

CRYPTO-NATIONALISME ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ*

Benjamin Saunier*

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	36
1. LA POSSIBILITE DU CRYPTO-NATIONALISME EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	38
1.1. UN DROIT DES AUTRES DROITS	38
1.2. UN DROIT COMME LES AUTRES DROITS.....	40
1.2.1. <i>Les règles de droit international privé d'origine européenne</i>	40
1.2.2. <i>Les règles étrangères désignées par les règles françaises de droit international privé</i> ...	41
2. LES PARTICULARITES DU CRYPTO-NATIONALISME EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	43
2.1. LES REGLES DE CONFLIT DE LOIS, NOTAMMENT CELLES FONDÉES SUR LA NATIONALITÉ.....	43
2.2. L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL.....	45

* Je remercie vivement Matthieu Bessouet et Ruth Sefton-Green pour avoir bien voulu relire et présenter leurs observations sur la version écrite de ma présentation.

* Doctorant en droit international privé à l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne.

Abstract

Private international law is an interesting field when it comes to crypto-nationalist trends. Historically, the shaping of modern private international law has much to do with the construction of modern nation states and some of its main figures have dealt extensively with the part “national” law should play in conflict of laws. But it’s mainly in the making and application of private international law rules that the reaction to foreign norms can take a crypto-nationalist turn. This article first addresses the particularity of private international law with regard to crypto-nationalism. It then analyses two examples of possible crypto-nationalist trends: applying an individual’s “national” law and displacing the applicable law because of public policy reasons (“ordre public”).

Résumé

Le droit international privé est un terrain particulièrement riche pour l’analyse des tendances crypto-nationalistes. Il est historiquement lié à la construction des États-nations et certains de ses théoriciens ont cherché à rationaliser la place privilégiée que devrait tenir la loi « nationale » dans le raisonnement du juge. Mais c’est surtout sur le terrain de l’élaboration et l’application de ses règles que la réaction face aux normes étrangères peut prendre un tour crypto-nationaliste. Cet article, après une première mise en contexte du crypto-nationaliste par rapport aux particularités de la matière, s’attache à deux situations dans lesquelles le crypto-nationalisme pourrait se donner libre cours : l’application de la loi de l’État de nationalité des individus et l’exception d’ordre public international.

INTRODUCTION

Si le crypto-nationalisme est bien, comme le décrit Ruth Sefton-Green dans son article¹, le camouflage de préférences sentimentales en arguments rationnels contre l'accueil de normes perçues comme étrangères, alors les formes qu'il peut prendre, dans une matière dont l'objet est précisément l'activité juridique étrangère, sont d'une infinie diversité.

Le droit international privé contemporain, tel qu'il a été théorisé au milieu du XIX^e siècle, est né avec le nationalisme, et même avec l'irruption de la Nation dans la politique européenne, qui commence en 1789 et se répand ensuite sur tout le continent, avec les unités allemande et italienne notamment². On peut dire, en quelque sorte, que le concept de nation s'est penché sur le berceau du droit international privé contemporain à la manière d'une bonne fée.

On le voit avec deux théoriciens, l'un allemand, l'autre italien, dont la pensée a été de première importance pour l'essor du droit international privé tel que nous le connaissons. Tous deux étaient de générations différentes et avaient des opinions politiques opposées, mais souhaitaient l'unification des États dont il parlait la langue, unification qui n'était pas acquise au début de leur carrière³.

Savigny, le premier, a fait carrière comme professeur, juge et ministre du roi de Prusse dans la première moitié du XIX^e siècle⁴. Il est nationaliste dans la mesure où il souhaite l'unification allemande. Ses opinions sont conservatrices, ce qui influence sa vision du droit, et notamment de sa formation, qui doit être lente, et autant que possible laissée au *Volksgeist*, l'« esprit du peuple ». Savigny laisse un monumental *Traité de droit romain* dont le tome VIII, publié en 1848, reste l'œuvre fondatrice de la méthode moderne, actuellement en usage, de résolution des conflits de lois. Il est difficile de dire à quel titre le nationalisme de Savigny y intervient. On peut y voir, au contraire, une absence de nationalisme et un élan vers le cosmopolitisme, ou, du moins, l'euro-péisme, dans la mesure où Savigny fait reposer son système sur une communauté de droit dont les différents peuples européens seraient les membres.

¹ « French and English crypto-nationalism and European private law. An exercise in sentiment and reason », *ERCL*, 2012, p. 260-276.

² V. P. Cabanel, *La question nationale au XIX^e siècle*, Paris, La Découverte, Repères, 2^e éd., 2015, <https://www.cairn.info/la-question-nationale-au-xix-e-siecle--9782707188502.htm>.

