadre des rapports privés internationaux, la répartition des compétences se révèle être un meilleur compromis qu'imposer ses propres vues. En matière de réception de l'efficacité des effets substantiels d'une situation juridique étrangère, reste à savoir quel compromis semble le plus apte à concilier au mieux deux objectifs antagonistes : ceux du droit international privé et ceux du droit interne. Une fois établie l'efficacité que doit produire une situation juridique, conformément à l'une

<sup>1506</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 496, n° 21

<sup>1507</sup> V. C. PAMBOUKIS, *La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance*, *op. cit.*, spéc. p. 557, n° 69

<sup>1508</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 495 s., n° 20 - H-P. MANSEL, *Anerkennung als grundprinzip des Europäischen Rechtsraums*, *RabelsZ*, 2006, p. 651 s., spéc. p. 720

ou l'autre des deux thèses présentées, une autre interrogation se pose. La reconnaissance doit-elle se limiter à la reconnaissance des effets déjà produits ou bien doit-elle, au contraire, s'étendre et porter également sur les effets futurs, ne s'étant pas encore produits ?

551. Certains auteurs ont été amené à distinguer entre les effets qui se sont déjà réalisés au moment où la demande de reconnaissance est formulée et les effets futurs qui ne se sont pas encore produits. À cet égard, a été établi une distinction entre les faits et les effets. Cette doctrine propose de limiter dans le temps la reconnaissance des effets, en se limitant aux effets déjà produits qui, par conséquent, sont devenus des faits. En revanche les effets futurs, qui ne se sont pas encore produits, resteraient soumis à la méthode du conflit de lois. Les auteurs le justifient par le fait que ne s'étant pas encore produits, ces effets ne posent pas un problème d'efficacité, c'est-à-dire leur négation ou leur acceptation au for de reconnaissance<sup>1509</sup>. Il convient ainsi de distinguer d'une part les effets actuels et immédiats et, d'autre part, les effets futurs et éventuels, autrement dit les effets à venir (qui ne sont pas encore produits). Ces effets éventuels ne seraient pas couverts par la reconnaissance et se verraient appliquer le raisonnement conflictuel<sup>1510</sup>.

Il semble que cette solution puisse se justifier logiquement par le concept de cristallisation, élément moteur de la proposition. On constate que ces effets futurs, non encore réalisés, n'engendrent pas les mêmes interrogations, relatives à la cristallisation, que celles soulevées par les effets juridiques d'une situation juridique qui se sont déjà réalisés<sup>1511</sup>. En effet, c'est la cristallisation par la production des effets juridiques qui amène à proposer la réception de ces effets suivant la méthode de reconnaissance d'efficacité. La méthode de la reconnaissance concerne donc nécessairement les effets déjà produits. S'ils doivent se réaliser au sein du for de reconnaissance, ces effets futurs ne se seront, par définition, pas encore produits. Ils n'auront ainsi pu se cristalliser au sein de la situation juridique. Constituant le cœur de la proposition, ils doivent alors être soumis - comme c'est le cas s'agissant de la création de tout rapport juridique de droit privé doté d'un élément d'extranéité - à la méthode du conflit de lois. C'est la solution qui apparaît la plus cohérente, eu égard à la proposition réalisée, et à ses fondements.

552. Pour le Professeur Mansel l'application de la méthode de la reconnaissance devrait se limiter à la reconnaissance des situations dont les effets s'écoulent par la création même de la situation juridique. Il s'agit des effets qui ne sont pas dissociables de la création de la

<sup>1509</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. p. 557., n° 70

<sup>1510</sup> É. CORNUT, *op. cit.*, spéc. p. 48

<sup>1511</sup> V. *Supra*, p. 164 s., n° 251 s.



situation<sup>1512</sup>. Ils se distinguent des effets plus complexes. Ainsi en matière de changement de sexe par exemple, la méthode de la reconnaissance ne devrait porter que sur la reconnaissance de la détermination du sexe, et non pas sur des effets plus complexes, qui *a fortiori* ne se seraient pas encore produits. Pour ces derniers l'application de la méthode du conflit de lois se révélerait plus opportune<sup>1513</sup>. Autre exemple, en matière de mariage ou de filiation, les effets successoraux qui relèveraient d'effets plus complexes<sup>1514</sup>.

Un courant doctrinal adhère à ce point de vue visant à reconnaître l'efficacité des effets s'épuisant dans la création même de la situation, conformément à la loi de l'État d'origine. Cela est justifié par le fait que la reconnaissance vise une situation effective pour laquelle il n'y a pas lieu d'ajouter des effets dont la situation juridique ne dispose pas. Toutefois, sur le modèle de l'assimilation des effets, un État pourrait également accorder certains effets à la situation juridique afin d'éviter sur son territoire la multiplication des modèles<sup>1515</sup>.

La question que l'on peut se poser dans le cas où certains effets, plus complexes, ne se seraient pas encore produits est la suivante : comment peut-on envisager de les reconnaître ? Par définition la reconnaissance porte nécessairement sur un élément tangible et existant : les effets de droit d'une situation juridique ou une décision de justice. Dès lors, comment reconnaître quelque chose, en l'espèce les effets, qui n'a pas encore d'existence ?

553. S'agissant des effets plus complexes attachés à une situation juridique et ne s'étant pas encore produits, la méthode de la reconnaissance d'efficacité leur semble ainsi inapplicable<sup>1516</sup>. Toutefois, il peut également y avoir des effets plus complexes qui ne s'épuisent pas par la création même du statut, mais qui auront malgré tout pu se cristalliser par leur réalisation au sein de l'ordre juridique d'origine. Dans ce cas, l'effet plus complexe attaché à la situation juridique devra pouvoir être soumis à la méthode de la reconnaissance d'efficacité. La question de la reconnaissance ne s'épuise pas dans la détermination de la validité ou de la régularité de la constitution de la situation juridique<sup>1517</sup> mais porte plus avant sur les effets, certains dits complexes, qui se seront produits dès la réalisation ou la constitution de la situation juridique. C'est le sens même de la proposition.

<sup>1512</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 496, n° 21

<sup>1513</sup> H-P. MANSEL, *op. cit.*, spéc. p. 722

<sup>1514</sup> P. LAGARDE, Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés, *op. cit.*, spéc. p. 24

<sup>1515</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 24 s.

<sup>1516</sup> V. en ce sens A. BYLIACHENKO, La circulation internationale des situations juridiques, Thèse dactyl., La Rochelle, 2016, p. 316, n° 423

<sup>1517</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, p. 325, n° 331

554. Concernant justement la reconnaissance des effets plus complexes, ne s'épuisant pas dans la création même de la situation, on peut relever que la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages<sup>1518</sup> porte sur la validité des mariages célébrés à l'étranger. La convention se limite à la reconnaissance de la validité du mariage et ne porte aucune solution quant aux effets. La convention se limite donc à la reconnaissance de principe du mariage valablement conclu à l'étranger. Les effets demeurent donc, pour leur part, soumis à la loi désignée par la règle de conflit de lois du for impliqué<sup>1519</sup>. La convention ne distingue pas les effets s'épuisant dans la création même du statut et les effets plus complexes ; ni entre les effets s'étant déjà réalisés et ceux ne s'étant pas encore réalisés. Le danger d'une telle solution semble résider dans la possibilité de reconnaître un mariage valablement célébré à l'étranger, sans pour autant lui reconnaître les effets, plus complexes ou non, qui y sont attachés et qui peuvent s'être cristallisés à l'étranger, dès lors qu'ils contreviennent à la loi applicable. Le mariage reconnu comme tel se révélerait alors être une coquille vide, dans la mesure où celui-ci est reconnu mais, possiblement, dépouillé de l'ensemble des effets qui lui étaient attachés. La convention semble donc engager une démarche très restrictive en ce qu'elle admet le principe de la reconnaissance de la validité du mariage, sans toutefois l'étendre à ses effets, y compris ceux qui se seraient éventuellement produits à l'étranger, dès la constitution du statut.

555. Il semble que la solution ne relève donc pas de la distinction entre les effets s'épuisant dans la constitution même d'une situation juridique et les effets plus complexes. La distinction relève bien des effets qui se sont déjà produits et cristallisés à l'étranger et ceux qui ne se sont pas encore produits. Les premiers doivent alors être soumis à la méthode de reconnaissance d'efficacité, qu'ils s'épuisent dans la constitution de la situation juridique, ou non. Les seconds, qui ne se sont pas encore produits, doivent demeurer soumis à la méthode conflictuelle classique.

## Section 2. La non-reconnaissance d'efficacité

556. À l'image des questions inhérentes liées aux conséquences de la reconnaissance d'efficacité, la non-reconnaissance ou l'inefficacité des situations juridiques internationales engendrent le même type d'interrogations. Il s'avère indispensable de déterminer la procédure à suivre afin de s'opposer à la reconnaissance d'efficacité d'une situation juridique internationale

---

<sup>1518</sup> V. *Supra*, p. 238, n° 361

<sup>1519</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 497, n° 21

(Paragraphe 1) pour établir les effets et les conséquences de la non-reconnaissance ou de l'inefficacité d'une situation juridique internationale (Paragraphe 2).

### § 1. La procédure permettant de s'opposer à l'efficacité des effets juridiques

557. Comme l'évoque Sylvain Bollée, sans toutefois adhérer à cette idée, dès lors que la force exécutoire n'est pas strictement poursuivie, il semble tentant ici aussi d'appliquer sur le terrain procédural une approche identique aux décisions de justice<sup>1520</sup>. Ainsi on peut songer à l'accès à l'instance en *exequatur* ou à l'inverse, à l'instance en inopposabilité.

558. Lorsqu'un individu estime qu'un jugement étranger est susceptible non seulement de lui nuire mais également d'être irrégulier au regard des conditions d'efficacité des jugements étrangers, il existe une action spécifique visant à mettre en évidence cette ou ces irrégularités : l'action en inopposabilité. Ces actions ne sont pas unanimement admises par notre droit. Il convient, afin d'y avoir accès, de démontrer un intérêt légitime. Cela est largement envisageable en matière de décision étrangère dans la mesure où celle-ci consiste, pour les individus concernés, en une norme individuelle. Comme il est désormais établi, la possibilité d'exercer une action en inopposabilité d'une décision de justice étrangère a été admise par la jurisprudence *Weiller* de la Cour de cassation de 1951<sup>1521</sup>. Le but de l'action en inopposabilité est de permettre de s'opposer à l'efficacité substantielle de plein droit dont bénéficient certaines décisions de justice, et de les priver rétroactivement de cette efficacité<sup>1522</sup>. L'intérêt de cette action est de permettre au demandeur d'être fixé sur sa situation sans pour autant être dépendant des agissements de son adversaire<sup>1523</sup>.

Il ne s'agit plus dans ce cas de déterminer le recours positif à la procédure d'*exequatur* dans le but de rechercher la régularité de la norme étrangère. Il s'agit ici de déterminer les possibilités de recourir négativement à cette procédure, c'est-à-dire dans le but de démontrer l'irrégularité de la norme étrangère<sup>1524</sup>.

Concernant le régime procédural de l'action en inopposabilité, qui est une action déclaratoire, c'est le même régime que l'action en *exequatur* dont elle recherche l'objectif exactement opposé :

<sup>1520</sup> V. *Supra*, p. 119 s., n° 177 s.

<sup>1521</sup> V. *Supra*, p. 118 s., n° 176 s. - V. *Supra*, p. 357 s., n° 534

<sup>1522</sup> A. HUET, *op. cit.*, n° 22

<sup>1523</sup> T. VIGNAL, *Droit international privé*, Sirey, 2020 (5<sup>ème</sup> édition), p. 417, n° 641

<sup>1524</sup> C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, *op. cit.*, p. 301, n° 449

démontrer l'inopposabilité de la décision de justice étrangère pour non-respect des conditions d'efficacité<sup>1525</sup> ou, de la situation juridique, s'agissant des présents travaux. Les questions de compétence et de procédure, pour l'essentiel, répondront aux mêmes règles que celles de l'action en *exequatur*<sup>1526</sup>.

559. L'existence d'une action en inopposabilité des décisions de justice étrangères est aujourd'hui certaine<sup>1527</sup> et ne fait plus aucun doute.

Lorsqu'un juge a constaté l'irrégularité de la décision de justice étrangère au regard des conditions de reconnaissance d'efficacité, la décision est revêtue à l'égard des parties de l'autorité de la chose jugée les empêchant de renouveler le contentieux visant à demander l'*exequatur* du même jugement. Concernant les tiers, la décision est dotée d'opposabilité, relative ou absolue<sup>1528</sup>. S'agissant des instruments publics étrangers, l'irrégularité entraîne également en France l'inopposabilité de l'acte étranger dès lors que l'objet de l'instance ne concerne pas la question de la nullité mais celle de la régularité internationale de l'acte étranger<sup>1529</sup>. C'est ce qu'a été amenée à juger la Cour de cassation dans un arrêt du 6 mai 2009 lorsqu'elle affirme - alors que lui était opposée l'incompétence des juridictions françaises pour se prononcer sur la nullité du mariage et des effets qui en découlaient - que, « l'action du ministère public tendait à l'inopposabilité en France des effets du mariage et non à l'annulation de l'acte dressé par l'autorité étrangère »<sup>1530</sup>.

## § 2. Les effets de l'inefficacité

560. Vraisemblablement, les conséquences de l'action en inopposabilité se situent principalement dans l'inopposabilité des effets subordonnés à la régularité de la norme étrangère<sup>1531</sup>.

561. L'inopposabilité de la décision de justice étrangère ou de l'instrument public étranger entraîne l'impossibilité de se prévaloir des effets subordonnés à la régularité de la norme étrangère, dans l'objectif notamment de l'opposer aux tiers, à l'administration, *etc.*... Il existe toutefois certains effets, indépendants de la régularité de la norme étrangère. À la différence des

<sup>1525</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 298, n° 423 - A. HUET, *op. cit.*, n° 25

<sup>1526</sup> T. VIGNAL, *op. cit.*, p. 417, n° 641

<sup>1527</sup> A. HUET, *op. cit.*, n° 22 s. - C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 301, n° 450

<sup>1528</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 299, n° 424

<sup>1529</sup> C. PAMBOUKIS, Acte public étranger (Internat.), *op. cit.*, n° 151

<sup>1530</sup> Civ. 1re, 6 mai 2009 : Rev. crit. DIP, 2009, p. 493 s., note P. Lagarde ; D. 2009, p. 564, obs. V.

Egée

<sup>1531</sup> V. *Supra*, p. 373, n° 558

effets dépendants de la régularité internationale du jugement étranger ou de la situation juridique<sup>1532</sup>, ceux-ci sont susceptibles de se réaliser même en cas d'irrégularité internationale de la norme étrangère, c'est-à-dire lorsque celle-ci ne satisfait pas aux conditions de son efficacité ou de sa régularité.

562. Si la régularité internationale de la norme étrangère, décision de justice ou situation juridique, est nécessaire à son efficacité normative, il existe néanmoins en droit commun certains effets totalement indépendants de la régularité. En effet, à côté des hypothèses classiques d'utilisation du jugement étranger à titre normatif, la jurisprudence a été confrontée à une série d'affaires dans lesquelles le jugement étranger n'était pas invoqué comme une norme, mais comme un fait dont on demande au juge de tenir compte dans le règlement du litige qui lui est soumis<sup>1533</sup>. En matière de jugements étrangers ces effets, assez peu importants il est vrai, peuvent être attachés à un jugement étranger même si ce dernier est internationalement irrégulier. Ils sont appelés « effets non normatifs » par opposition aux effets normatifs dont la réalisation est dépendante de la régularité internationale du jugement étranger. On en dénombre trois principaux : l'effet de fait, l'effet de titre et l'effet de preuve<sup>1534</sup>. Précisons que les auteurs ne sont pas unanimement d'accord s'agissant des effets indépendants de la régularité du jugement étranger. Si la majorité considère effectivement que l'effet de fait ou la force probante se réalisent en France indépendamment de la régularité de la décision de justice étrangère, ils sont de moins en moins nombreux à le penser également s'agissant de l'effet de titre<sup>1535</sup>. Pour autant il convient de considérer l'ensemble de ces effets dans l'étude des effets indépendants de la régularité de la norme étrangère.

563. En réalité, l'effet de titre ou l'effet de fait représentent des effets indirects du jugement étranger en ce sens que les conséquences qu'une norme matérielle attache à une question donnée peuvent découler de la décision étrangère en question. La décision de justice étrangère peut, de cette manière, être prise en considération par la norme matérielle appliquée<sup>1536</sup>. Par exemple, si

---

<sup>1532</sup> V. *Supra*, p. 365, n° 543

<sup>1533</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Jugement étranger : matière civile et commerciale - Efficacité internationale du jugement étranger [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 10 juillet 2020], septembre 2013 (actualisation février 2020), Dalloz, n° 53

<sup>1534</sup> A. HUET, Fasc. 2000-60 : EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS - Effets indépendants de la régularité internationale du jugement étranger [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 10 juillet 2020], 30 octobre 2015, Lexis360, n° 1

<sup>1535</sup> A. HUET, *op. cit.*, n° 4

<sup>1536</sup> A. HUET, *op. cit.*, n° 2

la loi applicable à une relation contractuelle admet la liberté de la preuve en matière de contrat, un jugement étranger irrégulier établissant la réalité d'un contrat pourra constituer en France un mode de preuve recevable.

L'effet de fait du jugement étranger a été théorisé par Bartin<sup>1537</sup>. Cette théorie postule que le jugement étranger irrégulier demeure un fait brut que l'on ne peut ignorer. Ainsi, le juge doit prendre en compte ce fait brut que représente le jugement étranger, sans considération de sa régularité ou de son irrégularité, parmi les différents éléments factuels requis par la loi applicable<sup>1538</sup>. Cette théorie a été reprise par la jurisprudence de la Cour de cassation qui l'a faite sienne, ayant déjà eu l'occasion d'affirmer et jusqu'à très récemment qu'« *un jugement étranger produit en France des effets, en tant que fait juridique, indépendamment d'une vérification de sa régularité internationale par une procédure de reconnaissance ou d'exequatur* »<sup>1539</sup>. Ainsi l'existence d'un jugement étranger est parfois prise en considération par la règle substantielle applicable au fond du litige<sup>1540</sup>.

564. Un second effet du jugement étranger indépendant de sa régularité internationale est l'effet de preuve du jugement étranger. À cet égard le jugement étranger peut être utilisé à l'occasion d'une instance en France en tant qu'élément de preuve soit d'un fait, soit d'un droit<sup>1541</sup>. En matière de preuve d'un fait, le jugement étranger reconnaissant un fait comme établi et prouvé (pour le juge étranger) permet à la partie qui le souhaite de s'en prévaloir devant les juridictions françaises dès lors que la preuve par tout moyen est recevable<sup>1542</sup>. De la même manière, le jugement étranger peut consister à rapporter la preuve d'un fait non établi<sup>1543</sup>. Ainsi un juge français peut prendre en compte un jugement étranger sans égard à sa régularité internationale, et même après un refus d'*exequatur*, et retenir les faits que le juge étranger a estimé prouvés<sup>1544</sup>.

565. Au-delà d'un fait, le jugement étranger peut également prouver un droit indépendamment de sa régularité internationale. Le jugement étranger est parfaitement capable de rapporter non seulement la preuve d'un droit objectif mais également d'un droit subjectif. En matière de droit objectif le jugement étranger peut faire la preuve du contenu du droit objectif

<sup>1537</sup> E. BARTIN, Le jugement étranger considéré comme un fait, JDI, 1924, p. 857 s.

<sup>1538</sup> A. HUET, *op. cit.*, n° 6

<sup>1539</sup> Com. 4 octobre 2005 : Rev. crit. DIP, 2006, p. 405, note H. Muir-Watt ; D., 2006, p. 2449, note J. Sagot-Duvauroux - Civ. 1re, 11 juillet 2006, n° 01-02.593

<sup>1540</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 320 s., n° 472

<sup>1541</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 62

<sup>1542</sup> Paris, 23 janvier 1990 : Rev. crit. DIP, 1991, p. 92, note Y. Lequette

<sup>1543</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 5 juillet 1963 - Pour approfondir V. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 63 S.

