



CRFPA

PRÉCIS DE CULTURE JURIDIQUE

Grand oral

Sous la direction de
François-Xavier LUCAS
et Thierry REVET

5^e édition

Examen
national
Session
2021

LGDJ

un savoir-faire de
Lextenso

français, c'est celui des cinq codes napoléoniens. Deuxièmement parce que l'enseignement, par souci d'indépendance envers l'Église, souhaite tenir à distance tout débat faisant appel à une métaphysique.

L'un des meilleurs représentants de ce courant fut le grand juriste Carré de Malberg dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*. Le livre, publié au lendemain de la Grande Guerre, doit être tenu pour le résultat d'un siècle de positivisme de plus en plus marqué. Que lit-on? « Qu'en raison comme en justice, au point de vue de l'opportunité politique comme au point de vue de l'utilité sociale, la loi ne puisse se ramener exclusivement à la volonté arbitraire du législateur, qu'au-dessus de cette volonté actuelle il puisse se concevoir et il existe effectivement des vérités ou des règles permanentes dont on puisse affirmer qu'aucune prescription législative positive ne devrait méconnaître la supériorité transcendante, c'est ce qui n'est pas contestable. Mais, ce qui demeure éminemment contestable, c'est la possibilité de concilier l'inviolabilité de ces règles supérieures avec le fait positif de la puissance de l'État d'une part, et d'autre part avec un second fait, encore plus grave, celui de la nécessité sociale d'une telle puissance. Les auteurs, qui ont essayé de contribuer à cette conciliation, ne paraissent pas avoir obtenu jusqu'à présent de résultats juridiques ayant une valeur appréciable. Quelque effort que l'on tente, en effet, pour faire, dans la question du fondement du caractère impératif de la loi, la part du respect dû à ces préceptes supérieurs, on se heurtera toujours à l'obstacle insurmontable qui résulte de ce que, sur le terrain de la science du droit, on ne peut, sans compromettre à la fois tout l'ordre juridique et tout principe d'organisation étatique, ni dénier à l'autorité législative établie par la Constitution le pouvoir de discerner et de formuler les règles qui, à raison de leur valeur intrinsèque et idéale, méritent d'être érigées en lois positives, ni davantage dénier à ces décisions positives du législateur une valeur impérative, qui d'ailleurs ne peut être mise en doute, étant donné la puissance coercitive de l'État ».

Ce texte, d'une grande clarté de concept et d'écriture, résume parfaitement le lien entre la conception philosophique et politique du positivisme. On comprend aussi parfaitement que la République se veut l'héritière directe du roi absolu.

II. L'œuvre de Kelsen et la pyramide

Kelsen: le Descartes du droit. – Mais, troisième nom important à connaître, celui qui fera d'une idée un système, ce fut Hans Kelsen⁸, juriste autrichien (1881-1973) dans un ouvrage dense intitulé *Théorie pure du droit*⁹.

Kelsen part¹⁰ d'une donnée: « La connaissance juridique a pour objet les normes qui ont le caractère de normes juridiques et confèrent à certains faits le caractère d'actes de droit (ou d'actes contre le droit). En effet, le droit, qui forme l'objet de cette connaissance, est un ordre ou règlement normatif de l'action humaine, c'est-à-dire un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains. Le mot *norme* exprime l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon. » Le droit est donc un ensemble de normes obligatoires et contraignantes.

7. T. I., p. 207.

8. BAUME S., *Kelsen, plaider la démocratie*, 2007, Michalon, Le Bien Commun.

9. Le livre ne sera vraiment connu en France qu'en 1962 par la traduction qu'en fit alors Ch. Eisenmann (1962, Paris, Dalloz).

10. *Ibid.*, p. 6.

Comment édicter ces normes? Kelsen élabore, alors¹¹, sa très célèbre «pyramide» qui se traduit par la théorie de la *hiérarchie des normes*. On doit connaître ce passage, célèbre entre tous: «Pour exprimer la relation en question, on peut utiliser l'image spatiale de la hiérarchie, du rapport supériorité/subordination: la norme qui règle la création est la norme supérieure, la norme créée conformément à ses dispositions est la norme inférieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques. Son unité résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci: qu'à son tour, la création a été aussi réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité; et cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale - norme supposée. La norme fondamentale hypothétique - en ce sens - est par conséquent le fondement de validité suprême, qui fonde et scelle l'unité de système de création¹²». Il importe de souligner un principe de Kelsen, fondement de toute la doctrine positiviste: «on a déjà évoqué à maintes reprises cette particularité que présente le droit de régler lui-même sa propre création». Le droit est le pélican de la mythologie: il s'engendre lui-même. Le droit est, paradoxalement, la source du droit.