³ V. leurs portraits croisés in J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1999.

⁴ V. A. Stoll, *Friedrich Karl v. Savigny, ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe. Der junge Savigny*, Berlin, Carl Heymann, 1927 ; *Professorenjahre in Berlin, 1929* ; *Ministerzeit und letzte Lebensjahre*, 1939.

Mancini, le second, est plus visiblement nationaliste. De tempérament libéral, il est expulsé de sa ville de naissance, Naples, et se réfugie à Milan où il devient professeur de droit international. Il y prononce en 1851, trois ans après le tome VIII du *Traité de droit romain*, un discours resté célèbre dans lequel il fait passer ses idées sur le rôle de la nationalité en droit⁵. Lors de l'unification italienne, dont il est fervent partisan, il prend part à la rédaction du *codice civile* et écrit lui-même, semble-t-il, les dispositions liminaires relatives au conflit de lois. Il déploie ensuite un véritable activisme diplomatique pour unifier les règles de conflit de lois entre les pays européens, efforts qui porteront leur fruit plusieurs années après sa mort, avec le début de la conférence de La Haye, encore active aujourd'hui⁶.

Voilà donc le rôle qu'a joué le nationalisme politique première période, celui du XIX^e siècle. Il ne s'agit pas d'un nationalisme d'exclusion mais plutôt de réciprocité, où à l'unification du droit interne correspond l'harmonie des solutions du conflit de lois. Le nationalisme prend une autre signification au siècle suivant, qui voit les pays européens s'affronter dans des conflits meurtriers, puis leurs colonies s'émanciper de leur férule. Le nationalisme est mis au service d'une rhétorique plus offensive.

Le nationalisme dont il est question est une posture politique explicite. Peut-on être *crypto*-nationaliste en droit international privé⁷ ? Celui-ci se pose la question de la compétence internationale du juge français, de la loi applicable au litige, et des effets des décisions étrangères. Par transparence, on ne pourrait que tomber les masques et avouer toute prééminence de la loi nationale, dite loi du for, qui ne soit pas fondée sur des considérations techniques. C'est la voie sur laquelle s'est engagée une doctrine prestigieuse, dont l'exemple pourrait donner à penser que tout nationalisme est nécessairement revendiqué dans la matière : Niboyet, un internationaliste de la première moitié du XX^e siècle, qualifiait lui-même sa doctrine de « nationale »⁸. Cette doctrine n'était certainement pas *crypto*-nationaliste car elle ne s'embarrassait d'aucune dissimulation sous la technique :

⁵ *Della nazionalità come fondamento del dritto delle genti : prelezione al corso di dritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino*, 1851, en ligne <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k95897f> (consulté le 21 septembre 2020), encore que ce discours ne parle pas tellement de droit privé. Il faut attendre 1865 et l'élaboration du code civil italien pour que les idées de Mancini prennent la forme que nous leur connaissons. V. B. Ancel, *Eléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, Essais, 2017, p. 440.

⁶ V. le site officiel : <https://www.hcch.net/fr/home>.

⁷ V. R. Sefton-Green, « French and English *crypto*-nationalism and European private law », *op. cit.* note 1, p. 262 : « the suffix “*crypto*” suggests that something is hidden. »

⁸ J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1944, t. III, p. 198. V. également p. 184 : « pour tout dire, une certaine xénophobie juridique sera, par moments, un antidote très opportun, et c'est pourquoi la restriction d'intervention du droit étranger se recommandera spécialement. »

« [Le droit international privé] est un droit subordonné à des considérations politiques. [...] Les intérêts en cause sont essentiellement nationaux. Non seulement ce sont des intérêts essentiellement nationaux, mais ils sont des intérêts avant tout contradictoires. [Suit un passage où l’auteur compare les intérêts des pays d’émigration à ceux des pays d’immigration.] Aucun pays ne peut se placer sur un autre terrain que celui de ses propres intérêts, à moins de vouloir se sacrifier à cette cause, ce dont on ne lui saura, d’ailleurs, aucun gré. Le premier devoir d’un État est de vivre.⁹ »

Et de même, si on peut interpréter une déclaration fameuse du conseiller rapporteur dans l’affaire *Soulié*, à l’occasion de laquelle la Cour de cassation a confirmé son acceptation du renvoi au premier degré¹⁰ (la règle de conflit de lois de la loi désignée par la règle de conflit désigne à son tour la loi française, dans une forme de retour à l’envoyeur) : « j’aime mieux la loi française que la loi étrangère »¹¹, comme une déclaration nationaliste, elle a du moins le mérite de l’honnêteté.

La première partie de ma réflexion sera consacrée à la possibilité du crypto-nationalisme en droit international privé (I) tandis que la seconde sera consacrée aux particularités du crypto-nationalisme dans la matière (II).