<sup>1544</sup> Civ. 1re, 17 décembre 2010, n° 09-13.957 - A. HUET, *op. cit.*, n° 20

étranger applicable au litige, mis en évidence par le juge étranger<sup>1545</sup>. La Cour de cassation a déjà censuré les juridictions du fond pour dénaturation du droit étranger applicable et violation des articles 3 du Code civil et 410-19 du Code civil monégasque, en l'espèce, qui constituait le droit matériel applicable<sup>1546</sup>.

566. Enfin, le jugement étranger peut également rapporter la preuve d'un droit subjectif. C'est à ce type d'utilisation que l'on peut rattacher un troisième effet des jugements étrangers indépendant de leur régularité, l'effet de titre<sup>1547</sup>. Il peut en effet arriver qu'un jugement étranger constate par exemple une créance et condamne le débiteur au paiement de cette créance. Ce jugement étranger ne constitue pas moins un titre au moins aussi fiable qu'un acte sous signature privée<sup>1548</sup>. L'effet de titre se distingue de l'effet de preuve en ce qu'il porte sur l'état de droit et non sur les faits dont il a été déduit<sup>1549</sup>. De ce point de vue, il apparaît admissible, sauf irrégularité patente du jugement étranger, que celui-ci soit, *a priori*, considéré comme un titre sur la foi duquel une mesure provisoire ou conservatoire peut être appliquée<sup>1550</sup>. C'est la solution à laquelle aboutira le législateur en consacrant l'effet de titre dans l'ancien article 68 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. Ce texte, aujourd'hui abrogé, permet au créancier de prendre une mesure conservatoire, sans autorisation judiciaire préalable, dès lors qu'il peut se prévaloir d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire. En accord avec la réglementation adoptée à l'occasion de la réforme de 1991, c'est également la solution à laquelle aboutit la jurisprudence à l'occasion de décisions, antérieures ou non, à la réforme<sup>1551</sup>.

567. Dans le cadre de notre étude il est tout à fait envisageable, au-delà des jugements étrangers, que les instruments qui formalisent ou rapportent la preuve d'une situation juridique puissent, à l'image des décisions de justice étrangères, produire certains effets indépendants de leur régularité internationale. Dans le cas où la régularité internationale d'une situation juridique n'est pas reconnue, ou *a contrario* que son irrégularité est avérée, par exemple une irrégularité en la forme d'un instrument public étranger ou un défaut de proximité avec le système étranger s'étant effectivement appliqué, l'efficacité doit alors être refusée. Pour autant l'instrument qui formalise et relate la situation juridique internationalement irrégulière doit, à l'image des jugements étrangers

<sup>1545</sup> V. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 66

<sup>1546</sup> Civ., 1re, 14 février 2006 : Rev. crit. DIP 2006, p. 833, note S. Bollée

<sup>1547</sup> V. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 68 - A. HUET, *op. cit.*, n° 25 s.

<sup>1548</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 69

<sup>1549</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *op. cit.*, p. 320, n° 471

<sup>1550</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 70

<sup>1551</sup> A. HUET, *op. cit.*, n° 27

irréguliers, pouvoir produire certains effets. Parmi ces effets on pense logiquement à ceux reconnus aux jugements étrangers irréguliers ou non encore *exequaturés* : l'effet de fait, l'effet de preuve ou encore l'effet de titre.



## Conclusion du chapitre 1

568. L'application de la méthode de la reconnaissance oblige nécessairement à s'interroger sur ses conséquences ou ses effets pratiques. La solution liée à l'application de la méthode est binaire et aboutit soit à la déclaration de régularité et la reconnaissance d'efficacité de la situation juridique ou de la décision de justice étrangère, soit au contraire à son irrégularité et son inefficacité. Une fois ce constat établi il convient d'envisager les conséquences de l'une et l'autre des solutions.

La question préalable porte nécessairement sur les voies procédurales permettant de faire déclarer la régularité ou au contraire l'irrégularité de la situation juridique. L'étude du droit positif a permis de constater que, s'agissant tant des jugements étrangers que des instruments publics étrangers, l'exercice de la procédure d'*exequatur* est nécessaire dès lors qu'est recherchée la déclaration de régularité internationale et ainsi la reconnaissance définitive - et non plus susceptible de contestation - des effets normatifs. La régularité est également indispensable à l'attribution de la force exécutoire, apte à exécuter la norme étrangère sur le territoire du for de reconnaissance.

569. Précisons que, même lorsque la régularité internationale du jugement étranger est présumée ou que l'exécution forcée d'un instrument public étranger n'est pas poursuivie, la jurisprudence a reconnu la possibilité d'exercice d'actions en *exequatur* à toutes fins utiles ou au contraire en inopposabilité. L'action en inopposabilité tend alors à l'effet exactement inverse de l'action en *exequatur*, c'est-à-dire mettre en évidence l'irrégularité de la norme étrangère et l'empêcher de produire les effets qui en dépendent sur le territoire du for requis, ou encore lui refuser force exécutoire. De ce point de vue, l'application de la procédure d'*exequatur* en droit positif ne se limite pas au jugement étranger ne bénéficiant pas d'une autorité *de plano* ou aux instruments publics étrangers dont l'exécution est poursuivie. En revanche, le droit positif exclut expressément l'application de ces procédures s'agissant des instruments qui ne constituent pas des actes authentiques pour l'ordre juridique français. Cette limite procédurale pose, s'agissant des présents travaux, la question de la procédure applicable aux situations juridiques ayant produit leurs effets juridiques à l'étranger, mais non formalisées - soit à titre de validité soit dans un objectif probatoire - par un instrument considéré comme un acte authentique ou un jugement étranger.

570. La possibilité d'accès à la procédure d'*exequatur*, d'*exequatur* à toutes fins utiles - également appelée action en opposabilité - ou au contraire l'accès à l'action en inopposabilité, se révèle fondamentale, tant à l'égard des jugements étrangers que des instruments publics étrangers.

Tout d'abord, la procédure d'*exequatur* est absolument indispensable à l'attribution de la force exécutoire lorsqu'est poursuivie l'exécution forcée sur le territoire du for, sans laquelle elle se révèle impossible. Le maintien de l'accès à cette procédure, dès lors qu'est cherchée l'exécution forcée, apparaît indispensable.

Par ailleurs lorsque n'est pas poursuivie l'exécution forcée, l'accès à la procédure d'*exequatur* à toutes fins utiles est fondamental dans l'objectif de fixer définitivement les parties concernées sur la teneur des droits et obligations dont ils sont titulaires, et ainsi leur assurer une forme de sécurité juridique, en empêchant que le jugement étranger ou la situation juridique soient ultérieurement remis en cause, laissant ainsi les individus dans une éventuelle et insupportable incertitude quant à la réalité de leur situation juridique.

À cet égard, précisons que, mis à part les instruments qui ne sont pas considérés par l'ordre juridique français comme des instruments authentiques, le droit positif ne s'oppose globalement pas à l'application de ces procédures, tant en matière de jugements étrangers que d'instruments publics étrangers, comme la jurisprudence a eu l'occasion de l'affirmer.

571. Si la régularité internationale doit permettre à un jugement étranger ou à une situation juridique de produire pleinement ses effets normatifs, il faut toutefois concevoir que, à l'inverse, l'irrégularité internationale ne renvoie pas la norme considérée au néant. Celle-ci pourra être amenée à produire certains effets, certes limités, indépendants de la régularité internationale. Parmi ces effets on trouve l'effet de fait, l'effet de preuve ou l'effet de titre.

572. Enfin, s'agissant de la reconnaissance des effets liés à la régularité internationale de la norme étrangère, s'il est unanimement admis que ce sont les effets normatifs qui sont reconnus, deux thèses s'opposent : la thèse de l'extension des effets conformément au droit de l'État d'origine de la situation juridique ou la thèse de l'assimilation des effets conformément au droit de l'État de reconnaissance. La première semble favoriser le respect des objectifs internationaux, la seconde ceux du droit interne. Si l'une ou l'autre des thèses dispose d'arguments solides pour se défendre il apparaît, eu égard à la notion de cristallisation, que la reconnaissance doit se limiter aux effets tels qu'ils se sont déjà réalisés à l'étranger. Dans ces travaux, c'est en effet la cristallisation par la production des effets juridiques qui amène à proposer l'application de la méthode de la reconnaissance des situations. La reconnaissance d'efficacité ne peut donc que concerner nécessairement des effets qui se sont déjà réalisés ou produits à l'étranger et oriente en ce sens vers la reconnaissance des effets qui se sont déjà produits conformément au droit de l'État d'origine de la situation juridique, celui qui s'est effectivement appliqué à sa création.

## Chapitre 2. La contestation de l'acte

573. La régularité internationale des situations juridiques, déterminée par application de la méthode de la reconnaissance, n'empêche pas d'éventuelles contestations de s'élever. Celles-ci peuvent porter tant sur l'*instrumentum*, lorsque celui-ci est un instrument public étranger (Section 1), que sur la validité du *negotium* (Section 2)

### Section 1. La contestation de l'*instrumentum* public étranger

574. L'exercice de la procédure en inscription de faux constitue la modalité permettant de contester et s'opposer, par principe, aux effets d'un instrument public, que celui-ci résulte de l'intervention des organes de l'ordre juridique du for saisi ou qu'il s'agisse d'un instrument public étranger (Paragraphe 1). Toutefois, s'agissant des instruments publics étrangers, certaines limites s'opposent à la possibilité d'exercer une telle procédure (Paragraphe 2).

#### § 1. La procédure d'inscription de faux

575. L'objectif de la procédure d'inscription de faux est de pouvoir contester et éventuellement rapporter la preuve contraire des constatations réalisées par l'autorité publique et inscrites dans l'instrument qu'elle a dressé. En effet, si un acte public étranger dispose d'une force probante renforcée telle qu'on la connaît en droit interne en matière d'acte authentique, les parties peuvent se voir opposer l'impossibilité de rapporter la preuve contraire des éléments personnellement constatés par le tiers instrumentaire dans l'instrument qu'il dresse. Lorsque le système notarial étranger est équivalent au système français, il faut alors considérer l'acte étranger comme un acte authentique. La loi étrangère ou *lex loci actus* est susceptible d'accorder une force probante renforcée à ce type d'instrument. Pour contester ces actes - au sens d'instrument - en France il convient alors d'exercer une procédure d'inscription de faux<sup>1552</sup>. À cet égard, la

---

<sup>1552</sup> M. REVILLARD, Notaire [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 18 février 2020], janvier 2020, Dalloz, spéc. n° 24 - H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé. Tome II, Paris, LGDJ, 1983 (7<sup>ème</sup> édition), n° 708 - C. PAMBOUKIS, Acte public étranger (Internat.), Répertoire de droit international [en ligne], septembre 2019 [consulté le 14 octobre 2019], Dalloz, spéc. n° 156

contestation qui porte sur l'*instrumentum* public étranger relève de la compétence exclusive de la *lex auctoris* ou de la loi étrangère<sup>1553</sup>. Toutefois la possibilité d'exercer une telle action en France, s'agissant d'un instrument public étranger, connaît certaines limites importantes<sup>1554</sup>. Rappelons qu'en droit interne, conformément à l'article 1371 du Code civil, l'acte authentique fait foi de son origine et des faits réalisés ou personnellement constatés par l'officier public jusqu'à inscription de faux. À l'inverse, les faits ou actes que l'officier public n'aura pas personnellement constatés ne sont pas couverts par l'authenticité et ne font foi que jusqu'à leur preuve contraire.

576. C'est le même régime concernant les décisions de justice dont le contenu de l'acte est - contrairement aux actes notariés ou d'état civil par exemple - l'œuvre non pas des parties mais directement du tiers instrumentaire. En droit interne, conformément à l'article 457 du Code de procédure civile, « *le jugement a la force probante d'un acte authentique* ». Cela signifie qu'un jugement français fait preuve jusqu'à inscription de faux des actes et des faits qu'il énonce comme étant accomplis par le juge ou comme s'étant déroulés en sa présence<sup>1555</sup>. De ce point de vue, il est admis que, comme le jugement français, le jugement étranger dispose de la force probante indépendamment de sa régularité internationale ; ce qui signifie qu'il constitue un moyen de preuve susceptible d'être utilisé pour prouver les actes ou les faits qu'il relate. Il peut s'agir des actes ou faits accomplis par l'autorité instrumentaire elle-même - en règle générale le juge - ou des actes et faits réalisés devant elle et qu'elle aura personnellement constatés. Ainsi en tant qu'instrument public le jugement étranger fait foi jusqu'à inscription de faux des actes et faits constatés dans l'acte ou personnellement constatés par l'autorité publique<sup>1556</sup>.

577. La définition du faux n'est pas évidente puisque celui-ci ne renvoie pas à une réalité unique mais présente une double acception. Il convient de distinguer le faux matériel du faux intellectuel. Le premier consiste à modifier l'acte déjà établi ou à le fabriquer. Le second, le faux intellectuel, se réalise lorsque l'officier public introduit dans l'acte de fausses déclarations. L'un

---

<sup>1553</sup> C. PAMBOUKIS, Acte public étranger (Internat.), Répertoire de droit international [en ligne], septembre 2019 [consulté le 14 octobre 2019], Dalloz, spéc. n° 155

<sup>1554</sup> V. *Infra*, p. 385, n° 582

<sup>1555</sup> A. HUET, Fasc. 584-20 : EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS - Effets indépendants de la régularité internationale du jugement étranger [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 10 juillet 2020], 30 octobre 2015, Lexis360, spéc. n° 17

<sup>1556</sup> A. HUET, *op. cit.*, spéc. n° 18

et l'autre sont susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'inscription de faux<sup>1557</sup>.

578. Si le Code de procédure civile ancien portait interrogation sur l'applicabilité de la procédure à l'encontre des actes sous-seing privé, le législateur de 1973 est venu lever ces doutes. La législation prévoit bien évidemment l'applicabilité de la procédure à l'égard des instruments authentiques (Articles 303 et suivants du Code de procédure civile) mais également des instruments réalisés sous-seing privé (Articles 299 et suivants du Code de procédure civile). On peut s'interroger sur l'intérêt et la portée pratique d'une telle solution dans la mesure où les actes sous signature privée peuvent être contestés par la procédure de vérification d'écriture<sup>1558</sup>. Au regard de ces interrogations, certains auteurs vont plus radicalement jusqu'à affirmer que la procédure d'inscription de faux ne s'applique qu'aux seuls actes authentiques : ainsi les actes notariés, les actes de l'état civil, les actes d'huissier de justice, les actes du greffier ainsi que les actes du juge et les actes des commissaires-priseurs judiciaires<sup>1559</sup>.

579. Le Code de procédure civile contient trois dispositions communes à la procédure d'inscription de faux, qu'elle soit réalisée à titre incident ou à titre principal. Ces dispositions se retrouvent aux articles 303 à 305 du Code de procédure civile. Elles tendent notamment à manifester la gravité de la démarche entreprise qui vise à reprocher à un acte authentique de contenir des mentions fausses<sup>1560</sup>. En matière de compétence juridictionnelle, pour connaître de la procédure, les solutions sont prévues par l'article 286 du Code de procédure civile. Lorsque la procédure d'inscription de faux est réalisée à titre incident, la juridiction compétente est la juridiction saisie pour autant qu'il s'agisse du tribunal judiciaire ou de la Cour d'appel. De même lorsque la procédure d'inscription de faux est réalisée à titre principal, la compétence est reconnue au tribunal judiciaire. Que la procédure soit réalisée à titre incident ou à titre principal, le demandeur est tenu de respecter la procédure prévue. Ainsi, comme le prévoient l'article 306 du Code de procédure civile en matière d'incident de faux et l'article 314 en matière de faux à titre principal, l'inscription de faux est formée par acte remis au greffe par la partie ou son mandataire. L'acte doit être établi en double exemplaire et préciser les moyens sur lesquels le demandeur s'appuie pour

---

<sup>1557</sup> J-P. LACROIX-ANDRIVET, Pièces, *in* Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen 2017/2018, Dalloz, Sous la direction de S. Guinchard, 2016 (9ème édition), p. 1167 s., spéc. p. 1178, n° 341.121

<sup>1558</sup> J-P. LACROIX-ANDRIVET, *op. cit.*, spéc. p. 1178, n° 341.91 s.

<sup>1559</sup> I. TALLON, R. MARTIN et V. MIKALEF-TOUDIC, Fasc. 700-30 : INSCRIPTION DE FAUX [en ligne], Jurisclasseur Procédure civile, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 19 février 2020], 21 mars 2019, Lexis360, spéc. n° 11

<sup>1560</sup> J-P. LACROIX-ANDRIVET, *op. cit.*, spéc. p. 1179, n° 341.123

établir le faux. L'un des exemplaires est immédiatement versé au dossier de l'affaire tandis que l'autre est remis à la partie demanderesse en vue de la dénonciation de l'inscription au défendeur qui doit se faire dans le mois suivant l'inscription. En matière d'inscription de faux à titre principal, l'article 314 alinéa 2 du Code de procédure civile précise que la copie de l'acte d'inscription est jointe à l'assignation qui contient sommation pour le défendeur de déclarer s'il entend ou non se prévaloir de l'acte litigieux. Enfin, l'alinéa 3 de l'article 314 prévoit que l'assignation doit être faite dans le mois de l'inscription à peine de caducité. Pour forger sa conviction sur la fausseté de l'instrument, le plus souvent le tribunal va recourir à une mesure d'instruction telle que l'enquête, l'expertise ou la comparution personnelle des parties<sup>1561</sup>.

580. Le jugement statuant sur l'inscription de faux prend la forme d'un jugement contentieux disposant de l'autorité de la chose jugée. Il peut toutefois faire l'objet de voies de recours visant à réformer la décision et notamment subir l'exercice de l'appel. Le jugement peut soit déclarer la pièce fausse, soit rejeter la procédure d'inscription de faux. Dans le premier cas l'acte authentique jugé faux perd sa force probante ainsi que son éventuelle force exécutoire en plus de voir le jugement de faux mentionné en marge de l'acte concerné. Dans le cas contraire, si la procédure d'inscription de faux est rejetée, non seulement l'acte conserve ses attributs que sont la force probante et la force exécutoire mais plus encore, il se voit renforcé par l'autorité de la chose jugée désormais attachée à l'authenticité de l'instrument à travers la décision de justice qui aura été rendue<sup>1562</sup>.

Au-delà des effets du jugement sur l'instrument lui-même, le jugement déclarant la pièce fausse est susceptible d'entraîner la responsabilité pénale de l'officier public instrumentaire dans le cadre d'une procédure pénale parallèle à la procédure civile de faux<sup>1563</sup>. De même, le jugement rejetant l'inscription de faux est susceptible de donner lieu à la sanction d'une amende civile à l'égard du demandeur à la procédure rejetée, ainsi que le versement de dommages et intérêts au défendeur, mais également éventuellement à l'officier public qui aura vu son honneur mis en cause<sup>1564</sup>.

581. Si la réglementation de la procédure d'inscription de faux offre une compréhension relativement aisée de son fonctionnement et de son régime, dans l'ordre international la possibilité d'exercer une telle procédure se voit opposer certaines limites relevant principalement de l'interférence des règles du droit international public. Le droit des gens engendre

<sup>1561</sup> I. TALLON, R. MARTIN et V. MIKALEF-TOUDIC, *op. cit.*, spéc. n° 68 s.

<sup>1562</sup> I. TALLON, R. MARTIN et V. MIKALEF-TOUDIC, *op. cit.*, spéc. n° 74 s.

<sup>1563</sup> I. TALLON, R. MARTIN et V. MIKALEF-TOUDIC, *op. cit.*, spéc. n° 39 s.

<sup>1564</sup> I. TALLON, R. MARTIN et V. MIKALEF-TOUDIC, *op. cit.*, spéc. n° 77 s.

en effet d'irréductibles limites à l'exercice d'une procédure d'inscription de faux à l'encontre d'instruments publics étrangers.