Ce système est relativement aisé à décrire¹³. Pour ce qui est du droit français, partons du bas de la pyramide. Un arrêté doit être conforme à un décret, lui-même conforme à une loi et la loi régulière au regard de la constitution.

Il est utile de bien connaître cette structure que l'on peut présenter de la manière suivante: Premièrement:

- Assises de la Constitution (Déclaration des droits de l'homme de 1789 + Préambule de la Constitution de 1946 + Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République)
- Constitution du 4 octobre 1958
- Traités internationaux (Const., art. 55)

Deuxièmement:

- Lois organiques (Const., art. 46)
- Lois ordinaires (Const., art. 34)
- Ordonnances (Const., art. 38)

Troisièmement:

- Décrets du président de la République (pris en conseil des ministres, art. 37)
- Décrets autonomes du Premier ministre (Const., art. 37)
- Décrets d'application du Premier ministre (Const., art. 21)

Quatrièmement:

- Arrêtés ministériels
- Arrêtés préfectoraux (ou d'un président de conseil général)
- Arrêtés municipaux (pris par un maire)

Cinquièmement:

- Circulaires d'application (mais n'ont pas de valeur contraignante)

11. *Ibid.*, p. 299.

12. *Ibid.* eod. loc.

13. MAGNON X., *Théorie(s) du droit*, 2008, Ellipses, p. 71 s. «l'ordre juridique».

- Réponses ministérielles (simple avis d'un ministre)
- Rescrits de certaines juridictions (simples interprétations de textes nouveaux)

Critiques. – Quelle critique apporter à la théorie de Kelsen ? Elle est une excellente et pertinente démonstration du *processus* d'élaboration des *normes* du droit écrit. Kelsen fait une analyse de compétence des autorités et introduit la théorie de Montesquieu des contre-pouvoirs au sein même de l'ordre juridique. De ce point de vue, sa construction est d'une absolue cohérence. Il faut ajouter son immense mérite pratique : ce n'est pas la moindre des valeurs d'une bonne théorie.

Toute la difficulté tient à ce que Kelsen valide, en définitive, sa théorie en fondant sa pyramide sur la proclamation de « droits fondamentaux » (le qualificatif prend ici toute sa force) délicats à déterminer : quelle est leur véritable nature ? quelle est leur véritable expression ?

Nature de la « norme fondamentale ». – L'on a rapidement objecté que le sommet (ou la base, comme l'on veut) de la pyramide aboutit inexorablement à une *impasse*. Lorsqu'on aboutit à la Constitution, la question est alors de savoir quelle norme supérieure légitime celle-ci.

Que nous dit Kelsen au sujet de la norme fondamentale ? « Si l'on veut se faire une idée juste de ce qu'est la norme fondamentale, il faut avant tout conserver présent à l'esprit qu'une norme fondamentale se rapporte : de façon immédiate, à une Constitution déterminée, qui a été posée effectivement, qui a été créée soit par la coutume, soit par un acte conscient d'édiction, et qui est en gros et en général efficace ; de façon médiate, à l'ordre de contrainte qui a été créé conformément à cette Constitution et qui est en gros et en général efficace ; elle fonde la validité de cette Constitution d'abord et de l'ordre juridique tout entier dont celle-ci est la base, ensuite »¹⁴.

Kelsen soutient « qu'en faisant l'hypothèse d'une norme fondamentale, on affirme aucune valeur transcende au droit positif ». Or, c'est là manifestement que le bât blesse. Kelsen confond deux choses bien distinctes : l'édiction de la norme fondamentale (qui est bien un acte purement juridique) et son contenu (qui, à ce niveau, ne peut être purement juridique). Le contenant (à savoir la Constitution et plus généralement les déclarations qui précèdent) est bien une norme juridique. Le contenu l'est beaucoup moins.