1. LA POSSIBILITÉ DU CRYPTO-NATIONALISME EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Le droit international privé peut se flatter d’être, par excellence, la matière d’accueil des normes étrangères (A), mais il rejoint par plusieurs aspects le champ d’études pris par Ruth Sefton-Green (B).

1.1. Un droit des autres droits

Le droit international privé est, selon la formule de Bertrand Ancel, « la branche du droit qui est chargée de gérer la rencontre des rapports d’intérêts privés avec la diversité des ordres juridiques »¹². L’existence même du droit international privé suppose la reconnaissance, au sens

⁹ *Cours de droit international privé français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 2^e éd., 1949, p. 346 ; pour mettre en évidence les passages les plus explicites, nous mutilons affreusement le texte original, dont rien ne remplace la lecture. Sur le nationalisme de Niboyet, v. P. Louis-Lucas, « Territorialisme et nationalisme dans l’œuvre de J.-P. Niboyet », *Travaux du Comité français de droit international privé. 1951-1954*, 12 décembre 1952, vol. 14, p. 27, DOI:10.3406/tcfdi.1955.1318.

¹⁰ Req., 1^{er} mars 1910, *D.P.* 1912.1.262, en ligne : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426031b/f264>.

¹¹ *D.P.* 1912.1.264 : « J’aime mieux que les tribunaux français, quand cela leur est permis, jugent d’après la loi française que d’après une loi étrangère qu’ils ne connaissent pas. J’aime mieux la loi française que la loi étrangère. J’aime mieux la jurisprudence de la cour de cassation que celle de la cour de Pau [qui était entrée en dissidence sur la question du renvoi] ».

¹² *Éléments d’histoire du droit international privé*, *op. cit.* note 6, p. 11.

large¹³, de droits différents de celui dont on adopte la perspective. Elle suppose de faire une place à l'étranger, à la différence.

Voici quelques illustrations récentes de la mesure dans laquelle le droit international privé reçoit les droits étrangers. Il permet au juge français d'appliquer le droit étranger, par exemple, la loi néerlandaise au contrat d'assurance souscrit par le fabricant et l'installateur de panneaux photovoltaïques, à l'occasion d'une action directe intentée en France contre leurs assureurs¹⁴ ; la loi marocaine à une action en recherche de paternité¹⁵. Il lui permet également de reconnaître la décision rendue par une juridiction new-yorkaise sur les conséquences financières et parentales d'un divorce entre un ressortissant français et une ressortissante russe et américaine¹⁶ ; de même qu'il confère des effets à l'adoption prononcée au Royaume-Uni¹⁷ ou en Allemagne¹⁸. Lorsque le juge du fond tient en échec la demande en divorce d'une épouse libyenne au motif que ce mariage place l'époux dans une situation de bigamie, la Cour de cassation casse son arrêt, faute d'avoir vérifié si le droit applicable ne permettait pas la polygamie¹⁹.

Chacun concevra néanmoins que le droit international privé n'est pas l'accueil inconditionnel des institutions étrangères. Tout le monde, instinctivement, songera aux limites à apporter aux effets de celles-ci dans l'ordre juridique français. De ce point de vue, il est possible de décrire le droit international privé autant comme un droit de l'accueil que comme un droit de la protection²⁰. Les termes délibérément vagues de la description donnée ici du droit international privé, s'ils permettent de faire ressortir sa principale originalité, ne permettent nullement de répondre à la question de savoir si le crypto-nationalisme existe en droit international privé et sous quelle forme.

Si l'on s'intéresse de plus près aux règles du droit international privé, on s'aperçoit qu'il est aussi susceptible que toutes les autres branches du droit de tendances crypto-nationalistes.

¹³ V. S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance*, thèse dactylographiée, Paris 2, 2017, p. 21.

¹⁴ Civ. 2^e, 8 juillet 2021, n^{os} 19-12.231, 19-17.453.

¹⁵ Civ. 1^{re}, 16 décembre 2020, n^o 19-20.948, sous la réserve expliquée ci-après au II B.

¹⁶ Civ. 1^{re}, 16 décembre 2020, n^o 19-13.701.

¹⁷ Civ. 1^{re}, 14 octobre 2020, n^o 19-15.783.

¹⁸ Civ. 1^{re}, 6 novembre 2019, n^o 18-17.111.

¹⁹ Civ. 1^{re}, 17 novembre 2021, n^o 20-19.420, *JCP G* 2021.2242, actu. C. Reitzer.

²⁰ Comp. L. d'Avout, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Travaux du comité français de droit international privé. 2014-2016*, 18 mars 2016, p. 220.