## § 2. Les limites à l'exercice de la procédure d'inscription de faux

582. La possibilité d'exercer une procédure d'inscription de faux visant à l'annulation d'un instrument public étranger connaît des limites. Celles-ci proviennent de l'interférence des règles de droit international public dans les relations privées internationales, c'est-à-dire dans le droit international privé<sup>1565</sup>. Ces limites se résument en ce que la contestation portant sur la validité de l'*instrumentum* public étranger est de la compétence exclusive de la *lex auctoris*, l'État d'accueil devant se contenter de le déclarer inopposable ou, au contraire, opposable<sup>1566</sup>.

583. Il résulte en effet d'un important arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 2001<sup>1567</sup> que le juge français ne peut pas annuler un acte notarié étranger en raison de la fraude du notaire étranger<sup>1568</sup>. Les faits de l'affaire concernaient un français décédé à Rome, et ayant rédigé un testament reçu par un notaire italien instituant légataire universelle son épouse, également française. La nièce du *de cuius*, exhérédée, entendait de son côté contester la signature du testateur apposée sur l'acte. Le dispositif rendu par la Cour de cassation ce jour-là est le suivant :

584. « *Attendu que par motifs propres et adoptés, l'arrêt relève que n'étaient discutées ni la régularité formelle de l'acte public, ni la légalité de l'acte juridique qu'il constatait, mais la sincérité et la réalité même des énonciations qu'il contenait et, par conséquent, la fraude de l'officier instrumentaire qui aurait faussement rapporté ses constatations personnelles et attesté des déclarations du testateur ; que l'arrêt retient encore exactement que même dans le cas où la fraude serait établie, le juge français n'a le pouvoir ni d'annuler l'acte public étranger ni de prendre les mesures requises de mention en marge de l'acte faux et d'injonction à l'officier public étranger dépositaire de l'acte litigieux ; qu'ainsi, sans dénaturer les conclusions additionnelles, la cour d'appel, qui a statué dans la limite de sa saisine en inscription de faux et de sa compétence et s'est bornée à énoncer que seules les juridictions italiennes étaient*

<sup>1565</sup> V. F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, 1977, Pedone, p. 85 s. - P. MAYER, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence* : *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 349 s., spéc. n° 54 s.

<sup>1566</sup> C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. n° 155

<sup>1567</sup> Civ., 1re, 20 Mars 2001 : H. MUIR-WATT, *Du juge compétent pour annuler un testament dressé par un notaire italien et argué de faux*, *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 697 s.

<sup>1568</sup> P. CALLÉ, Fasc. 310 : ACTE NOTARIÉ. - Acte notarié établi à l'étranger (droit international privé) [en ligne], *Jurisqueur Notarial Formulaire*, Encyclopédies JurisClasseur, 15 octobre 2015 (Mis à jour le 26 mars 2019) [consulté le 5 août 2020], Lexis360, n° 20

*compétentes pour prononcer l'annulation sollicitée par Mme X..., a légalement justifié sa décision ».*

585. En substance, la Cour de cassation décide que dès lors que ne sont discutées ni la régularité formelle d'un acte public instrumenté par une autorité publique étrangère, en l'espèce un notaire italien, ni la légalité de l'acte juridique qu'il constate, mais la sincérité et la réalité même des énonciations, c'est-à-dire la fraude de cet officier public étranger, les juridictions de l'ordre juridique ayant institué l'autorité en question, en l'espèce les juridictions italiennes, sont compétentes pour prononcer l'annulation de l'acte. Le juge français n'a ni le pouvoir d'annuler un acte public étranger, ni de prendre les mesures requises de mention en marge de l'acte faux et d'injonction à l'officier public étranger dépositaire de l'acte litigieux. Si le dispositif de l'arrêt ne le mentionne pas directement, il semble que cette possibilité relève de la compétence exclusive des autorités ayant institué l'autorité publique étrangère, en l'espèce les autorités italiennes.

586. Ainsi toute procédure qui vise à contester la sincérité d'un acte apparemment valable doit alors être menée devant les juridictions du pays d'où provient cet acte et auquel appartient l'officier public étranger<sup>1569</sup>. Dans l'affaire présentée la contestation ne porte en effet pas sur la question de la validité au regard de la loi applicable à la forme de l'acte juridique mais vise à contester la sincérité de l'autorité publique lors de l'exercice de ses fonctions<sup>1570</sup>. Comme le précise Horatia Muir-Watt « *lorsque les formes locales ont été respectées, la garantie liée à l'intervention d'un organe s'exprimant au nom de l'État étranger ne peut être contestée qu'au moyen d'un « acte d'autorité » à l'égard de l'organe public qu'il appartient seul à cet État d'émettre* »<sup>1571</sup>. Ainsi l'intervention de l'autorité publique étrangère reposant sur une délégation partielle de souveraineté de l'État étranger à l'organe public qu'il a institué, le juge français n'a pas le pouvoir de remettre en cause la présomption de véracité qu'un État étranger accorde à un acte régulièrement dressé par l'un de ses organes<sup>1572</sup>. Précisons enfin que le règlement *Bruxelles I* ne s'appliquant pas en matière de testament, l'affaire du 20 mars 2001 relevait du droit commun. Il s'agit donc d'une solution de droit commun.

<sup>1569</sup> P. CALLÉ, *op. cit.*, n° 20 s.

<sup>1570</sup> P. CALLÉ, L'acte authentique établi à l'étranger : validité et exécution en France [en ligne], Rev. crit. DIP, 2005 [consulté le 8 août 2020], Dalloz, p. 377 s., spéc. n° 16 - P. CALLÉ, Fasc. 310 : ACTE NOTARIÉ. - Acte notarié établi à l'étranger (droit international privé) [en ligne], *op. cit.*, spéc. n° 23

<sup>1571</sup> Civ., 1re, 20 Mars 2001 : H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 697 s., spéc. n° 6

<sup>1572</sup> P. CALLÉ, L'acte authentique établi à l'étranger : validité et exécution en France [en ligne], *op. cit.*, spéc. n° 16



587. La Cour de cassation a pu réaffirmer cette solution selon laquelle l'acte notarié établi à l'étranger, considéré de la même manière qu'un acte notarié établi en France, dispose de la force probante en France sauf aux parties à introduire une procédure d'inscription de faux dans l'ordre juridique auquel appartient l'autorité ayant instrumenté l'acte. Dans cette seconde affaire, concernant également une succession, un notaire portugais mentionnait dans l'acte qu'il établissait que chaque héritier avait donné procuration à un mandataire qui avait signé l'acte en son nom. Ces mentions inscrites dans l'acte par le notaire instrumentaire étaient contestées. En accord avec sa jurisprudence antérieure, la haute juridiction va confirmer la force probante des affirmations du notaire portugais contenues dans l'acte, lesquelles ne pouvaient être remises en cause que par la procédure d'inscription de faux<sup>1573</sup>. Ni la régularité formelle ni la légalité n'étant mises en cause, les mentions introduites dans l'acte par le notaire étranger ont force probante en France, sauf pour les parties à introduire une procédure d'inscription de faux dont, conformément à la décision du 20 mars 2001 précitée, seules les juridictions portugaises sont compétentes pour en connaître<sup>1574</sup>.

588. Cette solution découle des règles de droit international public et de l'interdiction d'ingérence au sein d'une souveraineté étrangère. En effet, le respect des souverainetés étrangères, que le droit international public impose, interdit en France une procédure d'inscription de faux si elle devait conduire à l'annulation de l'*instrumentum* public étranger, ou à une injonction faite à un officier public étranger. Dans le cas contraire, il y aurait une immixtion dans le fonctionnement des services publics d'un autre État<sup>1575</sup>. « *La réformation ordonnée [...] constitue un acte de contrainte institutionnelle, par lequel l'organe du pouvoir judiciaire adresse une injonction à une autorité* »<sup>1576</sup>. Or cette injonction est inenvisageable à l'encontre d'un organe étranger sans une inévitable immixtion dans le fonctionnement des services publics de l'État étranger, auquel l'organe appartient. Le caractère à la fois étranger et public, limite les possibilités et permet seulement de déclarer l'acte public étranger inopposable, mais non pas de prononcer son annulation<sup>1577</sup>. C'est la même problématique qui se présente s'agissant de la rectification des actes d'état civil étrangers qui n'ont pas été transcrits

<sup>1573</sup> Civ. 1re, 18 mars 2015, n° 13-28.173

<sup>1574</sup> P. CALLÉ, Force probante d'un acte authentique établi au Portugal [en ligne], Defrénois [Consulté le 6 août 2020], 2015, Lextenso, p. 887 s., n° 17

<sup>1575</sup> P. CALLÉ, L'acte authentique établi à l'étranger : validité et exécution en France [en ligne], *op. cit.*, spéc. n° 16 - P. CALLÉ, Fasc. 310 : ACTE NOTARIÉ. - Acte notarié établi à l'étranger (droit international privé) [en ligne], *op. cit.*, spéc. n° 23 - P. CALLÉ, L'acte public en droit international privé, Thèse, Economica, 2004, Préface de P. Mayer, p. 325 s., n° 624

<sup>1576</sup> F. RIGAUX, *op. cit.* n° 54 s.

<sup>1577</sup> C. PAMBOUKIS, L'acte public étranger en droit international privé, Thèse, LGDJ, 1993, Préface de P. Lagarde, p. 318 s., n° 471 s.

sur les registres français. Même si certaines décisions ont pu autoriser une telle rectification - dont la sanction se révèle incertaine, les autorités étrangères étant libres de ne pas en tenir compte - l'instruction générale de l'état civil en interdit le principe (n° 182-3)<sup>1578</sup>.

589. Enfin, il semble que cette solution soit également celle retenue par le droit européen. Ainsi, toute contestation portant sur l'authenticité d'un acte authentique relève de la compétence des juridictions de l'État membre d'origine, lesquelles statuent en vertu de la loi de cet État. Cette solution est prévue, notamment, par le règlement « *successions* » (Article 59 2.), « *régimes matrimoniaux* » (Article 58 2.) ou encore « *effets patrimoniaux des partenariats enregistrés* » (Article 58 2.) Dès lors, la possibilité d'engager une procédure d'inscription de faux au sein de l'État requis connaît une limite importante en droit de l'Union européenne, celle-ci réside dans le fait que cet État doit être l'État d'origine de l'acte authentique. Les autorités de l'État compétent appliqueront leur propre loi, c'est-à-dire la *lex auctoris*, ou *lex loci actus*. Cette solution apparaît correspondre à celle du droit commun préalablement présentée. Précisons que c'est bien évidemment la même solution qui s'applique à propos des jugements étrangers, pour lesquels le contenu de l'acte n'est pas l'œuvre des parties privées mais de l'autorité publique elle-même<sup>1579</sup>.

590. Les juridictions françaises ne peuvent ainsi annuler un acte public étranger ou enjoindre à l'autorité publique étrangère de rectifier ou modifier l'acte dont elle est dépositaire, qu'il s'agisse d'un jugement étranger ou d'un acte public étranger. Cela relève exclusivement de la compétence des juridictions de l'ordre juridique d'origine auquel appartient cette autorité. En revanche, si une partie entend contester la validité du contenu d'un acte authentique étranger, elle pourra s'adresser aux tribunaux français (dans les mêmes limites que s'il s'agissait d'un instrument privé<sup>1580</sup>, et notamment sous réserve du respect des règles de compétences internationales directes des juridictions françaises dans l'ordre international) pour connaître de l'action en nullité du contenu.

---

<sup>1578</sup> M. REVILLARD, Actes de l'état civil [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 8 août 2020], janvier 2013 (actualisation juin 2020), Dalloz, n° 93 s.

<sup>1579</sup> A. HUET, *op. cit.*, spéc. n° 18

<sup>1580</sup> P. CALLÉ, L'acte authentique établi à l'étranger : validité et exécution en France [en ligne], *op. cit.*, spéc. n° 14

## Section 2. La contestation de la validité du *negotium*

591. La contestation ou le contrôle de la validité d'un acte juridique, au sens de *negotium*, est susceptible de porter tant sur le fond que sur la forme, que l'acte soit un acte sous signature privée ou qu'il s'agisse d'un acte authentique. Dans l'ordre interne, comme dans l'ordre international, la possibilité de contester la validité d'un acte authentique contient certaines limites. Suivant la nature de l'instrument considéré, il est possible ou non de contester la validité du rapport de droit contenu dans l'instrument public. Il convient alors de déterminer les actes susceptibles d'être contestés dans leur contenu (Paragraphe 1). Une fois les limites établies, pourra alors être étudié l'exercice de l'action en nullité (Paragraphe 2).

### § 1. Les actes susceptibles d'être contesté dans leur contenu

592. En droit interne, les décisions de justice sont généralement revêtues de l'autorité de la chose jugée, empêchant que la cause portant sur un objet que le jugement a tranché ne soit indéfiniment débattue et remise en question entre les parties. Dans l'ordre international, les jugements étrangers ne disposent pas de l'autorité de la chose jugée avant que la décision étrangère n'ait été déclarée régulière par la procédure d'*exequatur*. Selon que le jugement étranger dispose ou non de l'autorité *de plano* en France, cette procédure devra se réaliser *a priori*, ou bien alors *a posteriori* et lever tout doute pesant sur la régularité du jugement étranger<sup>1581</sup>. Toutefois, en matière de reconnaissance d'efficacité des jugements étrangers, il existe aujourd'hui un principe, n'ayant pas toujours été de droit positif, mais désormais fortement ancré en droit commun. Il s'agit de l'impossibilité pour le juge de l'*exequatur* de procéder à la révision au fond du jugement étranger<sup>1582</sup>. Cette limite exclut la possibilité de contester la validité du rapport juridique contenu dans un jugement étranger. La révision au fond consiste à procéder au contrôle de l'application du droit aux faits qui lui étaient présentés, par le juge étranger. C'est l'arrêt *Munzer* rendu par la Cour de cassation le 7 janvier 1964 qui vient définitivement mettre un terme au système de la révision au fond des jugements étrangers instauré initialement par l'arrêt *Parker*<sup>1583</sup>. Le dispositif de l'arrêt établit clairement que les conditions d'efficacité du jugement étranger qu'il retient constituent « *en toute matière à la fois l'expression et la limite du pouvoir de contrôle du juge chargé de rendre exécutoire en France*

<sup>1581</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ et B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, 2019 (12<sup>ème</sup> édition) p. 307, n° 443

<sup>1582</sup> V. *Supra*, p. 117 s., n° 175 s.

<sup>1583</sup> V. *Supra*, p. 117 s., n° 175 s.

*une décision étrangère, sans que ce juge doive procéder à une révision au fond de la décision* ». La Cour de cassation contrôle et rappelle régulièrement à l'ordre les juridictions du fond en leur rappelant leurs devoirs<sup>1584</sup>. Dès lors, l'interdiction de la révision au fond entraîne la conséquence suivante : même lorsque le juge français considère que la décision étrangère a été mal rendue en fait ou en droit, il ne peut refuser de la reconnaître et lui accorder l'*exequatur* que lorsque se trouve violée l'une des conditions posées pour la reconnaissance des jugements étrangers<sup>1585</sup>, lesquelles, rappelons-le sont aujourd'hui au nombre de trois en droit commun : la compétence indirecte de la juridiction étrangère, l'absence de contrariété à l'ordre public international du jugement étranger et l'absence de fraude.

593. À ce sujet, la solution retenue par l'arrêt *Munzer* quant à la révision au fond n'implique nullement que la révision aux fins de contrôle soit illicite. Si tel était le cas, cela reviendrait à priver effectivement le juge de son pouvoir de contrôle. Ainsi en droit commun le juge conserve la possibilité de réexaminer en fait, et le cas échéant en droit, la décision étrangère afin de vérifier le respect des conditions de régularité<sup>1586</sup>. La Cour de cassation a pris soin de préciser l'objet de la prohibition édictée par la jurisprudence *Munzer* qui concerne exclusivement la révision au fond de la décision<sup>1587</sup> ; mais elle ne concerne pas nécessairement le réexamen en fait, et le cas échéant en droit, du jugement étranger afin de permettre au juge d'exercer son pouvoir de contrôle du respect des conditions de régularité et d'efficacité internationale du jugement étranger. Donc, tout ce qui est exclu du pouvoir du juge concerne les appréciations de fait et applications de droit qui ont permis de trancher le litige dans son aspect matériel<sup>1588</sup>. C'est donc la révision au fond des jugements étrangers qui est prohibée. En résumé, le périmètre interdit est celui où s'inscrivent les appréciations de fait et l'application des règles de droit dans leur rapport avec le dispositif de la décision, c'est-à-dire la détermination des droits et obligations respectifs des parties, opérée par le tribunal étranger<sup>1589</sup>.

---

<sup>1584</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 2009, n° 07-17.194 : L. D'AVOUT, *Exequatur* et révision au fond du jugement étranger, Rev. crit. DIP, 2009, p. 331 s. - P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 194 - A. HUET, Fasc. 584-40 : EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS SUBORDONNÉS À LEUR RÉGULARITÉ INTERNATIONALE - Objet du contrôle : les conditions de la régularité internationale [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 10 juillet 2020], 27 mai 2020, Lexis360, n° 3

<sup>1585</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 195

<sup>1586</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 196 s. - A. HUET, *op. cit.*, n° 3

<sup>1587</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 2006 (5<sup>ème</sup> édition), p. 370, n° 20

<sup>1588</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 370, n° 20

<sup>1589</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 370, n° 20

594. Il convient de préciser que cette solution de droit commun se retrouve habituellement en droit de l'Union européenne, dans les domaines investis par cette dernière. Ainsi, on peut dire que l'interdiction de réviser au fond les jugements étrangers provenant d'un État membre de l'Union européenne est, par principe, prohibé par le droit européen. Cette solution se retrouve, par exemple, tant dans le règlement « *successions* » (Article 41), que « *Bruxelles I bis* » (Article 52), « *Bruxelles II bis* » (Article 26), « *régimes matrimoniaux* » (Article 40) ou encore « *effets patrimoniaux des partenariats enregistrés* » (Article 40). Concernant ce dernier règlement, l'article 40, qui résume en substance l'interdiction telle qu'elle relève également de l'ensemble de ces règlements, prévoit, on ne peut plus clairement, qu'en : « *Aucun cas une décision rendue dans un État membre ne peut faire l'objet d'une révision quant au fond* ».

595. Si le dispositif des jugements étrangers - en ce qui concerne l'appréciation des faits et l'application du droit qui en a découlé - se révèle intouchable (au risque d'aboutir à une révision au fond du jugement étranger, prohibée tant par la Cour de cassation en droit commun, que par le droit de l'Union européenne) ce n'est pas le cas des actes juridiques n'étant pas des décisions de justice étrangères. Ceux-ci en effet demeurent assujettis à la critique quant à l'application du droit aux faits. En l'absence d'autorité publique instrumentaire lors de la réalisation d'un acte juridique ou lorsque celle-ci a seulement instrumenté un *negotium* juridique qui demeure l'œuvre des particuliers, l'efficacité en France de l'instrument est indépendante de l'efficacité du *negotium*<sup>1590</sup>. À cet égard rappelons que ce qui caractérise la décision de justice c'est la fonction volitive assurée par le tiers instrumentaire qui, au travers de la manifestation de volonté et du pouvoir souverain d'appréciation dont il dispose, est l'auteur du contenu du jugement dans le cadre de la mission qui lui est confiée. L'acte juridictionnel dispose ainsi d'un caractère complet<sup>1591</sup> auquel peuvent être adjoints par la loi certains attributs comme l'autorité de la chose jugée<sup>1592</sup>. Ce n'est pas le cas des autres instruments juridiques pour lesquels, même s'il s'agit d'instruments publics - à titre de validité du *negotium* ou réalisés dans un objectif probatoire -, le contenu demeure l'œuvre des particuliers. L'officier ministériel, à la différence du juge, n'est pas tenu de dire le droit. Ainsi, qu'il s'agisse d'actes publics étrangers n'étant pas des décisions de justice ou d'actes sous signature privée, les uns comme les autres n'ont pas été purgés des vices éventuels qu'ils sont susceptibles de contenir, contrairement aux décisions de justice. Les rapports juridiques qu'ils formalisent

---

<sup>1590</sup> V. *Supra*, p. 132, n° 202

<sup>1591</sup> V. *Supra*, p. 40 s., n° 48 s.

<sup>1592</sup> V. *Supra*, p. 99 s., n° 144 s.

demeurent soumis à l'exercice d'une possible action en nullité.