Prenons un exemple banal. Le Conseil constitutionnel a dit, dans une décision importante du 27 juillet 1994 (à propos des lois de bioéthiques), que la dignité de la personne humaine était un principe à valeur constitutionnelle. Pourquoi ? Parce que, d'une manière d'ailleurs incidente, le préambule de 1946 fait allusion à la dignité de la personne. De ce point de vue, il est tout à fait raisonnable de dire que la valeur que constitue la dignité de la personne humaine est intégrée dans le « bloc de constitutionnalité ». En revanche, il est inexact de soutenir que ce principe n'a de valeur que parce qu'il est relevé dans la Constitution. Ce principe n'est nullement juridique par lui-même : c'est un principe transcendant qui a, de par le droit, des *effets* immanents ; c'est un principe métaphysique qui a une *traduction* juridique. Ce principe est *reçu* par le droit, il n'est certainement pas *créé* par le droit. La démonstration en est que ce principe n'est nullement un principe de droit *français* mais un principe *universel*.

En fait, Kelsen n'a pas voulu reconnaître que sa « norme fondamentale » était le « *check point* » entre le droit et les autres valeurs fondatrices de la société. Cette « norme

14. Kelsen H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 266.

fondamentale», parce qu'elle est une « norme », est bien du droit en tant que contenant, mais parce qu'elle est « fondamentale », n'est pas du droit en tant que contenu, du moins, et c'est l'ambiguïté parfaite du terme « droit », en tant que « droit positif » : le droit fondamental qui fonde le droit positif ne peut lui-même être du droit positif.

Fondamentalité à tous les étages de la pyramide. – La seconde critique touche au niveau d'édition des droits fondamentaux. Pour Kelsen, les choses sont très simples : les droits fondamentaux sont contenus dans la norme fondamentale. Bien entendu, dans l'absolu, c'est ainsi qu'il devrait en être et la « loi fondamentale » de l'Allemagne (très inspirée de Kelsen) en est un assez bon exemple. Mais, concrètement et en France spécialement, il n'en a jamais été ainsi, pour diverses raisons. D'une part, la Constitution, même assortie de déclarations liminaires, ne peut tout prévoir par avance. Parce que le droit découle de la nature d'une société, il est nécessairement mouvant. Le constituant français de 1946 l'a parfaitement compris en doublant la vénérable déclaration de 1789 d'une seconde déclaration plus moderne. Les droits fondamentaux sont en découverte permanente, les inscrire une fois pour toutes dans une constitution, c'est courir le péril de les *figer*. Parce qu'ils sont des droits fondamentaux, ils répugnent à être des droits écrits : ce sont des droits plus déclarés qu'édictees. D'autre part, même écrite, la notion même de « fondamentale » est totalement distincte de la place de la norme qui décrit un « droit fondamental » : la valeur du contenu ne dépend pas du rang du contenant.

Tout ce qui est dans la Constitution n'est pas nécessairement du droit fondamental ; à l'inverse, tout le droit fondamental n'est pas dans la Constitution. Prenons un simple exemple. La Constitution française ne fait aucune allusion au principe du respect dû à la vie privée, en revanche le Code civil, à son article 9, en assure une efficace protection : c'est pourtant bien un droit fondamental alors même que le Code civil n'a qu'une valeur législative. La même Constitution ne dit rien du principe du respect de la contradiction dans une procédure judiciaire, en revanche le nouveau Code de procédure civile, à son article 16, en fait un principe absolu : c'est bien un droit fondamental même si ce code n'est qu'un assemblage de plusieurs décrets autonomes.

La *valeur d'un droit* est donc nettement distincte de la *valeur de la norme* qui le consacre¹⁵. Les droits fondamentaux se retrouvent à *tous les étages* de la pyramide et non simplement au sommet parce que ce n'est pas de la Constitution que découle le droit mais c'est du droit que provient la Constitution (É. Picard).

Destin du positivisme. – Si Kelsen jouit d'une telle autorité aujourd'hui dans la doctrine juridique, malgré les incertitudes de sa théorie trop systématique (d'aucuns diront mécanique), c'est certainement parce qu'il a donné une doctrine à une attitude plus qu'une école : le positivisme¹⁶.

L'on dénomme « positivisme » le parti qui consiste à dire que le droit se suffit à lui-même et que le juriste n'a pas à sortir de sa sphère pour exercer son art et sa science. Le terme

15. BEIGNIER B., « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs – Les principes généraux du droit et la procédure civile », *Mélanges Pierre Catala*, 2001, Litec, p. 153 et s.

16. V. BLOQUET S., « Quand la science du droit s'est convertie au positivisme », *RTD civ.* 2015, p. 59. L'auteur montre comment, à partir du second tiers du XIX^e siècle, la doctrine positiviste a pris progressivement la place de la « doctrine de transition » des premiers commentateurs du Code civil. Une explication peut en être trouvée dans son objet : infléchir autant la science juridique vers une forme d'exclusivisme légal que rénover les procédés méthodologiques par une lecture libérale de la législation civile.

dérive de « droit positif » qui signifie « droit posé » ou « établi ». Le droit n'est que le droit écrit d'où l'amalgame fréquent entre le *droit* et la *norme* (contenu et contenant).