1.2. Un droit comme les autres droits²¹

Le droit international privé est certes un droit des autres droits (nationaux) mais également un droit comme les autres droits (dans le sens de branche du droit). L'analyse faite par Ruth Sefton-Green peut être reprise, *mutatis mutandis*, et appliquée au droit international privé.

Néanmoins, il me faut dès à présent distinguer trois hypothèses :

- Le crypto-nationalisme est à l'œuvre dans les réactions par rapport à la source (potentielle ou actuelle) des règles la matière : c'est l'hypothèse examinée par R. Sefton-Green pour le droit des contrats ;
- Le crypto-nationalisme s'exerce par rapport à la norme étrangère désignée (là encore, potentiellement ou actuellement) par la règle de droit international privé du for : c'est l'hypothèse que j'explorerai dans la deuxième partie de ma présentation ;
- Le crypto-nationalisme s'exerce par rapport à des personnes considérées comme étrangères : c'est une possibilité dont je ne traiterai pas, ne m'intéressant qu'aux règles étrangères et non aux personnes.

Il faut également lever une première ambiguïté du terme « nationalisme ». Dans le contexte du droit international privé, on pourrait qualifier de « nationaliste » la thèse, aujourd'hui hégémonique, selon laquelle le droit international privé est de source nationale et non internationale. Mais comme cette constatation ne s'accompagne pas nécessairement d'une exaltation de cette source nationale, et peut parfaitement coexister avec le souhait que les sources internationales se multiplient, il est plus correct de parler à cet égard de « particularisme », par opposition à l'universalisme, qui était la vision défendue par beaucoup de spécialistes du XIX^e siècle²².

1.2.1. Les règles de droit international privé d'origine européenne

Qui douterait encore de l'existence de tendances crypto-nationalistes en droit international privé n'aurait qu'à se reporter à l'article dont je m'inspire. Certaines des réactions répertoriées au développement du droit de l'Union européenne appartiennent en propre à la doctrine française de droit international privé²³. Par ailleurs, et contrairement au sujet de départ

²¹ Comp. M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, Paris-la Défense, LGDJ, Manuel, 7^e éd., 2020, p. 23, 34 : « Un droit pas comme les autres / Un droit comme les autres ».

²² V. H. Batiffol, « Nationalisme et internationalisme en droit international privé », cours IHEI, Paris, 1964, p. 1.

²³ V. R. Sefton-Green, « French and English crypto-nationalism and European private law », *op. cit.* note 2, p. 270.

de Ruth Sefton-Green, c'est-à-dire l'unification du droit européen des contrats, l'unification du droit international privé entre les États membres de l'Union européenne a, elle, bien eu lieu, au moins dans certains domaines qui représentent désormais une grande partie de la matière. Sans entrer dans le détail des débats qui ont jalonné l'adoption d'instruments communautaires en droit de l'Union européenne²⁴, certains des arguments invoqués reposent sur une nécessaire prééminence de la norme d'origine nationale par rapport à la norme de droit de l'Union européenne.

Si la présente communication se contentait de signaler la banalité du raisonnement crypto-nationaliste, elle aurait finalement peu d'intérêt. Il me semble plus intéressant d'explorer les particularités des tendances crypto-nationalistes en droit international privé.

1.2.2. Les règles étrangères désignées par les règles françaises de droit international privé

On constate que, dans les affaires internationales, la fréquence d'application du droit français est plus élevée que la seule consultation des méthodes en usage le laisserait penser : en bref, là où on s'attendrait à ce que le droit étranger soit relativement souvent appliqué, son application effective reste marginale.

La question de savoir si, sous couvert d'un traitement égalitaire des différentes lois du monde, le droit international privé français ne favorisait pas indûment la loi interne française (la loi du for), a reçu une réponse négative dans une thèse publiée en 1959 et intitulée *La compétence du droit français dans le règlement du conflit de lois*. La conclusion de l'auteur était que la prédominance pratique du droit français ne résultait pas d'une préférence inavouée de la part du juge, mais du jeu normal des règles de conflit de lois (règles de compétence, règles de conflit, renvoi, ordre public, etc.). « L'application de la loi française est certes favorisée, mais sans que l'on puisse taxer les tribunaux de nationalisme. L'équilibre atteint paraît très heureux »²⁵.

Outre ces facteurs « juridiques », de nombreuses données de fait amènent le juge français à appliquer plus souvent le droit français qu'un droit étranger dans des situations internationales. L'une de ces données, et non la moindre, est le fait que l'élément d'extranéité

²⁴ V. S. Clavel, « Le droit international privé européen est-il "honorable" ? Retour sur une controverse doctrinale », in V. Heuzé, R. Libchaber, P. de Vareilles-Sommières (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, France, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 119-132.