## § 2. L'action en nullité

596. Le contrôle de la validité des situations juridiques internationales représente sans aucun doute un élément fondamental de l'application de la méthode de la reconnaissance des situations. Il donne à la méthode son caractère véritablement distinctif par rapport à la méthode conflictuelle classique<sup>1593</sup>. En effet, si les actes juridiques n'étant pas des décisions de justice sont susceptibles de contestation quant à la validité de leur contenu, il apparaît que l'une des conséquences immédiates de l'application de la méthode de la reconnaissance des situations est nécessairement la suppression du recours à la méthode conflictuelle, suivant les règles de conflit du for, pour déterminer la validité du contenu d'une situation juridique.

597. Le contrôle de la validité des situations juridiques, suivant la loi désignée par la règle de conflit de lois du for est de nature, comme dans l'hypothèse où ce contrôle serait intégré aux conditions de régularité internationale des situations juridiques<sup>1594</sup>, à ruiner l'ensemble de la proposition réalisée. À l'image des éléments justifiant l'exclusion du contrôle de la loi applicable parmi les conditions de l'efficacité substantielle des situations juridiques, une telle solution n'aboutirait, alors, pas véritablement en un renouvellement des méthodes en matière de circulation internationale des situations juridiques. Il ne s'agirait, dans ce cas, que de l'application conjointe ou cumulative des deux méthodes de principe en droit des conflits en droit international privé : à la fois la méthode de la reconnaissance d'efficacité et la méthode du conflit de lois<sup>1595</sup>.

598. Il apparaît que le contrôle de la validité au regard de la loi désignée par la règle de conflit du for doit alors être impérativement exclu s'agissant de la mise en œuvre de la proposition, au risque de faire disparaître tout intérêt à la méthode de la reconnaissance des situations. L'alternative provocante qui semble appropriée consiste alors en un contrôle de la validité suivant le droit de l'État d'origine, qui s'est effectivement appliqué. Il constitue le droit à l'origine de la création de la situation juridique, celui lui ayant donné corps<sup>1596</sup>.

---

<sup>1593</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Thèse dactyl., Paris II, 2017, p. 319, n° 321

<sup>1594</sup> V. *Supra*, p. 342 s., n° 510 s.

<sup>1595</sup> V. *Supra*, p. 342 s., n° 510 s.

<sup>1596</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, p. 320, n° 323 - P. LAGARDE, *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ?*, RCADI, 2014 (Vol. 371), p. 19 s., spéc. p. 31

599. À cet égard, il semble que pour certains auteurs le contrôle de la validité conformément au droit de l'État d'origine de la situation juridique fasse partie intégrante des conditions de régularité et ainsi d'efficacité. Elle apparaît s'exprimer par une exigence de validité au sein de l'État d'origine de la situation juridique, voire même par une exigence de célébration ou d'enregistrement valable<sup>1597</sup>. Pour autant, il ne semble pas qu'un tel contrôle de validité doive nécessairement être inclus aux conditions requises par la méthode de la reconnaissance des situations pour déterminer leur régularité et leur efficacité. En effet, les situations juridiques (comme tout rapport de droit) sont présumées valables tant qu'aucune action en nullité initiée par toute personne y ayant intérêt, et prononcée judiciairement, n'a abouti<sup>1598</sup>. La situation juridique bénéficie d'une présomption de validité. Il n'est donc pas indispensable de réaliser un contrôle de la validité parmi les conditions de reconnaissance d'efficacité, la présomption dont bénéficie la situation juridique lui assurant, *a priori*, un rayonnement international<sup>1599</sup>. Seule l'initiative de personnes y ayant intérêt, par une action, par exemple en nullité, distincte de l'action en reconnaissance d'efficacité ou en *exequatur*, est à même d'aboutir à la démonstration de la nullité de la situation juridique. En l'absence d'une telle action, celle-ci conserve sa présomption.

600. La méthode de la reconnaissance n'exclut bien entendu pas l'éventualité de la contestation de la validité de la situation, toutefois « *le problème de la reconnaissance est distinct de celui de la validité* »<sup>1600</sup>. Il convient alors de traiter ces problèmes distinctement. Pour cette raison il est permis de penser que la question de la reconnaissance d'efficacité ne suppose pas nécessairement la résolution de la question de la validité conformément au droit de l'État d'origine parmi les conditions de régularité des situations juridiques. La question de la validité de la situation juridique doit être traitée distinctement. Il convient en ce sens d'adhérer au principe suivant lequel, dans le cadre de la proposition réalisée, le seul contrôle de validité qui puisse exister, s'agissant des situations juridiques internationales, quelle qu'en soit la circonstance, doit se réaliser conformément au droit de l'État d'origine. Il n'apparaît pas pour autant qu'il faille intégrer ce contrôle aux conditions de la reconnaissance d'efficacité des situations juridiques. Il est envisageable de distinguer d'un côté le problème de l'efficacité internationale - qui constitue le problème de droit international privé soulevé par les situations juridiques internationales, résolu à travers l'application de la méthode de la reconnaissance et l'instauration de conditions de régularité, qui ne suppose pas

<sup>1597</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, p. 320, n° 323

<sup>1598</sup> V. *Supra*, p. 132 s., n° 202 s.

<sup>1599</sup> V. *Supra*, p. 132 s., n° 202 s.

<sup>1600</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 30

obligatoirement un contrôle de validité, laquelle est présumée - et de l'autre, le problème de la validité. Pour autant, ce contrôle de validité, s'agissant de la proposition réalisée, doit s'effectuer conformément au droit de l'État d'origine de la situation et non conformément à la loi désignée par la règle de conflit du for. Cette solution découle d'un double constat. Non seulement le problème de validité du contenu ne constitue pas un problème de droit international privé mais un problème de droit privé s'agissant des situations juridiques. En effet, le problème de droit international privé posé par les situations juridiques est un problème d'efficacité internationale résolu par application de la méthode de la reconnaissance. De ce point de vue il est inadapté de leur appliquer les solutions qui correspondent à un problème de droit international privé qu'elles ne soulèvent pas, la question du choix de la loi applicable. Il convient donc de déterminer la validité de la situation juridique conformément au droit qui s'est effectivement appliqué à sa constitution. Plus encore, contrôler la validité du contenu de la situation juridique sur le fondement de la loi désignée par la règle de conflit de lois du for est à même de ruiner l'éventualité de la méthode de la reconnaissance des situations. Dans ce cas en effet la validité - et ainsi l'efficacité - demeure soumise au respect des règles de conflit de lois du for, comme c'est le cas actuellement en droit positif. Comme établi préalablement, il apparaît que, pour les raisons évoquées, l'une des conséquences immédiates de la proposition réalisée consiste, inévitablement, en la remise en cause d'un des principes le mieux établi en droit international privé : le contrôle de la validité d'un rapport de droit conformément à la loi désignée par la règle de conflit de lois du for au profit de la loi désignée par le droit international privé de l'État d'origine de la situation ou autrement dit du droit qui s'est effectivement appliqué.

601. Enfin, dans le cas où interviendrait l'annulation d'un acte à l'étranger, postérieurement à son *exequatur* en France, il est tout à fait envisageable, comme c'est le cas en droit positif s'agissant des jugements étrangers, que cette annulation puisse rendre le jugement d'*exequatur* caduc<sup>1601</sup>. Cela concerne, par exemple la perte d'objet du jugement d'*exequatur*. Pour conclure, précisons que bien évidemment l'action en nullité est à même de porter tant sur le fond que sur la forme de l'acte juridique, au sens de *negotium*. Rappelons enfin que l'éventualité d'une telle action en France reste cependant soumise aux règles de compétences juridictionnelles internationales directes. Ainsi en droit commun, suivant la catégorie juridique considérée, les juridictions françaises seront compétentes si elles disposent, conformément aux règles ordinaires de compétence internationale directe des juridictions, de la compétence internationale pour connaître du

---

<sup>1601</sup> V. *Supra*, p. 132 s., n° 202 s.



litige<sup>1602</sup>.

---

<sup>1602</sup> V. A. HUET, Fasc. 581-20 : COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX FRANÇAIS À L'ÉGARD DES LITIGES INTERNATIONAUX. - Compétence internationale ordinaire. - Principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale interne [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 10 septembre 2020], 13 avril 2018, Lexis360 - H. GAUDEMET-TALLON, Compétence internationale : matière civile et commerciale [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 5 août 2020], mars 2019 (actualisation juin 2020), Dalloz

## Conclusion du chapitre 2

602. L'application de la méthode de la reconnaissance des situations n'empêche pas toute contestation de l'acte juridique par toute personne y ayant intérêt. Celle-ci, est à même de porter sur la régularité formelle de l'instrument lorsque celui-ci est l'œuvre d'une autorité publique étrangère. Elle est également, à l'inverse de la solution concernant les jugements étrangers, susceptible de porter sur le contenu du rapport de droit. Pour autant les possibilités de contestation d'un acte juridique, tant au sens d'*instrumentum* que de *negotium*, ne sont pas sans limites.

603. S'agissant des instruments publics étrangers, dès lors que le système étranger et le rôle joué par le tiers instrumentaire sont équivalents à ce que connaît le système français il convient de considérer et de qualifier l'acte étranger comme un acte authentique. Par conséquent, la possibilité de contester les éléments constatés dans un instrument public étranger doit parfois emprunter, comme s'il s'agissait d'un instrument authentique français, la procédure d'inscription de faux. Toutefois, la possibilité d'exercice d'une telle action à l'encontre d'un instrument public étranger se voit opposer certaines limites, provenant pour l'essentiel de l'interférence du droit international public et du droit privé. L'important arrêt rendu le 20 mars 2001 par la Cour de cassation illustre ces limites. À cette occasion la haute juridiction énonce que l'intervention d'un organe public étranger repose sur une délégation partielle de souveraineté. À cet égard, dès lors que ne sont remis en cause ni la légalité ni la régularité formelle de l'instrument, mais la sincérité de l'organe étranger, les juridictions françaises ne peuvent connaître de l'action en inscription de faux visant l'instrument étranger. Dès lors que la régularité formelle n'est pas concernée, le juge français ne dispose pas du pouvoir de remettre en cause la présomption de véracité accordée par un État étranger à l'instrument dressé régulièrement par l'un de ses organes. Il ne dispose pas non plus du pouvoir d'émettre un acte d'autorité à l'encontre de cet organe, cette prérogative n'appartenant qu'à l'ordre juridique étatique l'ayant institué. Ces limites relèvent du droit international public et du respect des souverainetés étatiques. Comme l'illustre l'arrêt commenté, ces considérations constituent les limites à l'exercice de la procédure d'inscription de faux contre un instrument public étranger.

604. S'agissant de la contestation de la validité du contenu d'un acte juridique il existe un principe, désormais fortement ancré, qui veut que dès lors que le contenu de l'acte, *negotium*, est l'œuvre de l'activité du juge étranger, celui-ci ne peut faire l'objet d'aucune révision au fond. Si ce principe a peu à peu émergé dans l'histoire jurisprudentielle, il est définitivement consacré par la

Cour de cassation en 1964 à l'occasion du fameux arrêt *Munzer*. Il suppose que même si le juge français considère que la décision étrangère a été mal rendue en fait ou en droit, il ne peut s'opposer à sa reconnaissance d'efficacité que lorsque celle-ci contrevient à l'une des conditions de la reconnaissance d'efficacité des jugements étrangers. Dans le cas contraire, cela aboutit inévitablement à une nécessaire appréciation des faits et de l'application du droit qui en a résulté dans le jugement étranger par les juridictions du for, c'est-à-dire une révision au fond du jugement étranger, justement prohibée textuellement par l'arrêt *Munzer*.

Si, en revanche, la contestation de la validité du contenu ne concerne pas un jugement étranger, l'action demeure possible - dans la mesure où l'acte juridique n'a pas été purgé de ses vices éventuels - de contester la validité du contenu. Cependant la validité du contenu de la situation juridique, doit, semble-t-il nécessairement, malgré l'audace d'une telle affirmation, impérativement s'apprécier conformément au droit de l'État d'origine de la situation juridique. Il apparaît qu'il s'agit ici de l'une des principales conséquences de l'application de la méthode de la reconnaissance. Si cette proposition peut se révéler téméraire, il faut préciser que l'éventuelle application des règles de conflit de lois du for pour déterminer la validité d'une situation juridique dans le cadre de la circulation internationale des situations juridiques, se révélerait à même de ruiner l'éventualité même de la méthode de la reconnaissance des situations<sup>1603</sup>.

---

<sup>1603</sup> V. *Supra*, p. 387 s., n° 596 s.

## Conclusion du titre 2

605. L'application de la méthode de la reconnaissance des situations porte assurément en elle les interrogations liées aux conséquences de sa mise en œuvre. Au premier rang de celles-ci se pose la question des effets de la reconnaissance d'efficacité. La mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance aboutit nécessairement soit à la reconnaissance d'efficacité, soit au contraire au rejet de l'efficacité de la situation juridique. Dans le premier cas, la situation juridique pourra produire les effets normatifs qu'elle porte en elle et qui relèvent de la détermination de sa régularité internationale ; dans le second cas elle en sera privée même si certains effets, limités et indépendants de la régularité internationale de la situation juridique, pourront malgré tout se produire.

606. Conformément au domaine d'application de la méthode de la reconnaissance, c'est-à-dire aux situations juridiques cristallisées par la production des effets substantiels, l'hypothèse de la reconnaissance d'efficacité suppose nécessairement la reconnaissance des effets tels qu'ils se sont déjà produits à l'étranger, c'est-à-dire une extension des effets juridiques sur le territoire du for tels que prévus par le droit de l'État d'origine de la situation. L'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité trouvant sa source dans la cristallisation des effets juridiques tels qu'ils se sont produits à l'étranger, la reconnaissance d'efficacité ne peut que porter sur des effets qui se sont déjà produits à l'étranger.

607. Au-delà de la question de l'efficacité internationale des situations juridiques - qui constitue le problème de droit international privé résolu par application de la méthode de la reconnaissance - ces dernières sont également susceptibles d'être directement contestées. Ces contestations peuvent porter, sous certaines limites imposées par le droit international public, tant sur l'*instrumentum* public étranger que sur le contenu de la situation juridique ou son *negotium*. En effet, la méthode de la reconnaissance d'efficacité des situations suppose l'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité à l'égard de certains actes juridiques qui, à l'inverse des jugements étrangers et plus généralement des décisions de justice, n'ont pas été purgés de leurs vices éventuels. Si ces derniers ne peuvent faire l'objet d'une action en nullité du contenu, sous peine de parvenir à une révision au fond du jugement (prohibée par le droit positif), toutes les situations juridiques qui ne relèvent pas de l'établissement d'une décision de justice peuvent, pour leur part, être l'objet de contestations portant sur la validité du contenu. À cet égard, il a été proposé une solution visant à écarter l'application de la loi désignée par la règle de conflit du for, c'est-à-dire le droit du for, pour y substituer l'application du droit de l'État d'origine de la situation juridique, c'est-à-dire celui qui s'est effectivement appliqué à sa constitution. En effet, si le

problème de droit international privé posé par les situations juridiques est un problème d'efficacité internationale, résolu par l'application de la méthode de la reconnaissance d'efficacité, le problème de validité quant à lui n'est dès lors plus qu'un problème de droit privé. La mise en œuvre des règles de conflit de lois du for, destinées à résoudre le problème de droit international privé qu'est la détermination de la loi applicable à un rapport juridique, dans le cadre d'un choix, se révèle ainsi inadéquate. La validité des situations juridiques constitue un problème de droit privé, pour la résolution duquel il s'avère inadapté de faire appel aux solutions de droit international privé, dont l'objet ne correspond pas au problème soulevé par les situations juridiques. Pour résoudre le problème de droit privé que pose la question de la validité, il convient de mettre en œuvre les solutions de droit privé, et pour cela de vérifier directement la validité de la situation conformément au droit et aux règles de droit privé qui se sont effectivement appliqués à sa constitution, c'est-à-dire le droit de l'État d'origine de la situation juridique. Dans le cas contraire, il résulterait de l'application même de la méthode conflictuelle pour déterminer la validité de la situation juridique une forme de négation de la méthode de la reconnaissance des situations.

## Conclusion de la 2<sup>ème</sup> partie

609. Une fois que l'on admet la possibilité - voire l'opportunité - théorique du recours à la méthode de la reconnaissance des situations juridiques, formalisée - à titre de validité ou dans un objectif probatoire - par un instrument juridique, la seconde préoccupation est nécessairement sa mise en œuvre et son application concrète. De ce point de vue, le contrôle subi par les situations juridiques que sous-tend la mise en œuvre de la méthode ne peut s'envisager au travers d'un contrôle unique. Il est nécessaire de distinguer, d'un côté l'efficacité procédurale, et de l'autre l'efficacité substantielle, qui ont chacune un objet différent. Cela suppose donc nécessairement de distinguer les contrôles auxquels sont soumis ces deux types d'efficacité, même s'ils peuvent en pratique se réaliser lors d'une procédure unique assurant un contrôle en bloc. On trouve ainsi le contrôle de l'efficacité procédurale qui porte, d'un côté sur la régularité formelle des actes publics étrangers et, de l'autre côté, sur la détermination de la force probante de l'instrument présenté. À côté de ce premier type de contrôle s'effectue le contrôle de l'efficacité substantielle des situations juridiques qui porte directement sur la modification des droits des parties résultant de l'acte et de la production des effets substantiels.

610. Le trait distinctif de la méthode de la reconnaissance, qui rend aisé la compréhension de son fonctionnement, est d'aboutir suite au contrôle qu'elle suppose, soit à la reconnaissance soit à la non-reconnaissance d'efficacité de la situation juridique. La logique est binaire.

611. De ce point de vue, les situations juridiques régulières sont reconnues en privilégiant la reconnaissance des effets déjà produits à l'étranger dans une logique de cohérence liée au choix du recours à la méthode de la reconnaissance : la cristallisation par la production des effets juridiques. En effet, le choix du recours à la méthode de la reconnaissance étant justifié par la production des effets substantiels, il semble alors rationnel que la reconnaissance porte sur les effets qui se sont déjà produits à l'étranger. À l'inverse, la non-reconnaissance ou l'irrégularité d'une situation juridique ne la privent pas de tout effet et les effets indépendants de la régularité internationale pourront être considérés. L'irrégularité d'une situation juridique ne signifie donc pas son néant juridique, eu égard notamment à l'instrument qui l'établit ou en rapporte la preuve, lequel pourra être pris en considération malgré l'irrégularité de la situation juridique. De la même manière, la déclaration de régularité de la situation ne lui assure pas une immunité totale. En effet, la régularité internationale d'une norme étrangère n'empêche pas les critiques pouvant s'élever par toute personne y ayant intérêt. Celles-ci peuvent porter non seulement sur l'*instrumentum* lorsque

celui-ci est un acte public, comme par exemple la possibilité de contester la régularité formelle d'un instrument public étranger. Mais également, dans le cadre de la méthode de la reconnaissance des situations, la contestation peut viser, quel que soit l'instrument, la validité du contenu de la situation juridique, c'est-à-dire le *negotium*. Il est établi que les situations juridiques, par opposition aux décisions de justice, ne relèvent pas de la réalisation d'un acte volitif impliquant un certain rôle de la part du tiers instrumentaire et notamment celui de contrôler la légalité de l'acte à travers l'opération de vérification juridictionnelle à laquelle se livre le juge. Partant, le contenu du rapport de droit des situations juridiques demeure, à l'inverse des décisions de justice, susceptible de renfermer certains vices. Si elle est expressément exclue par le droit positif s'agissant des jugements étrangers, l'éventualité d'une action en nullité du contenu d'une situation juridique doit demeurer dans le cadre de l'application de la méthode de la reconnaissance des situations.