²⁵ J.-M. Bischoff, *La compétence du droit français dans le règlement du conflit de lois*, Paris, LDGJ, Bibliothèque de droit privé n° 11, 1959, p. 204.

et ses conséquences pour l'affaire qu'il affecte sont souvent omis dans la décision prise par le juge²⁶, pour diverses raisons, par exemple, parce que la partie qui aurait intérêt à l'application des règles de droit international privé n'a pas les moyens d'obtenir un conseil juridique approprié²⁷. De ce point de vue, ce ne sont pas les juges qui sont victimes de biais particuliers²⁸ mais le droit international privé qui manque d'effectivité.

La question à laquelle Bischoff répondait en 1959 resurgit périodiquement avec la dénonciation du *Heimwärtsstreben*, véritable repoussoir pour les spécialistes du droit international privé. Ce terme difficilement traduisible – anglais : *homeward trend*, je propose « pantouflardise » – renvoie à la tendance, chez les acteurs du droit et principalement les juges, à s'épargner la recherche et l'application du droit étranger en tirant prétexte des méthodes de droit international privé elles-mêmes : « nous nommons *Heimwärtsstreben* [...] la tendance de certaines lois et certains auteurs, mais surtout de beaucoup de juges, d'arriver aussi souvent que possible à l'application de leur propre droit (la *lex fori*) »²⁹. Il s'agit d'un concept stimulant car il permet une observation critique des notions employées en pratique dans les décisions de justice, afin d'examiner si leur apparente irréprochabilité technique ne dissimule pas un coupable accommodement avec les règles qui appelleraient l'application d'un droit étranger.

Le *Heimwärtsstreben* doit être distingué du *lex-forisme*, dans la mesure où celui-ci peut être aussi bien un aspect du *Heimwärtsstreben*, sa manifestation la plus directe, que le résultat d'une approche réaliste mais non-nationaliste des conflits de lois³⁰. Le *lex-forisme* consiste à appliquer systématiquement la loi du juge saisi et n'appliquer de lois étrangères qu'exceptionnellement. Le paradigme actuel devant le juge français est plutôt celui de l'égalité formelle de traitement des différentes lois du monde.

²⁶ V. déjà C. Labrusse-Riou, « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *Trav. com. fr. DIP*, 1979, vol. 1, n° 1975, p. 120, DOI:10.3406/tcfdi.1979.1214.

²⁷ V. C. Bessière, S. Gollac, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, L'envers des faits, 2019, p. 89.

²⁸ Même si leur existence ne peut être exclue : v. C. Bessière et al., « Faut s'adapter aux cultures, Maître ! », *Ethnologie française*, Presses Universitaires de France, 2018, vol. 169, n° 1, p. 131-140.

²⁹ P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Tübingen, Mohr, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht n° 30, 2^e éd., 1976, p. 67 (traduction personnelle).

³⁰ Par exemple, chez A.A. Ehrenzweig, « The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws », *Mich. L. Rev.*, mars 1960, vol. 58, n° 5, p. 637-688 ; « La loi du forum compétent. L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de de conflit de juridictions », *Liber amicorum, Baron Louis Fredericq*, Gent, Faculteit der rechtsgeleerdheid te Gent, 1965, p. 401.

Le *Heimwärtsstreben* ne semble pas non plus se réduire au crypto-nationalisme, bien qu'il puisse être motivé par une forme d'hostilité à l'égard des normes étrangères. Le ressort du *Heimwärtsstreben* peut aussi être la crainte de ne pas appliquer correctement le droit étranger.

Ces précisions ayant été données, je m'interrogerai sur la présence éventuelle de raisonnements crypto-nationalistes dans les raisonnements judiciaires de droit international privé.

2. LES PARTICULARITÉS DU CRYPTO-NATIONALISME EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Les particularités du droit international privé s'agissant du crypto-nationalisme sont largement dues au rôle que joue la nationalité comme élément de ses règles, et à la confrontation permanente avec des situations et des normes étrangères. J'examinerai donc dans l'ordre deux traits bien particuliers du droit international privé, à l'occasion desquels le législateur, le juge, ou d'autres acteurs du droit pourraient faire preuve d'une préférence sentimentale inavouée pour les normes locales. Ce faisant, je laisse sans doute de côté beaucoup d'institutions qui auraient pu être analysées sous l'angle du crypto-nationalisme³¹.

2.1. Les règles de conflit de lois, notamment celles fondées sur la nationalité

L'utilisation de la loi nationale reflète-t-elle un certain crypto-nationalisme ? Tout d'abord, précisons que « loi nationale » signifie en droit international privé « loi de la nationalité de l'individu en cause (ou des individus en cause) ». Pour renvoyer à la loi de l'État considéré, on préfère en général l'expression « loi du for » (c'est-à-dire droit interne du juge qui a été saisi ou dont on adopte le point de vue par anticipation). Pour éviter la confusion entre l'attitude politique qu'est le nationalisme et la préférence pour le rattachement par la nationalité en droit, la seconde est nommée « personnalisme », par opposition au « territorialisme » qui marque la préférence pour des rattachements plus ancré dans l'espace, tels que le domicile.

On pourrait me dire que ces subtilités terminologiques fournissent un alibi à un tropisme crypto-nationaliste. Mais il me semble plutôt que ce sont en général les raisonnements territorialistes qui, en droit international privé, sont susceptibles de venir couronner un projet

³¹ Je pense en particulier aux lois de police. Si l'on devait s'attacher à la perception commune du droit international privé, un exemple intéressant de crypto-nationalisme me semble à l'œuvre dans le traitement médiatique français des aspects civils de l'enlèvement d'enfants, mais je n'ai pas réussi à amasser suffisamment de sources en ce sens. Je n'ai pas traité de la compétence judiciaire, car s'il existe bien un nationalisme en la matière (cf. note suivante), ce n'est pas par rejet de normes étrangères, mais plutôt une discrimination entre nationaux et étrangers.

crypto-nationaliste, alors que le personnalisme, dans son principe, me paraît plus difficilement assimilable au nationalisme dans sa version protectionniste ou impérialiste³².

Comme il a été mentionné, Mancini, dont les idées ont profondément influencé le droit international privé européen de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècles, était nationaliste, et surtout, personnaliste. Du point de vue des rattachements, il militait pour que la nationalité fournisse « le fondement du droit des gens ». Mais il était également universaliste : la nationalité devait valoir comme rattachement pour tous les États. Quelle que soit la faisabilité d'un tel système, l'ambition n'est pas de protéger les nationaux ou d'imposer son propre droit à des étrangers, mais bien de délimiter harmonieusement les compétences législatives étatiques. Inversement, Niboyet, qui faisait preuve de nationalisme dans son approche du droit international privé, était territorialiste.

Par ailleurs, je m'interroge sur ce que serait une attitude nationaliste au stade du raisonnement sur le droit applicable, au-delà du rattachement à la nationalité. S'agit-il de réserver son droit à ses nationaux, de la même façon que jusqu'à une certaine époque, seuls les Romains avaient accès au *ius civile* tandis que les pérégrins devaient s'adresser au prêteur pérégrin ? Ou s'agit-il, au contraire, de forcer l'application de son droit au cercle le plus élargi, d'étendre le champ d'application de la loi du for au détriment des normes étrangères ? Les deux attitudes peuvent se prêter à des desseins nationalistes, de même qu'elles peuvent être le résultat d'une toute autre motivation.

Le législateur français, en 1975, a ainsi adopté une règle de conflit de lois unilatérale en matière de divorce dont le champ d'application est volontairement large, pour faire bénéficier plus de couples du droit français du divorce – et notamment du divorce par consentement mutuel³³. Le législateur français de 2013 a été sujet au même « emballement » : la règle de conflit de l'article 202-1 alinéa 2 du code civil français, sur le mariage entre personnes de même sexe est une règle « à coloration matérielle » qui permet de valider le mariage même si la loi désignée par le rattachement classique de la nationalité l'invalide³⁴. Le propre de telles règles est de favoriser un certain résultat matériel plutôt que de faire dépendre celui-ci du contenu

³² Sur les différentes significations du nationalisme, v. H. Gaudemet-Tallon, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », *Trav. com. fr. DIP*, 1989, vol. 8, n° 1986, p. 171, DOI:10.3406/tcfdi.1989.978.

³³ V. P. Francescakis, « Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international », *Rev. crit. DIP*, 1975, p. 581.

³⁴ V. P. Hammje, « “Mariage pour tous” et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *Rev. crit. DIP*, 2013, vol. 2013, n° 4, p. 782.

d'une seule loi³⁵. En toute rigueur, on pourrait y voir un exemple de crypto-nationalisme, puisque le législateur français s'est persuadé que les solutions retenues en droit français étaient nécessairement meilleures que celles retenues dans des droits étrangers. Mais le législateur français n'est-il pas, de toute façon, excusé de penser que la loi française est la meilleure³⁶ ?