612. Pour autant, l'exercice de l'action en nullité - ou le contrôle de validité en quelque occasion que ce soit - suppose la mise à l'écart des règles de conflits de lois du for pour résoudre la problématique de la validité des situations juridiques internationales. En droit des conflits le problème de droit international est unique. Il s'agit soit d'un problème de détermination de la loi applicable dans le cadre d'un choix, soit d'un problème d'efficacité. Le problème de droit international privé soulevé par les situations juridiques ayant produit leurs effets à l'étranger est un problème d'efficacité, qui doit pouvoir être résolu par application de la méthode de la reconnaissance, dont c'est précisément l'objet. La question de la validité ne constitue alors, de son côté, qu'un problème de droit privé. Pour le résoudre il est alors inutile de consulter les solutions du droit international privé mais, au contraire, celles du droit privé qu'offre chaque ordre juridique étatique. Cette solution de droit privé s'effectue alors au travers de la consultation du droit qui s'est effectivement appliqué à la constitution de la situation juridique (et qui l'aura cristallisée par production des effets juridiques) et qui détermine les conditions de validité de celle-ci.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

614. En droit positif seuls les jugements étrangers et les sentences arbitrales sont soumis à la méthode de la reconnaissance d'efficacité pour déterminer leur régularité et leur efficacité dans le cadre de leur circulation internationale. Ce constat suggérerait que le droit positif considère la nature des actes juridiques pour déterminer la méthode applicable à leur circulation internationale en droit international privé, et notamment le contrôle qu'ils pourront être amenés à subir.

615. Afin de vérifier cette hypothèse, une classification des actes suivant leur nature s'imposait, à raison d'un triple critère : formel, fonctionnel et matériel. Cette étude a permis de vérifier l'hypothèse initiale. Seuls les actes volitifs, eu égard à la fonction assurée par l'autorité instrumentaire et aux attributs qui accompagnent généralement l'acte résultant d'une telle fonction, sont en droit international privé positif soumis à la méthode de la reconnaissance d'efficacité. Celle-ci se caractérise par un contrôle des conditions de régularité. La classification des actes suivant leur nature a alors permis d'affirmer que des considérations formelles (relatives à l'instrument juridique) et fonctionnelles (relatives au tiers instrumentaire) justifient, semble-t-il, le recours à la méthode de la reconnaissance d'efficacité pour les jugements étrangers et les sentences arbitrales. Les autres actes demeurent, dans leur ensemble et par principe, exclus de l'application de cette méthode. Cette affirmation résulte du constat qu'en droit positif, si les situations juridiques internationales sont présumées valables, les contestations dont elles sont susceptibles de faire l'objet, et notamment celles portant sur leur validité, sont appréciées sur le fondement de la loi désignée par la règle de conflit de lois du for. C'est-à-dire la méthode du conflit de lois. L'efficacité des actes demeure ainsi soumise à la méthode conflictuelle.

616. L'évidence du critère de la nature des actes juridiques pour déterminer la méthode applicable à leur circulation internationale se conçoit aisément. Les actes juridiques disposent d'une nature constituée de l'ensemble des caractères ou propriétés qui les définissent. En cela la nature des actes juridiques est un critère éminent de leur classification, dans l'objectif de déterminer la méthode paraissant la mieux adaptée à leur circulation internationale. Pour autant, la démarche entreprise a souhaité démontrer que si la nature constitue un critère de choix, celui-ci est néanmoins susceptible d'être concurrencé par d'autres critères, au premier rang desquels figure le critère des effets juridiques. Les effets juridiques sont inhérents et même essentiels aux actes juridiques. Ils justifient la considération d'un acte comme acte juridique, comme ils justifient la



considération d'un fait parmi les faits juridiques. En l'absence d'effet juridique, ou d'effets juridiques projetés, un acte ne peut être considéré comme un acte juridique. Les effets juridiques, ou la projection d'effets juridiques, constituent ainsi un critère essentiel de détermination et d'identification des actes juridiques.

Partant de ce constat, l'objectif affiché consistait à soumettre la circulation internationale des actes à ce nouveau critère essentiel, afin de vérifier si l'application de cet autre critère de classification - autre que celui de la nature des actes, retenu par le droit positif - se révélait à même de confirmer le bien fondé des solutions telles qu'elles résultent de la classification des actes suivant leur nature en droit positif, ou bien si, au contraire, un tel critère pouvait, en vue de répondre au mieux aux objectifs du droit international privé, bousculer les solutions du droit positif, et aboutir ainsi à proposer une forme de renouvellement des méthodes. De ce point de vue, le critère des effets juridiques (et la conséquence de la production des effets juridiques) nous est apparu absolument décisif et fondamental. Comme l'a mis en avant Pierre Mayer, la production des effets substantiels d'un rapport juridique est à même d'entraîner une novation de ses caractères. C'est ce que l'on appelle la cristallisation. La cristallisation par la production des effets substantiels entraîne le passage d'un rapport de droit abstrait, hypothétique et permanent, c'est-à-dire une norme disposant des caractères d'une règle, à une situation juridique concrète, catégorique et non-permanente, c'est-à-dire une norme disposant des caractères d'une décision. Dans cette perspective, la détermination de la méthode applicable à la circulation internationale des situations juridiques doit relever des caractères de la norme. Si la norme dispose des caractères de la règle (abstrait, hypothétique et permanent), il convient alors d'appliquer la méthode du conflit de lois en ce qu'elle vise à la désignation de la loi, norme abstraite, hypothétique et permanente, applicable au rapport de droit disposant des mêmes caractères. À l'inverse, si la norme considérée dispose des caractères de la décision (concrète, catégorique et non-permanente) à l'image des situations juridiques produisant leurs effets, il convient alors de lui appliquer la méthode de la reconnaissance d'efficacité en ce qu'elle constitue une norme individuelle disposant des mêmes caractères que la décision. La situation juridique considérée pose alors, à l'instar des décisions de justice, non plus la question du choix de la loi applicable mais celle du rejet ou de l'acceptation de cette norme concrète, catégorique et non-permanente. De ce point de vue, ce sont les caractères de la norme qui déterminent la méthode applicable à la circulation internationale des actes juridiques. À cet égard, la considération des effets juridiques, et le concept de cristallisation qui l'accompagne, permettent de mettre en évidence l'acquisition des caractères de la décision (concret, catégorique et non-permanent) pour certaines situations juridiques, qui ne constituent pas des décisions de justice *stricto sensu*. Il convenait alors de s'interroger et d'envisager les conséquences, et notamment les éventuelles

conséquences méthodologiques, d'un tel constat. Pour cela, la solution la plus naturelle consistait à soumettre les actes juridiques, appréhendés sous l'angle du critère des effets juridiques, à la méthode du conflit de lois et à la méthode de la reconnaissance d'efficacité, afin de déterminer quelle méthode paraissait, par son objet, plus apte à répondre à la problématique soulevée par les situations juridiques internationales, et ainsi préciser laquelle se révélait plus à même de favoriser les objectifs du droit international privé.

617. La mise à l'épreuve des situations juridiques face à la méthode du conflit de lois révèle le caractère inadéquat de celle-ci, à deux égards. Non seulement la méthode du conflit de lois révèle des objectifs théoriques inadaptés à la problématique posée par les situations juridiques, mais son application risque en outre de porter atteinte à certains objectifs pratiques de la matière. De manière théorique, la méthode du conflit de lois a pour objet de désigner la loi applicable à un rapport juridique doté d'un élément d'extranéité. La méthode a pour objet de réaliser un choix de la loi applicable. Pourtant, comme l'indique Pierre Mayer, la réalisation des effets juridiques, et le concept de cristallisation qui l'accompagne, entraîne l'acquisition des caractères de la décision par la situation juridique, c'est-à-dire la norme qui régit l'état de droit des parties, bien que celle-ci ne soit pas une décision de justice *stricto sensu*, c'est-à-dire un acte volitif. L'acquisition de ces caractères pose la question de l'acceptation ou du rejet de la norme, ce qui ne constitue pas l'objet de la méthode conflictuelle. De ce point de vue, la méthode conflictuelle apparaît inadaptée à l'appréhension des situations juridiques ayant déjà produit certains effets à l'étranger dans la mesure où ces derniers ne posent non pas la question du choix de la loi qui leur est applicable mais celle de leur rejet ou de leur acceptation au for requis. En somme, la méthode conflictuelle n'a pas une fonction de confirmation d'une situation juridique, qui constitue pourtant la problématique posée par les situations juridiques cristallisées. De la même manière, la méthode conflictuelle apparaissait théoriquement incapable, de par son objet, de déterminer la loi qui se sera effectivement appliquée à la constitution d'une situation juridique. Pour ces raisons, en matière de circulation internationale des actes juridiques, dès lors que le critère de répartition des méthodes est le critère des effets juridiques il convient nécessairement de considérer non pas la loi désignée par la règle de conflit de lois, dont ce n'est pas l'objet, mais la loi qui s'est effectivement appliquée à la constitution d'un rapport juridique. C'est nécessairement cette loi qui détermine les effets produits par un rapport juridique et qui permet de déterminer si des effets se sont déjà réalisés à l'étranger. À cet égard, si l'intervention d'un acte public pour la réalisation d'un rapport de droit facilite l'identification du système s'étant effectivement appliqué, en l'absence d'un tel acte la possibilité d'identifier le système se trouve mise en avant par la notion d'emprise spatiale et temporelle. En l'absence d'acte public,

il existe des raisons de penser que le système s'étant effectivement appliqué est celui, ou l'un de ceux, disposant ou ayant disposé d'une emprise spatiale et temporelle sur le rapport de droit. Ainsi l'emprise spatiale et temporelle est à même de fournir un fondement objectif, susceptible de servir de guide à l'identification du système s'étant effectivement appliqué à la constitution d'un rapport de droit, et ainsi de déterminer les effets qu'il lui aura fait produire. Sur un plan pratique, l'application de la méthode conflictuelle, abstraite et rigide, est de nature à contrevenir à certains objectifs de la matière comme l'harmonie internationale des solutions et la continuité du statut personnel, mais également le respect des prévisions légitimes des parties ou encore du droit européen. L'exemple du droit européen à travers certaines décisions rendues par les cours de Bruxelles et de Strasbourg, tels l'arrêt *Wagner* de la Cour européenne des droits de l'Homme ou encore l'arrêt *Grunkin et Paul* de la Cour de justice des communautés européennes, illustre ces difficultés pratiques à atteindre les objectifs du droit international ou à respecter le droit européen lors de la mise en œuvre de la méthode conflictuelle par les États, en matière de situations juridiques ayant produit leurs effets à l'étranger. Il apparaît ainsi que, dès lors qu'est considéré (comme cela a été le cas dans ces travaux) le critère des effets juridiques comme critère de classification des actes, avec le concept de cristallisation qui l'accompagne, l'application de la méthode conflictuelle se révèle inadaptée pour appréhender les situations juridiques dans le but de favoriser les objectifs de la matière. L'inadaptation de la méthode se manifeste non seulement d'un point de vue théorique, l'objet théorique de la méthode conflictuelle étant inadapté à la problématique soulevée par les situations juridiques, mais elle se révèle également inadaptée d'un point de vue pratique, la mise en œuvre de la méthode conflictuelle pour appréhender les situations juridiques ayant déjà produit certains effets à l'étranger étant à même, semble-t-il, de porter atteinte à certains objectifs du droit international privé tels l'harmonie internationale des solutions, le respect des prévisions légitimes des parties ou encore du droit européen. La méthode conflictuelle paraissant inadaptée, il convenait alors - afin de s'assurer que l'objet de la méthode correspond à la problématique soulevée par les situations juridiques - de soumettre la circulation internationale des situations juridiques à la seconde méthode de principe en droit des conflits : la méthode de la reconnaissance d'efficacité. Constatons préalablement que tant le droit comparé que le droit conventionnel donnent des exemples de l'adoption de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques en droit international privé. Ainsi en droit comparé, la méthode de la reconnaissance des situations en droit international privé a été adoptée dans certains domaines spécialisés, ou de manière plus générale, par le droit suisse ou le droit néerlandais. En droit néerlandais, le fondement de l'application de la méthode de la reconnaissance des situations, telle qu'elle résulte de l'article 9 de la loi néerlandaise de droit international privé de 2011, se révèle particulièrement intéressant. Il s'agit non seulement

d'une disposition d'ordre général qui ne se limite pas spécialement à certaines situations juridiques, comme le fait par exemple l'article 45 de la loi fédérale suisse du 19 décembre 1987, mais plus encore, le fondement de l'application de la méthode de la reconnaissance des situations par le droit néerlandais semble résulter des effets juridiques comme le précise la lettre de l'article en question. Si le droit comparé et le droit conventionnel offrent des exemples concrets et pratiques de l'adoption de la méthode de la reconnaissance des situations, le point essentiel, dans le cadre de notre démarche, consistait à soumettre les actes juridiques ayant déjà produit certains effets à l'étranger (c'est-à-dire les situations juridiques) à la méthode de la reconnaissance afin de déterminer si l'objet de celle-ci, à la différence de la méthode conflictuelle, se révélait adaptée à l'appréhension des situations juridiques et à la problématique qu'elles soulèvent. À cet égard, il convient de souligner l'adéquation entre l'identification du problème de droit international privé posé par les situations juridiques, c'est-à-dire la question de leur acceptation ou de leur rejet, et l'objet de la méthode de la reconnaissance. En ce sens, l'objet essentiel de la méthode de la reconnaissance est justement de déterminer si une norme étrangère peut être acceptée et efficace sur le territoire du for ou bien, au contraire, si elle doit être rejetée. L'objet théorique de la méthode de la reconnaissance correspond bien au problème pratique soulevé par les situations juridiques. L'adéquation entre le problème de droit international privé soulevé par les situations juridiques et l'objet théorique de la méthode de la reconnaissance met en évidence l'opportunité d'appliquer la méthode de la reconnaissance des situations en droit international privé, dès lors que le critère de classification retenu est celui des effets juridiques. L'adoption en droit interne de la disposition suivante permettrait d'atteindre ce résultat : « *Lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un Etat étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait [au for], même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé [du for], dans la mesure où le refus de reconnaître de tels effets constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique.* ».

618. Toutefois, eu égard au critère de classification retenu, c'est-à-dire les effets juridiques, la détermination d'une situation juridique peut ne concerner qu'un nombre relativement limité et restreint de rapports juridiques. Les situations juridiques ont été définies comme des rapports de droits cristallisés par la production des effets juridiques substantiels à l'étranger. La distinction entre les actes produisant un effet substantiel *ipso facto ipso jure* et les autres, permet de prétendre que la qualification d'une véritable situation juridique ne concerne que les premiers. Ceux-ci produisent leurs effets juridiques dès leur réalisation. Cela concerne principalement des droits extrapatrimoniaux, qui interviennent majoritairement en matière d'état des personnes ou en

droit de la famille. Ainsi, des éléments de l'état civil tels le nom, le prénom ou le sexe, mais également la filiation, le statut matrimonial ou conjugal en matière familiale. Ces actes sont également susceptibles de se rencontrer au cœur même de l'économie, à travers la personnalité morale des sociétés. Ainsi, malgré la volonté de réaliser une étude générale, la possibilité d'appliquer la méthode de la reconnaissance des situations se limite semble-t-il à un certain nombre de situations juridiques touchant majoritairement au droit des personnes et de la famille. Pour autant, au regard de l'importance des éléments que cela concerne, et donc des enjeux, l'intérêt de l'étude reste primordial.

619. La mise en œuvre pratique de la méthode de la reconnaissance des situations constitue le second volet essentiel à analyser. Il concerne tant les conditions de régularité internationales des situations juridiques, que les procédures applicables, les effets à reconnaître ou encore l'éventualité de la contestation. Si ces éléments, source de débats doctrinaux et de divergences pratiques en droit comparé et conventionnel, sont centraux, ils ne constituent pourtant pas le point essentiel de notre travail. Ce dernier vise avant tout à établir l'intérêt et susciter l'adhésion à l'éventualité du recours à la méthode de la reconnaissance des situations, dès lors que l'on considère le critère des effets juridiques.

620. Rappelons encore que le critère des effets juridiques - pour déterminer la méthode applicable à la circulation des actes juridiques - constitue un critère que nous avons choisi et retenu. Il diffère du critère de classification appliqué en droit positif, qui repose sur la nature des actes juridiques. Pour autant, si le critère des effets juridiques constitue certes un critère choisi il constitue également un critère de classification disposant d'un intérêt fondamental non négligeable, non seulement en ce qu'il caractérise les actes juridiques, mais également parce qu'il dispose d'une certaine réalité tangible. En effet, les effets juridiques sont essentiels aux actes juridiques sans lesquels ils ne pourraient obtenir une telle qualification. En outre, ils engendrent l'existence de réalités juridiques tangibles, notamment dans la vie juridique et quotidienne des individus. Si le critère des effets juridiques constitue certes un critère subjectivement retenu, pour autant, eu égard à l'intérêt qu'il représente, il n'en constitue pas moins un critère disposant d'une réalité pratique objective, régissant la vie des individus. En ce sens, il ne constitue pas un critère de classification purement doctrinal et totalement détaché des réalités concrètes, mais au contraire, un critère dont la pratique semble apte à pouvoir se saisir.

621. Les problématiques liées à la méthode de la reconnaissance des situations ne

s'épuisent pas dans ces travaux et celle-ci est susceptible d'être abordée sous différents angles de réflexion tel par exemple le droit de l'Union européenne qui prend une place continuellement croissante au sein des États membres depuis sa création. La confrontation entre le statut personnel des individus et la citoyenneté européenne en constitue un exemple. La problématique que constitue l'impossibilité de voir circuler son statut individuel ou familial dans l'espace européen se révèle à même de porter atteinte au droit de l'Union européenne, à la liberté de circulation du citoyen européen dans l'espace européen par exemple. La réflexion sur la méthode de la reconnaissance que nous abordons sous l'angle de la théorie générale du droit international privé est susceptible de trouver également un écho et un terrain d'expression au sein de l'espace européen dès lors que l'on considère les libertés instaurées par l'Union européenne. Reste à déterminer quelles seraient les conséquences, au sein des relations européennes, de l'application de la méthode de la reconnaissance des situations par un État membre. De la même manière, les travaux n'appréhendent l'acte juridique qu'au sens d'*instrumentum*. Pour autant, le critère de classification que nous avons retenu, les effets juridiques, n'est pas l'apanage des situations juridiques formellement instrumentées - soit dans un objectif probatoire, soit pour la validité même du rapport de droit - et les effets juridiques constituent également une réalité des situations juridiques qui n'ont pas été l'objet de la réalisation d'un instrument. Engendrent-ils les mêmes réflexions ? Les présents travaux laissent entière cette question. On le voit ainsi, les problématiques relatives à la méthode de la reconnaissance des situations ne s'épuisent pas en une seule étude. La méthode de la reconnaissance constitue un sujet aux multiples facettes, susceptibles d'être abordé sous différents angles et confronté à différentes problématiques.

622. Bien évidemment, on ne peut pas considérer que la méthode de la reconnaissance constitue la réponse universelle et la solution miracle à tous les problèmes soulevés par le droit international privé. Il est cependant permis de penser que la méthode correspond à la solution d'un problème soulevé par le droit des conflits en droit international privé. À cet égard, elle doit pouvoir être mobilisée, quand nécessaire, lorsque se pose un problème de droit international privé, dont l'objet correspond à celui résolu par la méthode de la reconnaissance. Les travaux réalisés n'évoquent alors que la possibilité que la méthode de la reconnaissance puisse éventuellement jouer un rôle plus important dans des domaines où elle est jusqu'à présent majoritairement ignorée, comme la reconnaissance de rapports juridiques effectivement créés à l'étranger, les situations juridiques. Modestement, la démarche interroge ainsi, en matière de circulation internationale des actes juridiques, le recours aux méthodes du droit international privé dans le cadre de la méthodologie de la matière. L'objectif réside en ce que le droit international

privé n'élude *a priori* aucun des outils dont il dispose pour régir les relations privées internationales, dans l'esprit de favoriser au mieux la réalisation des objectifs de la matière.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

AGOSTINI (E.), Cours de droit international privé, Association Esprit Etudiant Montesquieu, 2012-2013

ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 2006 (5ème édition)

AUBERT (J-L.) et SAVAUX (E.), Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey, 2020 (18ème édition)

AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), Droit international privé, LGDJ, 2018 (8ème édition)

BARATTA (R.), La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales, RCADI, 2011 (Vol. 348), p. 265 s.

BARILE (G.), La fonction historique du droit international privé, RCADI, 1965 (Vol. 116), p. 301 s.

BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), Traité de droit international privé. Tome II, Paris, LGDJ, 1983 (7ème édition)

BÉNABENT (A.), Droit de la famille, LGDJ, 2020 (5ème édition)

BRIÈRE (C.), Cours de droit international privé, Gualino, 2017-2018 (1ère édition)

BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), Droit civil. Introduction Biens Personnes, Famille, Dalloz, 2019 (21ème édition)

BUREAU (D.) et MUIR-WATT (H.), Droit international privé. Tome 1 Partie générale, PUF, 2017 (4ème édition mise à jour)

BUSCHER (A.), La dimension sociale du droit international privé. Cours général., ADI-poche, 2011

CABRILLAC (R.), Droit européen comparé des contrats, LGDJ, 2016 (2ème édition)

CACHARD (O.) et KLÖTGEN (P.), Droit international privé, Bruylant, 2021 (9ème édition)

CADIET (L.) et CLAY (T.), Les modes alternatifs de règlement des conflits, Dalloz, 2019 (3ème édition)

CADIET (L.) et JEULAND (E.), Droit judiciaire privé, LexisNexis, 2020 (11ème édition)

CARBONNIER (J.), Droit Civil. Tome 3, Les biens, PUF, 1978 (9ème édition)



- CATALA (P.) et TERRÉ (F.), Procédure civile, PUF, 1976
- CAYROL (N.), Droit de l'exécution, LGDJ, 2016 (2ème édition)
- CHAINAIS (C.), FERRAND (F.) et MAYER (L.), Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, Dalloz, 2018 (34ème édition)
- CHARPENTIER (E.), LANCTÔT (S.), MOORE (B.) et ROY (A.), Code civil du Québec. Annotations - Commentaires 2016-2017, éditions Yvon Blais, 2017
- CLAVEL (S.), Droit international privé, Dalloz, 2018
- CORNU (G.) et FOYER (J.), Procédure civile, PUF, 1996 (3ème édition refondue)
- COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), Procédure civile, Sirey, 2014 (17ème édition)
- COUCHEZ (G.) et LEBEAU (D.), Voies d'exécution, Sirey, 2013 (11ème édition)
- COURBE (P.) et GOUTTENOIRE (A.), Droit de la famille, Sirey, 2017 (7ème édition)
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), Droit des sociétés, LexisNexis, 2020 (33ème édition)
- DUGUIT (L.), Traité de droit constitutionnel, T. 1, La règle de droit, le problème de l'État, Baccard, 1927 (3ème édition)
- ÉGÉA (V.), Droit de la famille, LexisNexis, 2020 (3ème édition)
- FEDOZZI (P.), De l'efficacité extra-territoriale des lois et des actes de droit public, RCADI, 1929 (Vol. 27), p.141 s.
- FLOUR (J.), Aubert (J-L.), et SAVAUX (E.), Droit civil les obligations. 1. L'acte juridique, Sirey, 2006 (12ème édition)
- FOUCHARD (P.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996
- FROMONT (M.) et KNETSCH (J.), Droit privé allemand, LGDJ, 2017 (2ème édition)
- GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.), Traité de droit des affaires. Tome 2, les sociétés commerciales, 2017 (22ème édition)
- GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J-S.), Traité de droit civil. Introduction générale. Tome 1, LGDJ, 2018 (5ème édition)
- GESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y-M.), La formation du contrat. Tome 1 : le contrat - le consentement, LGDJ, 2013 (4ème édition)
- GIBIRILA (D.), Droit des sociétés, Ellipses, 2012 (4ème édition)

- GUINCHARD (S.) et VINCENT (J.), Procédure civile, Dalloz, 1981 (20ème édition)
- GUINCHARD (S.) et VINCENT (J.), Procédure civile, Dalloz, 2003 (27ème édition)
- HÉRON (J.), LE BARS (T.) et SALHI (K.), Droit judiciaire privé, LGDJ, 2019 (7ème édition)
- HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), Droit international privé, Masson, 1987
- KAHN-FREUND (O.), *Generals problems of private international law*, RCADI 1974-III, (Vol. 143), p. 139 s.
- LAGARDE (P.), Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI, 1986-I (Vol. 196), p.1 s.
- LAGARDE (P.), La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ?, RCADI, 2014 (Vol. 371), p. 19 s.
- LARDEUX (G.), LEGEAIS (R.), PÉDAMON (M.) et WITZ (C.), Code civil allemand. Traduction commentée. Bürgerliches Gesetzbuch BGB, Dalloz, 2010
- LARROUMET (C.) et BROS (S.), Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations Le contrat, Economica, Sous la direction de C. Larroumet, 2018 (9ème édition)
- LAURENT (F.), Droit civil international. Tome VIII, Bruylant-Christophe (Bruxelles) , 1880
- LEBORGNE (A.), Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution, Dalloz, 2019 (3ème édition)
- LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), Droit des sociétés, LGDJ, 2019 (8ème édition)
- MAGNIER (V.), Droit des sociétés, Dalloz, 2019 (9ème édition)
- MAINGUY (D.), Contrats spéciaux, Dalloz, 2018
- MALAUURIE (P.) et BRENNER (C.), Droit des successions et des libéralités, LGDJ, 2020 (9ème édition)
- MALAUURIE (P.) et FULCHIRON (H.), Droit de la famille, LGDJ, 2020 (7ème édition)
- MAYER (P.), HEUZÉ (V.) et RÉMY (B.), Droit international privé, LGDJ, 2019 (12ème édition)
- NIBOYET (J-P.), Traité de droit international privé français. Tome VI : le conflit des autorités, le conflit des juridictions, Sirey, 1949
- NIBOYET (M-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), Droit international privé, LGDJ, 2020 (7ème édition)
- PERROT (R.), BEIGNIER (B.) et MINIATO (L.), Institutions judiciaires, LGDJ, 2020 (18ème édition)

- PILLET (A.), La théorie générale des droits acquis, RCADI, 1925 (Vol. 8), p. 489 s.
- PILLET (A.), Traité pratique de droit international privé. Vol. 1, Sirey, 1923
- QUIDELLEUR (M.) et GARINOS (M.), Questions/ Réponses. Etat civil, Berger-Levrault, 2016 (5ème édition)
- RAYNAUD (P.) et MARTY (G.), Les obligations, tome 1. Les sources, Sirey, 1988
- RACINE (J.-B.), Droit de l'arbitrage, PUF, 2016 (1ère édition)
- REVEL (J.), Les régimes matrimoniaux, Dalloz, 2018 (9ème édition)
- SAVIGNY (F. C.), Traité de droit romain (Tome huitième), Editions Panthéon-Assas, Paris, 2002
- SERAGLINI (C.) et ORTSCHEIDT (J.), Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, 2013 (1ère édition)
- SOLUS et PERROT, Droit judiciaire privé. Tome I. Introduction, notions fondamentales (action en justice, formes et délais, acte juridictionnel), organisation judiciaire, Sirey, 1961
- STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), Introduction au droit, Litec, 1996 (4ème édition)
- TERRÉ (F.), Introduction générale au droit, Dalloz, 2015 (10ème édition)
- TERRÉ (F.), FENOUILLET (D.) et GOLDIE-GENICON (C.), Droit civil. La famille, Dalloz, 2018 (9ème édition)
- TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNEDÉ (F.), Droit civil Les obligations, Dalloz, 2018 (12ème édition)
- VERGÈS (E.), VIAL (G.) et LECLERC (O.), Droit de la preuve, PUF, 2015 (1ère édition)
- VIGNAL (T.), Droit international privé, Sirey, 2020 (5ème édition)
- WENGLER (W.), The general principles of private international law, RCADI, 1961 (Vol. 104), p. 273 s.
- WITZ (C.), Le droit allemand, Dalloz, 2018 (3ème édition)

## II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES ET MÉMOIRES

- AGOSTINI (E.), L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé, Thèse dactyl., Bordeaux, 1975
- ALEXANDRE (D.), Les pouvoirs du juge de l'exequatur, Thèse, LGDJ, 1970

- AUDINET (E.), Principes élémentaires du droit international privé, Paris, Pedone, 1906 (2ème édition)
- AUDIT (B.), La fraude à la loi, Thèse, Dalloz, 1974, Préface de Y. Loussouarn
- AYNÈS (L.), L'authenticité : droit, histoire, philosophie, La documentation française, 2013 (2ème édition)
- BARNICH (L.), Les actes juridiques en droit international privé : essai de méthode, Thèse, Bruylant Bruxelles, 2001
- BATIFFOL (H.), Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, 2002
- BIDAUD-GARON (C.), L'état civil en droit international privé, Thèse dactyl., Lyon, 2005
- BLÉRY (C.), L'efficacité substantielle des jugements civils, Thèse, LGDJ, 2000, Sous la direction de J. Héron, Préface de P. Mayer
- BOLLÉE (S.), Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, Thèse, Economica, 2004, Préface de P. Mayer
- BUREAU (D.), Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales, Thèse dactyl., Paris II, 1992
- BYLIACHENKO (A.), La circulation internationale des situations juridiques, Thèse dactyl., La Rochelle, 2016
- CALLÉ (P.), L'acte public en droit international privé, Thèse, Economica, 2004, Préface de P. Mayer
- CLAY (T.), L'arbitre, Dalloz, 2001
- COLLET (L.), La notion de droit extrapatrimonial, Thèse dactyl., Paris, 1992
- DABIN (J.), Le droit subjectif, Dalloz, 2008, Préface de C. Attias
- D'AMBRA (D.), L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, Thèse, LGDJ, 1994, Préface de G. Wiederkehr
- DAVID (R.), L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982
- DELAPORTE (V.), Recherches sur la forme des actes juridiques, Thèse dactyl., Paris I, 1974
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), La synthèse du droit international privé, Paris Cujas 1972
- DEVERS (A.), Le concubinage en droit international privé, Thèse, LGDJ, 2004, Préface de H. Fulchiron
- DEVOLVÉ (P.), L'acte administratif, Sirey, 1983
- DUBLER (C-E.), Les clauses d'exception en droit international privé, GEORG - Librairie de

l'Université - Genève, 1983, Vol. 35

DUTOIT (B.), Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Helbing Lichtenhahn, 2016 (5ème édition revue et augmentée)

FONGARO (E.), La loi applicable à la preuve en droit international privé, Thèse, LGDJ, 2004, Préface de B. Beignier et J. Foyer

FOYER (J.), De l'autorité de la chose jugée en matière civile, Thèse dactyl., Paris, 1954

FRANCECAKIS (P.), La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Thèse, Sirey, Paris, 1958

FULLI-LEMAIRE (S.), Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations, Thèse dactyl., Paris II, 2017

GANNAGÉ (L.), La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude du droit international privé de la famille, Thèse, LGDJ, 2001, Préface de Y. Lequette

GAUDEMET-TALLON (H.), Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, LGDJ, 1993

GÉNY (F.), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Tome 1, LGDJ, 1919 (2ème édition)

GOURDET (G.), L'effectivité en droit international privé, Thèse dactyl., Nice, 1978

HAMMJE (P.), La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé, Thèse dactyl., Paris I, 1994

HAUSER (J.), Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (contribution à la théorie générale de l'acte juridique), Thèse, LGDJ, 1971, Préface de P. Raynaud

HUET (A.), Les conflits de lois en matière de preuve, Thèse, Dalloz, 1965, Préface de Roger Perrot

IZORCHE (M-L.), L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, PUAM, 1995

JARROSSON (C.), La notion d'arbitrage, Thèse, LGDJ, 1987, Préface de B. Oppetit

JOBARD-BACHELLIER (M-N.), L'apparence en droit international privé : essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé, Thèse, LGDJ, Préface de P. Lagarde, 1984

JOUBERT (N.), La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (*inlandsbeziehung*) en droit international privé, Thèse, LexisNexis, 2007, Préface de P. Lagarde

LAGARDE (P.), Recherches sur l'ordre public en droit international privé, Thèse, LGDJ, 1959, Préface de H. Batiffol

LABRO (G.), La question du transfert de propriété en droit français et en droit allemand sous l'angle de l'obligation de donner, Mémoire dactyl., Université Panthéon-Assas, Sous la direction de

J-S. Borghetti, 2011

LE NINIVIN (D.), La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile, Litec, 1984

MAYA BOUYAHIA (S.), La proximité en droit international privé de la famille, Thèse, L'Harmattan, 2015, Préface de L. Chedly et M. Goré

MAYER (L.), Actes du procès et théorie de l'acte juridique, Thèse, IRJS, 2009

MAYER (P.), La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, Thèse, Dalloz, 1973, Préface de H. Batiffol

MOTULSKY (H.), Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs de droits subjectifs, Dalloz, 2002

MOTULSKY (H.), Écrits, études et notes sur l'arbitrage. Tome 2, Dalloz, 1974

NAJM (M-C.), Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et religieux, Thèse, Dalloz, 2005, Préface de Y. Lequette

PAMBOUKIS (C.), L'acte public étranger en droit international privé, Thèse, LGDJ, 1993, Préface de P. Lagarde

PANET (A.), Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne. Contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle, Thèse dactyl., Lyon, 2014

PENIN (O.), La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision, Thèse, LGDJ, 2012, Préface de Y. Lequette

PÉROZ (H.), La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français, Thèse, LGDJ, 2005, Préface de H. Gaudemet-Tallon

PICHONNAZ (P.), Les fondements romains du droit privé, LGDJ, Schulthess éditions romandes, 2008

PILLET (A.), Principes de droit international privé, Pedone, 1903

PORTALIS, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, Editions Confluences, 2004, Préface de M. Massenet

POTU (E.), La question du renvoi en droit international privé, Thèse dactyl., Dijon, 1913

POUILLE (A.), Le pouvoir judiciaire et les tribunaux, Masson, 1985

RIGAUX (F.), Droit public et droit privé dans les relations internationales, Pedone, 1977

ROUBIER (P.), Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, 2005, Préface de D. Deroussin

RUBELLIN-DEVICHI (J.), L'arbitrage, nature juridique, Thèse, LGDJ, 1965

SFEIR (R.), Aspects contemporains du renvoi en droit international comparé : conflits de lois et

conflits de systèmes, Thèse, Delta Bruylant, LGDJ, 2009

SOULEAU-BERTRAND (M.), Le conflit mobile, Thèse, Dalloz, 2003, Préface de P. Lagarde

TOMASIN (D.), Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, Thèse, LGDJ, 1975, Préface de P. Hébraud

VOGEL (L.), Compétence judiciaire et reconnaissance des décisions depuis le règlement Bruxelles I bis, Bruylant, 2015

WICKER (G.), Les fictions juridiques contribution à l'analyse de l'acte juridique, Thèse, LGDJ, 1996, Préface de J. Amiel-Donat

### III. DICTIONNAIRES, DICTIONNAIRES JURIDIQUES ET ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES

BIDAUD-GARON (C.), Fasc. 544 : ÉTAT CIVIL. – Autorités compétentes. – Loi applicable. – Réception des actes étrangers en France [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 3 novembre 2018], 15 février 2008, Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

BOGDANOVA-PATAUT (N.), V° Russie - Fasc. 30 : RUSSIE. - Droit du commerce [en ligne], Jurisclasseur Droit comparé, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 20 février 2018], 1er décembre 2016, Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

BOUDOT (M.), Apparence [en ligne] Répertoire de droit civil, mai 2018 (actualisation décembre 2019) [Consulté le 4 décembre 2020], Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

BOUTRY (C.), Chose jugée [en ligne], Répertoire de procédure civile [consulté le 16 avril 2021], mars 2018 (Actualisation mars 2021), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

BRENNER (C.) et LEQUETTE (S.), Acte juridique [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 13 Octobre 2020], février 2019, Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

CALLÉ (P.), Fasc. 310 : ACTE NOTARIÉ. - Acte notarié établi à l'étranger (droit international privé) [en ligne], Jurisclasseur Notarial Formulaire, Encyclopédies JurisClasseur, 15 octobre 2015 (Mis à jour le 26 mars 2019) [consulté le 5 août 2020], Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

CALLÉ (P.), Caducité - Actes atteints de caducité - [en ligne], Répertoire de procédure civile [consulté le 16 avril 2021], octobre 2019 (Actualisation décembre 2019), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

CALME (S.), V° Allemagne, Fasc. 30 : ALLEMAGNE. - Droit du commerce [en ligne], Jurisclasseur Droit comparé, Encyclopédies JurisClasseur, 22 février 2016 [consulté le 28 septembre 2018], Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

CHOLET (D.), Exécution des jugements et des actes, Répertoire de procédure civile [en ligne], septembre 2015 (actualisation février 2018) [consulté le 13 février 2018], Dalloz, <http://www.dalloz.fr>

CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 2020 (13ème édition mise à jour)

De VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), Jugement étranger : matière civile et commerciale - Efficacité internationale du jugement étranger [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 10 juillet 2020], septembre 2013 (actualisation février 2020), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

De VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), Jugement étranger : matières civile et commerciale - Généralités [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 24 avril 2021], septembre 2013 (Actualisation septembre 2020), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

FAVIER (Y.), Actes de l'état civil [en ligne], Répertoire de droit civil [Consulté le 10 décembre 2020], novembre 2020, Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

FERRAND (F.), Preuve [en ligne], Répertoire de procédure civile [consulté le 13 mai 2020], décembre 2013 (actualisation décembre 2019), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

FONGARO (E.) et HECTOR (P.), Obligation alimentaire, Répertoire de droit européen [en ligne], juillet 2018 [Consulté le 26 décembre 2018], Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

FOSSIER (T.), Actes de l'état civil [en ligne], Répertoire de procédure civile [consulté le 2 juin 2020], septembre 2010 (actualisation janvier 2020), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

FRIGNATI (A.) et MUIR-WATT (H.), Loi étrangère : autorité de la règle de conflit de lois [en ligne], Répertoire de droit international [Consulté le 5 août 2020], avril 2017, Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

GALLANT (E.), Majeur protégé [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 13 janvier 2020], janvier 2015 (actualisation octobre 2019), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

GODECHOT-PATRIS (S.) et Lequette (Y.), Mineur [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 13 janvier 2020], septembre 2012 (actualisation septembre 2019), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

GALLMEISTER (I.), État et capacité des personnes [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 27 octobre 2020], juin 2016 (actualisation décembre 2019), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

GAUDEMET-TALLON (H.), Compétence internationale : matière civile et commerciale [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 5 août 2020], mars 2019 (actualisation juin 2020), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

GIBIRILA (D.), Articles 1832 à 1844-17 - Fasc. 20 : SOCIÉTÉ. - Dispositions générales. - Immatriculation de la société, Jurisclasseur Civil Code [en ligne], Encyclopédies JurisClasseur, 2 avril 2020 (Mis à jour le 27 août 2020) [consulté le 14 octobre 2020], Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

GRANET-LAMBRECHTS (F.), Articles 515-1 à 515-7-1 - Fasc unique : LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ [en ligne], Jurisclasseur Civil Code, Encyclopédies JurisClasseur, 1er décembre 2017 [consulté le 16 octobre 2018], Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

GRUA (F.) et CAYROL (N.), Art. 1875 à 1879 - Fasc. unique : PRÊT À USAGE. - Caractères [en



ligne], Jurisclasseur Civil Code, Encyclopédies Jurisclasseur, février 2016 (Mis à jour 25 mars 2020) [Consulté le 7 décembre 2020], Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

GUILLAUMÉ (J.), Art. 3, Fasc. 30 : renvoi et mécanisme du renvoi [en ligne], Jurisclasseur Civil code, Encyclopédies JurisClasseur, décembre 2019 [consulté le 10 novembre 2020], Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), Lexique des termes juridiques 2020-2021, Dalloz, 2020 (28ème édition)

HASCHER (D.), Arbitrage du commerce international [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 3 décembre 2020], janvier 2005 (actualisation mars 2020), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

HUBERT (L-D.), AUVOLAT (G.) et BRUNEL (P.), Art. 47 et 48 - Fasc. 20 : ACTES DE L'ÉTAT CIVIL. – Événements d'état civil survenus à l'étranger [en ligne], JurisClasseur Civil Code, Encyclopédie JurisClasseur [consulté le 10 Juin 2020], 10 Mars 2010, Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

HUET (A.), Fasc. 584-20 : EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS - Effets indépendants de la régularité internationale du jugement étranger [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 10 juillet 2020], 30 octobre 2015, Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