In abstracto, l'utilisation du critère de la nationalité pour déterminer la loi applicable à certaines questions de droit ne témoigne pas d'une conception nationaliste xénophobe, mais d'une prise de position sur l'indice le plus pertinent du rattachement d'une situation à un ordre juridique donné, contestable comme toute autre prise de position sur le même problème. Il a été avancé que la nationalité était en déclin³⁷, dans la mesure où on lui préférera, pour l'élaboration des règles de conflit de lois, d'autres facteurs de rattachement, tels que la résidence habituelle. Cela vaut en droit de l'Union européenne, mais la proposition de loi sur l'adoption, dans le texte adopté par le Sénat, continue à faire prévaloir le rattachement par la nationalité sur celui de la résidence habituelle³⁸.

2.2. L'ordre public international

Lorsqu'une loi étrangère est désignée par le juge français, elle peut encore être évincée par ce qu'il est convenu d'appeler l'ordre public international. La définition classique de l'ordre public international a été donnée dans un arrêt *Lautour* de 1948³⁹. Un camion chargé d'essence, dont le conducteur est un Français travaillant pour un compatriote, entre en collision avec un train en Espagne et explose. Le conducteur, français également, d'un autre véhicule est tué dans l'accident. Sa veuve assigne alors le commettant français du conducteur du premier camion en réparation des préjudices non couverts par l'indemnisation forfaitaire des accidents du travail qu'elle a obtenu de l'employeur de son mari décédé. La responsabilité pour faute étant exclue, le débat se déplace sur le terrain de la responsabilité du fait des choses, que le droit espagnol de l'époque, désigné par la règle de conflit de lois française, ne prévoirait pas. Mais cette

³⁵ V. C. Guillard, *Justice conflictuelle et justice matérielle : pertinence et pérennité de la distinction. Etude en droit international privé de la famille*, thèse, Paris 2, 2021, p. 254.

³⁶ Sur cette question, v. d'un point de vue de théorie du droit, P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Boston, MNijhoff, 2008, vol. 327, p. 146 ; et d'un point de vue plus pratique : P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, op. cit. note 31, p. 67 : « en législation, la préférence accordée au droit du for repose sur la croyance naïve en sa supériorité par rapport aux réglementations étrangères ».

³⁷ V. É. Pataut, *La nationalité en déclin*, Paris, Odile Jacob, Collection Corpus, 2014.

³⁸ Proposition de loi relative à l'adoption, article 2, 15°, en ligne : <https://www.senat.fr/leg/tas21-011.html>. La loi du 17 mai 2013 a également confirmé le rattachement de la nationalité pour les conditions de fond du mariage, en insérant dans le code civil un article 202-1 qui fait référence à la « loi personnelle », donc nationale.

³⁹ Civ., 25 mai 1948 ; v. B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2006, p. 164.

impossibilité d'obtenir réparation en vertu du droit applicable ne peut-elle pas être surmontée par le caractère d'ordre public des règles françaises sur ce point ? Ici la Cour de cassation est très nette : « l'ordre public interne français [n'a] à intervenir qu'au regard du fait des choses utilisées en France au moment de l'accident, sous la seule réserve de principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue, principes non mis en cause dans l'espèce ». Si l'ordre public international est présenté de façon moins solennelle dans les manuels⁴⁰, il est resté de cette formule le principe d'une appréciation stricte de l'ordre public international, qui se traduit par un appel à la modération dans son utilisation.

Il existe donc un ensemble de valeurs dont la méconnaissance par l'application de la loi étrangère applicable provoquerait un retour au droit du for. Pour donner un exemple récent, la Cour de cassation a estimé que « la loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation hors mariage doit être écartée comme contraire à l'ordre public international lorsqu'elle a pour effet de priver un enfant mineur du droit d'établir sa filiation »⁴¹, conformément à une position désormais établie⁴². Cette jurisprudence est intéressante à deux titres. Elle illustre d'abord l'évolution des valeurs du droit français dans le temps : du temps que la recherche de paternité naturelle était interdite ou limitée (à partir de 1912) en droit français, les juridictions françaises se refusaient à appliquer des lois plus libérales⁴³ ; ce sont désormais les lois étrangères plus restrictives, qui pour certaines sont décalquées de l'ancien droit français⁴⁴, dont l'application est contraire aux valeurs françaises au point d'écarter leur mise en œuvre. Par la référence au « droit d'établir sa filiation », cette jurisprudence montre également la place qu'ont pris les droits fondamentaux dans les valeurs défendues par l'ordre public international.

L'ordre public international est au diapason des évolutions du droit interne et c'est la raison pour laquelle il est le principal suspect lorsqu'il s'agit de débusquer des sous-textes nationalistes dans les décisions françaises rendues en matière internationale : « c'est dans le domaine de l'ordre public que les tendances nationalistes se sont manifestées de la manière la plus aiguë – tendances nationalistes ou particularistes ou à tout le moins cherchant à faire

⁴⁰ V. B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8^e éd., 2018, p. 335.