HUET (A.), Fasc. 2000-65 : EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS SUBORDONNÉS À LEUR RÉGULARITÉ INTERNATIONALE. – Procédures de contrôle de la régularité. – Exécution ou force exécutoire du jugement : procédure de l'exequatur [en ligne], Jurisclasseur Procédure civile, Encyclopédies JurisClasseur, 27 mai 2020 [consulté le 13 juillet 2020], Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

HUET (A.), Fasc. 2000-70 : EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS SUBORDONNÉS À LEUR RÉGULARITÉ INTERNATIONALE. – Efficacité substantielle et autorité de chose jugée [en ligne], Jurisclasseur Procédure civile, Encyclopédies JurisClasseur, 27 mai 2020 [consulté le 13 juillet 2020], Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

HUET (A.), Fasc. 2000-60 : EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS - Effets indépendants de la régularité internationale du jugement étranger [en ligne], Jurisclasseur Droit international, EncyclopédieS JurisClasseur [consulté le 10 juillet 2020], 30 octobre 2015, Lexis360 , <https://www.lexis360.fr>

HUET (A.), Fasc. 584-40 : EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS SUBORDONNÉS À LEUR RÉGULARITÉ INTERNATIONALE - Objet du contrôle : les conditions de la régularité internationale [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 10 juillet 2020], 27 mai 2020, Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

HUET (A.), Fasc. 581-20 : COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX FRANÇAIS À L'ÉGARD DES LITIGES INTERNATIONAUX. - Compétence internationale ordinaire. - Principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale interne [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 10 septembre 2020], 13 avril 2018, Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

HUET (A.), Fasc. 584-30 : EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS SUBORDONNÉS À LEUR RÉGULARITÉ INTERNATIONALE. - Procédures de contrôle de la régularité. - Exécution ou force exécutoire du jugement : procédure de l'exequatur [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 21 avril 2021], 27 mai 2020, Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

HUET (A.), Titre exécutoire européen, Répertoire de droit européen [en ligne], août 2006 (actualisation février 2020) [consulté le 3 décembre 2020], Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

LABRUSSE-RIOU (C.), Filiation : généralités [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 11 octobre 2020], septembre 2009 (actualisation septembre 2020), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

LAGARDE (P.), Ordre public [en ligne], Répertoire de droit international [Consulté le 13 janvier 2020], décembre 1998 (actualisation juillet 2018), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

LAMARCHE (M.) et LEMOULAND (J-J.), Mariages : effets [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 8 décembre 2020], avril 2014 (actualisation juin 2020), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

LAROCHE-GISSEROT (F.), Nom - Prénom [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 27 avril 2020], avril 2014 (actualisation décembre 2019), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

LÉGIER (G.) et LARDEUX (G.), Fascicule 551-10 : ACTES JURIDIQUES. - Forme. - Loi applicable à la forme [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 7 janvier 2019], mai 2007 (Mis à jour février 2018), Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

LÉGIER (G.) et LARDEUX (G.), Fasc. 551-20 : ACTES JURIDIQUES. – Forme. – Domaine de la loi applicable à la forme [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 10 juin 2020], 2 mai 2007 (actualisation avril 2018), Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

Le Grand Robert de la langue française [en ligne] (consulté le 26 Octobre 2020), Editions Le Robert, 2017, <https://grandrobert.lerobert.com>

Le petit Robert de la langue française, Editions Le Robert, 2017

LOUSSOUARN (Y.), TROCHU (M.) et SOTOMAYOR (R. M.), Fasc. 570-30 : SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES EN FRANCE. - Reconnaissance et jouissance des droits [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 8 avril 2021], 10 avril 2020, Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

LOUSSOUARN (Y.), TROCHU (M.) et SOTOMAYOR (R. M.), Fasc. 570-40 : CONFLITS DE LOIS EN DROIT DES SOCIÉTÉS [en ligne], Jurisclasseur Droit international, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 8 avril 2021], 25 juillet 2019, Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

MAUGAIN (G.), Actes de procédure [en ligne], Répertoire de procédure civile [consulté le 19 janvier 2021], janvier 2018, Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

MAYER (P.), Lois de police [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 20 janvier 2021], décembre 1998 (Actualisation mars 2009), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

MOURALIS (J-L.), Preuve : modes de preuve, Répertoire de droit civil [en ligne], janvier 2011

(actualisation octobre 2017) [consulté le 25 février 2018], Dalloz, <http://www.dalloz.fr>

OLAVO BAPTISTA (L.) et EMI TOMIMATSU (C.), V° Brésil - Fasc. 30 : BRÉSIL. - Droit du commerce [en ligne], Jurisclasseur Droit comparé, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 20 février 2018], 9 juillet 2014, Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

PAMBOUKIS (C.), Acte public étranger (Internat.), Répertoire de droit international [en ligne], septembre 2019 [consulté le 14 octobre 2019], Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

PICOD (Y.), Nullité [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 3 décembre 2020], juillet 2020, Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

RAMOS (M. E.) et PATRICIO (H.), V° Portugal - Fasc. 30 : PORTUGAL. - Droit du commerce [en ligne] Jurisclasseur Droit comparé, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 15 Avril 2020], 30 mars 2020, Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

REVEL (J.), Régimes matrimoniaux [en ligne], Répertoire de droit civil [consulté le 8 mai 2020], novembre 2016 (actualisation avril 2019), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

REVILLARD (M.), Légalisation, Répertoire de droit international [en ligne], janvier 2006 (actualisation juillet 2019) [consulté le 25 novembre 2019], Dalloz, <http://www.dalloz.fr>

REVILLARD (M.), Fasc. 10 : légalisation [en ligne], Jurisclasseur Notarial Formulaire, Encyclopédies JurisClasseur, juillet 2019 [Consulté le 10 novembre 2019], Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

REVILLARD (M.), Actes de l'état civil [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 8 août 2020], janvier 2013 (actualisation juin 2020), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

REVILLARD (M.), Notaire [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 18 février 2020], janvier 2020, Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

STRICKLER (Y.), Fasc. 500-45 : MATIÈRE ET PROCÉDURE GRACIEUSES [en ligne], Jurisclasseur Procédure civile, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 9 octobre 2020], 2 janvier 2020, Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

SYNVET (H.), Société [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 8 avril 2021], août 2004 (Actualisation février 2010), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

TALLON (I.), MARTIN (R.) et Mikalef-Toudic (V.), Fasc. 700-30 : INSCRIPTION DE FAUX [en ligne], Jurisclasseur Procédure civile, Encyclopédies JurisClasseur [consulté le 19 février 2020], 21 mars 2019, Lexis360, <https://www.lexis360.fr>

VIGNAL (T.), Preuve [en ligne], Répertoire de droit international [consulté le 10 juin 2020], septembre 1999 (actualisation mars 2013), Dalloz, <https://www.dalloz.fr>

#### IV. ARTICLES

AGOSTINI (E.), Relativité des rattachements et conflits positifs, *in* Des liens et des droits

mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde, Dalloz, 2015, p. 3 s.

ANCEL (P.), Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ., 1999, p. 771 s.

ANCEL (B.) et MUIR-WATT (H.), Des vérifications auxquelles le juge est tenu de procéder pour accorder l'*exequatur*, Rev. crit. DIP, 2007, p. 420 s.

ATIAS (C.), La constitution des actes juridiques, D., 2008, p. 743 s.

BALLARINO (T.) et ROMANO (G. P.), Le principe de proximité chez Paul Lagarde, *in* Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes, Dalloz, 2005, p. 37 s.

BARTIN (E.), Le jugement étranger considéré comme un fait, JDI, 1924, p. 857 s.

BERGÉ (J-S.), Quelle circulation ?, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 17 s.

BIDAUD-GARON (C.), La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003, Rev. crit. DIP, 2006, p. 49 s.

BIDAUD (C.), La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français, Rev. crit. DIP, 2020, p. 247 s.

BOLLÉE (S.), L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale, Rev. crit. DIP, 2007, p. 306 s.

BONNET (V.), *Negotium et instrumentum* : question de définition et de domaine. Regard d'un civiliste, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 369 s.

BORGHETTI (J-S.), Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe, RDC, 2013, p. 1684 s.

BOSSE-PLATIÈRE (H.), Formation de PACS, *in* Droit de la famille 2020/21, Dalloz, Sous la direction de P. Murat, 2019 (8ème édition), p. 570 s.

BOUCHE (N.), Preuve de la loi étrangère et loi applicable à la preuve, D., 2005, p. 2853 s.

BOULANGER (J.), Principes généraux du droit et droit positif, *in* Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Études offertes à G. Ripert, t. 1, LGDJ, 1950

CALLÉ (P.), L'acte authentique établi à l'étranger : validité et exécution en France [en ligne], Rev. crit. DIP, 2005 [consulté le 8 août 2020], Dalloz, p. 377 s., <https://www.dalloz.fr>

CALLÉ (P.), Force probante d'un acte authentique établi au Portugal [en ligne], Defrénois [Consulté le 6 août 2020], 2015, Lextenso, p. 887 s., <https://www.labase-lextenso.fr>

CALLÉ (P.), La légalisation des actes publics, *in* La circulation européenne des actes publics. Premier commentaire du règlement 2016/1191 du 6 juillet 2016, Bruylant, 2020 p. 61 s.

CAMUZAT (A.), La force probante des actes de l'état civil étrangers, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 311 s.

CATALA (P.), La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, *RTD civ.*, 1964, p. 185 s.

COHEN (D.), La convention européenne des droits de l'Homme et le droit international privé français, *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 451 s.

CORNU (G.), Le décret du 12 mai 1980 relatif à l'arbitrage. Présentation de la réforme, *Rev. arb.*, 1980, p. 585 s.

CORNUT (E.), Qu'est-ce qui circule (la notion de « statut personnel ») ?, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 29 s.

COURBE (P.), Le rejet des répudiations musulmanes, *D.* 2004, p. 815 s.

COURBE (P.), L'ordre public de proximité, *in* Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes, Dalloz, 2005, p. 227 s.

CRÔNE (R.), La réception d'un acte authentique étranger en France, *in* Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard *Liber Amicorum*, Defrénois, 2007, p. 77s.

D'AVOUT (L.) et BOLLÉE (S.), L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers, *D.*, 2007, p. 1115 s.

D'AVOUT (L.), *Exequatur* et révision au fond du jugement étranger, *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 331 s.

DERRUPÉ (J.), Plaidoyer pour le renvoi, *Travaux comité fr. DIP*, 1964-1966, p. 181 s.

DE SAINT-PERN (L.), Gestation pour autrui : Validation de la transcription des actes de naissance, *D.*, 2019, Dalloz, p. 2351 s.

FARGE (M.), Chapitre 512. Détermination du droit applicable, *in* Droit de la famille 2020/21, Dalloz, Sous la direction de P. Murat, 2019 (8ème édition), p. 1668 s.

FERRAND (F.), POILLOT (E.), REY (J.) et TINOCO PASTRANA (A.), L'étendue de la chose jugée en droit comparé [en ligne], Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC) [consulté le 16 octobre 2020], 15 octobre 2006, Cour de cassation, <https://www.courdecassation.fr>

FLOUR (J.), Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *in* Le droit privé français au milieu du XXème siècle : études offertes à Georges Ripert, tome 1, LGDJ, 1950, p. 95 s.

FLOUR (Y.) et GHOZI (A.), Les conventions sur la forme, Defrénois, 2000, p. 911 s.

FONGARO (E.), L'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la

famille, *in* Des liens et des droits mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde, Dalloz, 2015, p. 651 s.

FONGARO (E.), Méthode conflictuelle et choix de loi : brèves observations sur l'*optio juris* en droit international privé de la famille, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 149 s.

FONGARO (E.), La spécificité des actes notariés : l'équivalence, *in* La circulation européenne des actes publics. Premier commentaire du règlement 2016/1191 du 6 juillet 2016, Bruylant, 2020, p. 45 s.

FORESTIER (J.-P.), Valeur probante comparée des actes authentiques et des actes sous-seing privé, Administrer, juin 1986, p. 14 s.

FRICERO (N.), Chapitre 421. Autorité du jugement, *in* Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen 2017/2018, Dalloz, Sous la direction de S. Guinchard, 2016 (9ème édition), p. 1364 s.

FRICERO (N.), Titre 42. L'efficacité du jugement, *in* Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen 2017/2018, Dalloz, Sous la direction de S. Guinchard, 2016 (9ème édition), p. 1363 s.

FRICERO (N.), Chapitre 423. La force exécutoire du jugement, *in* Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen 2017/2018, Dalloz, Sous la direction de S. Guinchard, 2016 (9ème édition), p. 1391 s.

FULCHIRON (H.), Le nouveau PACS est arrivé !, Deffrénois, 2006, p. 1621 s.

FULCHIRON (H.), Existe-t-il un droit à la libre circulation du statut personnel à travers les frontières ?, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 3 s.

FULCHIRON (H.) et BIDAUD (C.), Transcription dans l'affaire *Menesson* aujourd'hui. Et demain ?, D., 2019, p. 2228 s.

FULLI-LEMAIRE (S.), La reconnaissance : méthode(s) ou principe ?, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 161 s.

GAUDEMET-TALLON (H.), Recevabilité du pourvoi en cassation contre une ordonnance rejetant une exception d'incompétence et détermination du juge internationalement compétent pour connaître d'une loterie publicitaire, Rev. crit. DIP, 2010. p. 558 s.

GOLDSTEIN (G.) et MUIR-WATT (H.), La méthode de la reconnaissance à la lueur de la convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés, JDI, 2010, p. 1085 s.

GORÉ (M.), L'acte authentique en droit international privé, Travaux comité fr. DIP, 1998-1999, p. 23 s.

GOTHOT (P.), Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, Rev. crit.

DIP, 1971, p. 1 s.

GUILLAUMÉ (J.), *Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : Quelle rationalité dans le choix du juge ?*, in *Le droit entre tradition et modernité, mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 297 s.

HAMMJE (P.), *Droits fondamentaux et ordre public*, Rev. crit. DIP, 1997, p. 1 s.

HAMMJE (P.), *Rejet des répudiations musulmanes*, Rev. crit. DIP, 2004, p. 423 s.

HAMMJE (P.), *De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique*, Rev. crit. DIP, 2010, p.747 s.

HAMMJE (P.), *Actes publics : reconnaissance ou conflit de lois ?*, in *La circulation européenne des actes publics. Premier commentaire du règlement 2016/1191 du 6 juillet 2016*, Bruylant, 2020, p. 29 s.

HAUSER (J.), *Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou solennel ?*, Defrénois, 2001, p. 673 s.

HÉBRAUD (P.), *Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil*, D., 1946. 3, p. 333 s.

HÉBRAUD (P.), *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, Sirey, 1960, p. 420 s.

JEAMMAUD (A.), *La règle de droit comme modèle*, D., 1990, chron. 199

KINSCH (P.), *Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou*, Rev. crit. DIP, 2007, p. 807 s.

KINSCH (P.), *L'apport de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme in La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, Sous la direction de P. Lagarde, 2013, p. 43 s.

LACROIX-ANDRIVET (J-P.), *Pièces*, in *Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen 2017/2018*, Dalloz, Sous la direction de S. Guinchard, 2016 (9ème édition), p. 1167 s.

LAGARDE (P.), *Liberté d'établissement et reconnaissance mutuelle des sociétés*, Rev. crit. DIP, 2003, p. 508

LAGARDE (P.), *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures*, *RabelsZ*, 2004, p. 225 s.

LAGARDE (P.), *Du nom d'un mineur européen disposant d'une double nationalité*, Rev. crit. DIP, 2004, p. 184 s.

LAGARDE (P.), *La reconnaissance mode d'emploi*, in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p.481 s.

LAGARDE (P.), De l'obligation, pour un État membre, de reconnaître le nom d'un enfant tel qu'il a été déterminé dans le pays de naissance, *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 80

LAGARDE (P.), La convention de la CIEC sur la reconnaissance des noms, *AJF*, 2009, p. 213 s.

LAGARDE (P.), Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés, *in* La reconnaissance des situations en droit international privé, Pedone, 2013, Sous la direction de P. Lagarde, p. 19 s.

LATIL (C.), La cristallisation d'une situation juridique, condition du déclenchement de la méthode de la reconnaissance, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 185 s.

LECUYER (H.), Le contrat acte de prévision, *in* L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré, Dalloz, 1999, p. 643 s.

LEROY (Y.), La notion d'effectivité du droit, *Revue Droit et société*, 2011/3, n°79, p. 715 s.

LOUIS-LUCAS (P.), Conflit de méthodes en matière de conflit de lois, *JDI*, 1956, p. 774 s.

MANCIAUX (S.), L'arbitre est un juge, *in* Le juge et l'arbitre, Pédone, Sous la direction de S. Bostanji, F. Horchani et S. Manciaux, 2014, p. 31 s.

MANCINI, De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles, *JDI*, 1874, p. 294 s.

MANSEL (H-P.), Anerkennung als grundprinzip des Europäischen Rechtsraums, *RabelsZ*, 2006, p. 651 s.

MAYER (P.), Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence : *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 349 s.

MAYER (P.), La convention européenne des droits de l'Homme et l'application des normes étrangères, *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 651 s.

MAYER (P.), Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, *in* Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes, Dalloz, 2005, p.547 s.

MOTULSKY (H.), Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé, *Travaux comité fr. DIP*, 1948-1952, p. 13 s.

MOUSSERON (J-M.), La réception au Proche-orient du droit français des obligations, *RID Comp.*, 1968, 20-1, p. 37 s.

MUIR-WATT (H.), Du juge compétent pour annuler un testament dressé par un notaire italien et argué de faux, *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 697 s.



MUIR-WATT (H.), La globalisation et le droit international privé, *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer. *Liber Amicorum*, LGDJ, 2015, p. 591 s.

NOURISSAT (C.), La reconnaissance des actes authentiques [en ligne] [consulté le 30 décembre 2018], Notaires d'Europe, 15 octobre 2010, <http://www.notaries-of-europe.eu/files/cnue-events/2010-10-15/Nourissat.pdf>

NUYTEN (B.) et LESAGE (L.), Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme, Defrénois, 1998, p. 497 s.

PAMBOUKIS (C.), L'acte quasi-public en droit international privé, *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 565 s.

PAMBOUKIS (C.), De l'effet en France d'une reconnaissance d'enfant naturel faite à l'étranger, *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 557 s.

PAMBOUKIS (C.), La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance, *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 513 s.

PAMBOUKIS (C.), Les actes publics et la méthode de reconnaissance, *in* La reconnaissance des situations en droit international privé, Pedone, 2013, Sous la direction de P. Lagarde, p. 133 s.

PARISOT (V.), Prouver son état en l'absence d'actes, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 339 s.

PATAUT (E.), Le renouveau de la théorie des droits acquis, *Travaux comité fr. DIP*, 2006-2008, p. 71 s.

PATAUT (E.), Remarques sur la compétence internationale, *in* Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques, IRJS, Sous la direction de E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland, 2013, p. 23 s.

PÉROZ (H.), La loi applicable aux partenariats enregistrés, *JDI*, 2010, p. 399 s.

PERROT (R.), L'application à l'arbitrage des règles du nouveau Code de procédure civile, *Rev. arb.*, 1980, p. 642 s.

PERROT (R.), La notion d'acte juridictionnel : le pacte civil de solidarité et le rôle du greffier, *RTD civ.*, 2003, p. 546 s.

PFEIFF (S.), Reconnaissance et théorie générale du droit international privé, *in* La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, LexisNexis, Sous la direction de H. Fulchiron, 2019, p. 171 s.

PUTMAN (E.), Cinq questions sur les nullités en procédure civile, *Justices*, 1995, p. 193 s.

QUINONES ESCAMEZ (A.), Proposition pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couples, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 367 s.

REVILLARD (M.), Loi applicable aux conventions entre époux pour la liquidation de leur régime matrimonial, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 841 s.

ROMANO (G. P.), La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 457 s.

SINDRES (D.), Vers la disparition de l'ordre public de proximité ?, *JDI*, 2012, doct. 10, p.887 s.