⁴¹ Civ. 1^{re}, 16 décembre 2020, n° 19-20.948.

⁴² Civ. 1^{re}, 10 février 1993, n° 89-21.997, *Bull. I*, n° 64 ; 10 mai 2006, n° 05-10.299, *Bull. I*, n° 226 ; 26 octobre 2011, n° 09-71.369 ; 27 septembre 2017, n° 16-19.654 ; pour une présentation, v. M. Cresp, M. Ho-Dac, *Droit de la famille. Droits français, européen, international et comparé*, Bruxelles, Bruylant, Europe(s), 2017, p. 688.

⁴³ Paris, 2 août 1866, S. 1866.2.342 ; Civ. 1^{re}, 8 décembre 1953, *Rev. crit. DIP* 1955.133, note Motulsky et la jurisprudence citée p. 135.

⁴⁴ Ainsi dans l'arrêt du 27 septembre 2017 précité (loi camerounaise rendant irrecevable la recherche en paternité de l'enfant dont la mère a été « d'une conduite notoire »).

prévaloir la loi française de préférence à la loi étrangère »⁴⁵. C'est ce reproche qui semble avoir en grande partie motivé la thèse que j'ai citée sur la compétence du droit français dans le règlement du conflit de lois⁴⁶. L'ordre public, lorsqu'il joue pour écarter la norme étrangère, peut être considéré comme un mécanisme « perturbateur » qui désavoue la répartition opérée par la règle de conflit de lois, inspiré par un refus des normes étrangères.

Il me paraît difficile de passer de cette position abstraite, qui justifie les injonctions doctrinales à la prudence, à une analyse concrète qui prétendrait, pour une affaire donnée, isoler un cas de décision crypto-nationaliste. De ce point de vue, j'aurais plutôt tendance à faire confiance aux juges et à estimer que, si l'exception d'ordre public international est dans le débat, les parties auront l'occasion de s'expliquer et de présenter au juge les arguments de fond qui lui permettront de dépasser l'éventuel préjugé favorable qu'il nourrit pour « sa » loi.

L'exemple pris ici montre d'ailleurs le relatif embarras qui peut saisir le juge au moment d'écarter la loi étrangère applicable pour revenir au droit français. Dans un premier état de sa jurisprudence, la Cour de cassation estimait que l'éviction de la loi étrangère interdisant ou restreignant les recherches en paternité « naturelle » ne jouait qu'à condition que l'enfant soit « français ou résidant habituellement en France ». Il s'agissait d'un ordre public dit de proximité, justifié tant pour des raisons d'effectivité des décisions (si l'enfant n'est ni français, ni ne réside en France, la décision risque de ne pas l'aider matériellement, car elle sera sans doute privée de reconnaissance là où il réside) que de rattachement (l'éviction d'une loi étrangère applicable ne peut avoir lieu que si la loi vers laquelle on s'en revient présente de sérieux titres à l'application)⁴⁷. Le problème avec un tel raisonnement est que, bien qu'il éloigne le risque de crypto-nationalisme sur le plan normatif, il peut vite tomber dans une autre forme de nationalisme, en créant une distinction entre les enfants français ou résidant en France et les autres. Il faut que le critère de distinction choisi soit suffisamment solide pour résister à une telle critique.

Après avoir essayé de cerner les particularités du crypto-nationalisme en droit international privé, il me semble que c'est précisément l'utilisation de la nationalité comme

⁴⁵ H. Batiffol, *Nationalisme et internationalisme en droit international privé*, *op. cit.* note 23, p. 140 ; v. également L. Chedly, « L'ordre public en droit international privé, instrument de chauvinisme, d'impérialisme ou d'universalisme ? », in Institut suisse de droit comparé (dir.), *Rapports présentés au Colloque à l'Occasion du 20e Anniversaire de l'Institut Suisse de Droit Comparé*, Genève Zurich Bâle, Schulthess, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé, 2004, p. 149-167.

⁴⁶ J.-M. Bischoff, *La compétence du droit français dans le règlement du conflit de lois*, *op. cit.* note 27.

⁴⁷ V. L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2009, vol. 18, n° 2006, p. 216, DOI:10.3406/tcfdi.2009.1977.

facteur de rattachement et la prise en compte explicite d'intérêts et de valeurs « nationaux » (si par nationaux il faut entendre étatiques) qui permettent d'exorciser les dérives cryptonationalistes. C'est en explicitant et en rationalisant le contact avec les normes étrangères que le juge ou le législateur peut concilier leur prise en considération avec la défense internationale de certaines politiques. Le droit international privé n'est donc pas immunisé contre le nationalisme normatif, mais celui-ci n'y sévit pas plus qu'ailleurs.