SPICKHOFF (A.), *Der ordre public im internationalen privatrecht. Entwicklung - Struktur - Konkretisierung, Arbeiten zur rechtsvergleichung*, Tome 143, Neuwied (Francfort; Alfred Metzner Verlag), 1989

THÉRY (P.), Rapport introductif : la notion d'exécution, *in* L'exécution, XXIIIème colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, LYON - Vendredi 19 et samedi 20 novembre 1999, L'Harmattan, 2001, p. 9 s.

THÉRY (P.), *in* Dictionnaire de la Culture juridique, Quadrige, Lamy-PUF, Sous la direction de D. Alland et S. Rials, 2003, V. Exécution, p. 678 s.

VAN ITERSOM (D.), Loi du 19 mai 2011 établissant et instaurant le Livre 10 (Droit international privé) du Code civil néerlandais (Bulletin des lois 2011, n° 271), *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 674

WENGLER (W.), Les principes généraux du droit international privé et leur conflit, *Rev. crit. DIP*, 1952, p. 595 s.

#### V. NOTES DE JURISPRUDENCE

ALEXANDRE (D.), *JDI*, 1981, p. 812, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1981

ANCEL (B.), *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 316, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 1983

BATIFFOL (H.), *S.*, 1945, 1, p. 121, note sous Civ., 11 avril et 1<sup>er</sup> mai 1945

BATIFFOL (H.), *Rev. crit. DIP*, 1949, p. 89, note sous Civ. 25 mai 1948

BATIFFOL (H.), *Rev. crit. DIP*, 1952, p. 95, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 janvier 1951

BATIFFOL (H.), *Rev. crit. DIP*, 1953, p. 412, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 avril 1953

BATIFFOL (H.), *Rev. crit. DIP*, 1964, p. 344, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1964

BATIFFOL (H.), *Rev. Crit. DIP*, 1967, p.563, note sous TGI Seine, 25 janvier 1967

BATIFFOL (H.), *Rev. crit. DIP*, 1980, p. 331, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 janvier 1980

BISCHOFF, *Rev. crit. DIP* 1988. 302, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986

BOLLÉE (S.), *Rev. crit. DIP* 2006, p. 833, note sous Civ ; 1<sup>re</sup>, 14 février 2006

BREDIN (J-D.), *JDI* 1967, p. 890, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1967

CALLÉ (P.), *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 422, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005

DECROUX (P.), *JDI*, 1961, p. 524 s., note sous CA. Rabat, 13 janvier 1961

- DÉPREZ (J.), Rev. crit. DIP, 1969, 75, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1967
- DERAINS (Y.), Rev. arb., 1996, p. 143, note sous Paris, 10 mars 1995
- DOUCHY-OUDOT (M.), Dr. et procéd., 2008, p. 214, note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 13 février 2008
- DROZ (G. A. L.), Rev. Crit DIP. 2000, p. 245, note sous CJCE, 17 juin 1999
- ÉGÉA (V.), D. 2009, p. 564, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2009
- FADLALLAH (I.), Rev. crit. DIP, 1984, p. 325 s. note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983
- FONGARO (E.), JDI, 2017, n°1, p. 3, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 14 avril 2016
- FOYER (J.), Rev. crit. DIP, 1993, p. 620, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 février 1993
- FRANCESSAKIS, Rev. crit. DIP, 1952, p. 92, note sous CA. Rabat, 24 octobre 1950
- FRICERO (N.), Dr. et procéd., 2006, p. 348, note sous Cass. Ass. Plén., 7 juillet 2006
- GANNAGÉ (L.), JDI, 2004, p. 1200, note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2004
- GOLDMAN, JDI, 1951, p.894 s., note sous CA. Rabat, 24 octobre 1950
- GOUTAL (J-L.), Rev. arb., 1988, p. 288, note sous Civ. 2<sup>ème</sup>, 14 octobre 1987
- HAUSER (J.), Dalloz, jurispr. gén., 1988, p. 453, note sous CA. Bordeaux, 21 janvier 1988
- HAUSER (J.), RTD. civ., 1993, p. 562, note sous TGI Paris, 10 novembre 1992
- HOLLEAUX (D.), Rev. crit. DIP, 1979, p. 102 s., note sous TGI Paris, 12 janvier 1978
- HOLLEAUX (D.), JDI, 1981, p. 854, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mars 1980
- HUET (A.), JDI, 1977, p. 707, note sous CJCE du 14 octobre 1976, n° C-29/76
- HUET (A.), JDI, 1980, p. 341, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 janvier 1980
- JAMBU-MERLIN (R.), Rev. crit. DIP, 1958, p. 110, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 1958
- JARROSSON (C.), Rev. arb., 1988, p. 149, note sous Civ. 2<sup>ème</sup>, 28 octobre 1987
- KAHN (P.), JDI, 1984, p. 329, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983
- KESSLER (G.) et SALAMÉ (G.), D., 2006, p. 2890, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2006
- LAGARDE (P.), Rev. crit. DIP, 1980, p. 83, note sous TGI Paris, 23 avril 1979
- LAGARDE (P.), Rev. crit. DIP, 2009, p. 493 s., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2009

- LEQUETTE (Y.), Rev. crit. DIP, 1983, p. 275, note sous Civ. 1<sup>re</sup> , 17 février 1982
- LEQUETTE (Y.), Rev. crit. DIP, 1989, p. 77 s., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988
- LEQUETTE (Y.), Rev. crit. DIP, 1991, p. 92, note sous Paris, 23 janvier 1990
- LINDON (R.), JCP G, 1980, II, 19290, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1979
- LOUSSOUARN (Y.), Rev. crit. DIP, 1959, p. 368, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 1959
- MAYER (P.), Rev. arb., 2007, p. 769, note sous Com., 23 janvier 2007
- MUIR-WATT (H.), Rev. crit. DIP, 1991, p. 391 s. note sous TGI Paris, 10 mai 1990
- MUIR-WATT(H.), Rev. crit. DIP, 1992, p. 508 s., note sous TGI Paris, 17 octobre 1991
- MUIR-WATT (H.), Rev. crit. DIP, 1997, p. 732, note sous CA. Paris, 27 mars 1997
- MUIR-WATT (H.), Rev. crit. DIP, 2006, p. 405, note Com., 4 octobre 2005
- NIBOYET (J-P.), R. 1947, p. 44, note sous Civ., 25 février 1947
- ORTSCHEIDT (J.), Cah. arb., 2010, p. 213, note note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2009
- PAMBOUKIS (C.), Rev. crit. DIP, 1999, p. 102 s., note sous CA. Paris, 2 avril 1998
- PERROT (R.), RTD civ., 2008, p. 551, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 2008
- PERROT (R.), RTD civ., 1993. p. 657, note sous Civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> Juillet 1992
- PLANIOL, DP., 1906, I, p. 337 s., note sous Civ., 25 octobre 1905
- POISSON-DROCOURT (E.), D., 1980, p. 549, note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 1979
- POLITIS, DP, 1911, 1, p. 185, note sous Civ., 20 juillet 1909
- REVILLARD (M.), Rev. crit. DIP, 2008, p. 298, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 14 novembre 2007
- SAGOT-DUVAUROUX (J.), D., 2006, p. 2449, note sous Com. 4 octobre 2005
- SAVETIER, JCP G, 1945, II, p. 2895, note sous Civ., 11 avril et 1<sup>er</sup> mai 1945
- SINAY-CITERMANN (A.), Rev. crit. DIP, 1989, p. 733, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988
- VIATTE (J.), Rev. Arb. 1978, p. 538, note sous Paris, 11 juillet 1978
- WEILLER (L.), Procédures, Avril 2016, p. 133, note sous Com., 2 février 2016
- WENGLER (W.), Rev. crit. DIP, 1965, p. 321 s., note sous CA. Ontario, 4 novembre 1963

WIEDERKEHR, *Justices*, 1996, n°4, p. 266, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 octobre 1995

## INDEX

## A

abstraction  
 principe, 182  
 acte  
 authentique, 38  
 constatatif, 62  
 d'état civil, 63  
 de décès, 69  
 de juridiction en matière gracieuse, 49  
 de naissance, 67  
 juridique, 13  
 réceptif constitutif, 80  
 réceptif déclaratif, 79  
 sous signature privée, 36  
 volitif, 45  
 apostille, 270  
 apparence, 200, 203  
 arbitrage, 54  
 attribut, 288  
 authenticité  
 contrôle, 275  
 autorité de la chose jugée, 106  
 effet négatif, 109  
 autorités  
 conflit des, 273

## B

*Baaqiz*, 322  
*Bachir*, 125  
*Beneddouché*, 322  
*Bruxelles I bis*, 128  
*Bulkley*, 123

## C

*Centros*, 221  
*Cesareo*, 109  
*Chemouni*, 322  
*Coman*, 228  
 conflit de lois  
 méthode du, 191, 193, 218  
 règle de, 145, 190, 212  
 conflit de systèmes dans le temps, 208  
 consensualisme  
 principe du, 35  
*Cornelissen*, 126  
*crystallisation*, 164, 166, 169, 170

## D

droit international privé  
 méthodes du, 26  
 principes directeurs du, 22  
 droits extrapatrimoniaux, 174

## E

*effectivité*, 201, 218  
 effet  
 de fait, 379  
 de preuve, 379  
 de titre, 380  
 substantiel, 160  
 effets  
 assimilation, 370  
 extension, 371  
 efficacité  
 de plano, 123  
 efficacité substantielle, 71  
 équivalence, 142, 275  
 exécution, 178, 183  
*exequatur*, 122, 141  
 à toutes fins utiles, 363

## F

fait  
 juridique, 67  
 fonction  
 constatative, 59  
 réceptive, 72  
 volitive, 45, 46, 57  
 force exécutoire, 111, 119, 156  
 force probante, 42, 153, 279  
 fraude, 340

## G

*Garcia Avello*, 225  
*Garino*, 124  
*Grunkin et Paul*, 226

## H

harmonie internationale des solutions, 213

## I

*Inlandsbeziehung*, 324  
 inopposabilité  
 action, 377  
 inscription de faux  
 procédure, 384, 388  
*Inspire Art*, 222  
*instrumentum*, 17  
*ipso facto ipso jure*  
 effet substantiel, 175

## J

*jurisdictio*  
 pouvoir de, 45, 58

- L**
- légalisation, 267  
*lex loci actus*, 282  
*locus regit actum*, 139
- M**
- Machet*, 204  
mariage, 82  
*Menesson*, 233  
*Munzer*, 125
- N**
- negotium*, 17, 35  
*Négrépontis-Giannisis*, 233
- O**
- option de législation, 197  
ordre public  
de proximité, 323, 335  
effet atténué, 319  
notion, 316
- P**
- pacte civil de solidarité, 88  
*Parker*, 122  
proximité  
contrôle de, 314  
notion de, 301  
principe de, 312
- R**
- reconnaissance d'efficacité
- méthode de la, 237, 240, 345  
reconnaissance d'efficacité  
méthode de la, 235, 242, 248  
règle de droit  
caractères de la, 161
- S**
- Schwebel vs Ungar*, 167, 206  
sentence arbitrale, 54, 56, 114, 135  
séparation  
principe de, 180, 184  
*Simitch*, 125  
situation juridique, 170, 214, 250  
société  
personnalité morale, 351
- T**
- titre exécutoire, 114, 157  
*traduction*, 265
- U**
- Überseering*, 223  
*Unibank*, 39
- V**
- vérification juridictionnelle, 47
- W**
- Wagner*, 231  
*Weiller*, 124

# TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	2
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	4
INTRODUCTION .....	6
Partie 1. La méthode de la reconnaissance à l'épreuve de la classification des actes....	26
Titre 1. La méthode de la reconnaissance et la nature des actes.....	28
Chapitre 1. La classification des actes en fonction de leur nature .....	28
Section 1. La nature des actes liée au rôle du tiers instrumentaire .....	29
§ 1. L'intervention d'une autorité .....	30
A. L'absence d'autorité.....	30
B. La présence d'une autorité.....	32
1. La présence d'une autorité étatique .....	33
2. La présence d'une autorité non étatique .....	38
§ 2. Les fonctions de l'autorité .....	39
A. La fonction volitive.....	40
1. Les actes de juridiction contentieuse .....	40
2. Les actes de juridiction en matière gracieuse .....	44
3. Les sentences arbitrales.....	49
B. La fonction constatative.....	53
1. Présentation de la fonction.....	53
2. Détermination des actes constatatifs.....	57
C. La fonction réceptive .....	67
Section 2. La nature des actes liée au rapport entre la forme et le fond. ....	70
§ 1. Les actes réceptifs déclaratifs .....	71
§ 2. Les actes réceptifs constitutifs .....	74
A. Les actes réceptifs constitutifs « <i>stricto sensu</i> » .....	75
B. Les actes réceptifs constitutifs « <i>lato sensu</i> » .....	82
<b>Conclusion du chapitre 1</b> .....	96
Chapitre 2. Les conséquences méthodologiques de la classification des actes en fonction de leur nature .....	98
Section 1. Les actes soumis à la méthode de la reconnaissance .....	98
§ 1. Les justifications de la soumission des actes volitifs à la méthode de reconnaissance .....	99
§ 2. Les conditions de régularité.....	116
A. Les conditions de régularité des décisions étatiques.....	117
1. Les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étatiques en droit commun .....	117
2. Les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étatiques en droit de l'Union et en droit conventionnel .....	122



a.	Les conditions de reconnaissance des décisions de justice étatique en droit de l'Union.....	122
b.	Les conditions de régularité et de reconnaissance des décisions de justice étatique en droit conventionnel .....	129
B.	Les conditions de régularité des sentences arbitrales .....	130
Section 2.	Les actes soumis à la méthode du conflit de lois .....	132
§ 1.	Les conditions d'efficacité.....	133
A.	Les conditions d'efficacité formelle .....	134
B.	L'authenticité nécessaire pour accéder à la procédure d' <i>exequatur</i> .....	136
§ 2.	L'efficacité soumise au respect nécessaire des règles du conflit de lois du for .....	139
	<b>Conclusion du chapitre 2</b> .....	143
	<b>Conclusion du titre 1</b> .....	144
Titre 2.	La méthode de la reconnaissance et les effets des actes .....	146
Chapitre 1.	La classification des actes en fonction de leurs effets.....	147
Section 1.	Les critères de classification .....	148
§ 1.	Les effets procéduraux .....	148
A.	La force probante .....	148
B.	La force exécutoire .....	151
§ 2.	Les effets substantiels .....	154
A.	La notion d'effet substantiel .....	154
B.	La réalisation de l'effet substantiel .....	155
1.	La cristallisation par l'intervention d'une autorité publique.....	158
2.	La cristallisation par l'effectivité de la situation ?.....	160
C.	Les problèmes méthodologiques posés par la cristallisation de la situation juridique .....	164
Section 2.	L'effectivité de la classification.....	168
§ 1.	Les actes ayant un effet substantiel <i>ipso facto ipso jure</i> .....	169
§ 2.	Les actes privés d'effet substantiel <i>ipso facto ipso jure</i> .....	172
	<b>Conclusion du chapitre 1</b> .....	181
Chapitre 2.	Les conséquences de la classification des actes en fonction de leurs effets .....	184
Section 1.	La classification des actes à l'épreuve de la méthode conflictuelle... ..	184
§ 1.	Des objectifs théoriques inadaptés.....	185
A.	Une méthode inadaptée à la détermination des conditions d'efficacité des situations juridiques .....	186
1.	Le caractère abstrait et les objectifs de la règle de conflit de lois.....	186
2.	Les difficultés d'adaptation de la règle de conflit de lois .....	191
B.	Une méthode inadaptée à la détermination des effets juridiques : la nécessaire considération du système effectivement appliqué.....	194
§ 2.	Les objectifs pratiques du droit international privé .....	208
A.	L'harmonie internationale des solutions et la continuité du statut personnel et familial.....	209

B.	Le rôle de l'effectivité dans les prévisions légitimes des parties.....	213
C.	La considération du droit européen.....	215
1.	Le droit de l'Union européenne.....	216
2.	La Convention Européenne des Droits de l'Homme.....	226
Section 2.	La classification des actes à l'épreuve de la méthode de la reconnaissance.....	231
§ 1.	La consécration de la méthode de la reconnaissance.....	232
A.	La méthode de la reconnaissance en droit comparé.....	232
1.	Le droit néerlandais.....	233
2.	Le droit suisse.....	236
B.	La méthode de la reconnaissance en droit conventionnel.....	238
1.	La Convention de La Haye de 1978 relative à la célébration et à la reconnaissance de la validité des mariages.....	238
2.	La Convention CIEC du 16 septembre 2005 sur la reconnaissance des noms.....	240
3.	La Convention CIEC du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés.....	242
§ 2.	L'efficacité de la méthode.....	244
	<b>Conclusion du chapitre 2.....</b>	<b>253</b>
	<b>Conclusion du titre 2.....</b>	<b>256</b>
	<b>Conclusion de la 1<sup>re</sup> partie.....</b>	<b>258</b>
Partie 2.	L'application de la méthode de la reconnaissance à la circulation des actes.....	260
Titre 1.	Les conditions de la reconnaissance.....	260
Chapitre 1.	Le contrôle de l'efficacité procédurale.....	261
Section 1.	Le contrôle de régularité des conditions externes de l'acte.....	262
§ 1.	La traduction de l'acte.....	262
§ 2.	La légalisation ou l'apostille de l'acte.....	264
Section 2.	Le contrôle de la régularité formelle des actes publics étrangers.....	268
§ 1.	La compétence de l'autorité.....	269
§ 2.	Le contrôle de l'authenticité de l'acte et le principe d'équivalence.....	272
Section 3.	La détermination de la force probante.....	276
§ 1.	L'application de principe de la loi qui s'est effectivement appliquée... ..	277
§ 2.	L'application exceptionnelle de la loi française.....	286
	<b>Conclusion du chapitre 1.....</b>	<b>291</b>
Chapitre 2.	Le contrôle de l'efficacité substantielle des actes juridiques.....	296
Section 1.	La réception de l'efficacité substantielle des actes extrapatrimoniaux.....	296
§ 1.	La proximité.....	297
A.	La notion de proximité.....	298
B.	L'application de la proximité.....	305
§ 2.	Le respect de l'ordre public international.....	313

A.	La notion d'ordre public international.....	313
B.	La mise en œuvre et l'appréciation de la condition d'absence de contrariété à l'ordre public international.....	315
§ 3.	L'absence de fraude .....	336
§ 4.	L'exclusion du contrôle de la loi applicable .....	342
Section 2.	La réception de l'efficacité substantielle des actes patrimoniaux.....	345
§ 1.	Les actes patrimoniaux soumis au respect des règles de conflit de lois du for .....	346
§ 2.	Le cas particulier des actes extrapatrimoniaux liés à une activité économique. ....	348
	<b>Conclusion du chapitre 2</b> .....	353
	<b>Conclusion du titre 1</b> .....	355
Titre 2.	Les effets de la reconnaissance.....	356
Chapitre 1.	La mise en œuvre pratique de la reconnaissance .....	356
Section 1.	L'exercice et les interrogations liées à la reconnaissance d'efficacité.....	356
§ 1.	La procédure de reconnaissance des effets juridiques .....	357
§ 2.	Les effets reconnus .....	365
Section 2.	La non-reconnaissance d'efficacité.....	372
§ 1.	La procédure permettant de s'opposer à l'efficacité des effets juridiques .....	373
§ 2.	Les effets de l'inefficacité.....	374
	<b>Conclusion du chapitre 1</b> .....	379
Chapitre 2.	La contestation de l'acte.....	381
Section 1.	La contestation de l' <i>instrumentum</i> public étranger.....	381
§ 1.	La procédure d'inscription de faux .....	381
§ 2.	Les limites à l'exercice de la procédure d'inscription de faux .....	385
Section 2.	La contestation de la validité du <i>negotium</i> .....	389
§ 1.	Les actes susceptibles d'être contesté dans leur contenu.....	389
§ 2.	L'action en nullité .....	392
	<b>Conclusion du chapitre 2</b> .....	396
	<b>Conclusion du titre 2</b> .....	398
	<b>Conclusion de la 2<sup>ème</sup> partie</b> .....	400
	CONCLUSION GÉNÉRALE.....	402
	BIBLIOGRAPHIE.....	410
	INDEX.....	432
	TABLE DES MATIÈRES .....	434