Nuances. – Quels regards porter sur cette manière de concevoir le droit ? La nuance s'impose. Dans la vie quotidienne, de fait, tout juriste est bien un positiviste. L'avocat chargé de suivre une procédure de saisie immobilière suivra la procédure indiquée dans le Code de procédure civile. Le notaire opérant une liquidation d'un régime de communauté se conformera aux règles déterminées pour cela dans le Code civil. Le juge administratif ayant à statuer sur une affaire de marchés publics ira quérir la solution dans le Code des marchés publics. Nier que le droit, dans la pratique, est d'abord une *technique*, c'est nier une évidence.

Le péril vient non pas du positivisme pratique mais de l'autisme positiviste¹⁷, c'est-à-dire de l'inaptitude de certains juristes à réfléchir sur le droit en dehors du droit, à avoir des perspectives et des pensées qui le dépassent. D'une subtilité dans l'art d'interpréter avec intelligence, talent et imagination, le droit tel qu'énoncé par les autorités compétentes peut sourdre un entêtement, une obnubilation et même, dans les cas extrêmes, une démission intellectuelle gravissime.

Le positivisme est donc, dans un premier temps, l'art consommé du praticien du droit à *jouer* du droit ; il peut être, dans un second temps, une paresse de l'esprit voire une démission de l'âme. Il ne devient périlleux que lorsqu'il rétrécit l'esprit après en avoir dilaté les facultés. Il y a un positivisme de facilité (restons entre juristes) et un positivisme de conviction (imposons-nous aux philosophes).

Kelsen fut non seulement un grand juriste mais encore un très grand juriste, au surplus courageux. Simplement, sa théorie a été simplifiée à l'extrême pour servir de fin de non-recevoir à toute pensée philosophique, et plus encore métaphysique, sur le droit. Il a servi de justification à réduire le droit à une *science normativiste* et à introduire dans le droit l'esprit *scientiste* (qui n'est pas l'esprit *scientifique*). Il importe de distinguer les deux¹⁸. C'est certainement trahir son œuvre magnifique et déterminante que de l'invoquer pour éviter de s'interroger sur l'*art* de la justice qui découle du droit, vecteur des valeurs d'une société et, au-delà, de l'humanité.

§ 2. Les conflits de sources

I. Les conflits de lois dans le temps

Thierry Le Bars

Professeur de droit privé, ancien doyen de la Faculté de droit de l'Université de Caen Basse-Normandie

De l'article 1^{er} du Code civil, il ressort qu'en principe les lois et les règlements publiés au *Journal officiel de la République française* entrent en vigueur « à la date qu'ils fixent ou,

17. MAGNON X., « En quoi le positivisme – normativisme est-il diabolique ? », *RTD civ.* 2009, p. 269. Accusation excessive, mais en quoi serait-il angélique ?

18. En particulier, BINET J.R., *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, 2002, PUF, coll. Partage du savoir, toute la 2^e partie « le droit asservi par le scientisme » (p. 143 et s.). Au-delà du droit : REV O., *Itinéraire de l'égarement, Du rôle de la science dans l'absurdité contemporaine*, 2003, Le Seuil ; LURCAT F., *De la science à l'ignorance*, 2003, éd. du Rocher. Question posée par ce dernier : « Pourquoi le mode de pensée des savants est-il souvent totalitaire ? ». Inquiétant. À compléter par WALTERS L., *L'éclipse du savoir*, 2008, éd. Allia.

à défaut, le lendemain de leur publication». Cependant, ce texte ne résout pas toutes les difficultés que pose le remplacement d'une règle de droit par une autre. En effet, s'il détermine à partir de quand une norme nouvelle s'applique, il ne précise pas les situations qu'elle doit régir. Il se trouve toujours des personnes dont la situation est à cheval sur deux périodes : celle de l'application de la loi ancienne et celle de la mise en œuvre de la loi nouvelle. C'est tout le problème des « conflits de lois dans le temps » qu'un exemple illustrera : En 1816, le divorce a été aboli en droit français. Deux personnes se sont mariées en 1880. En 1884, une nouvelle loi a réintroduit le divorce en droit français. Les deux époux mariés sous l'empire de la loi de 1816 pouvaient-ils divorcer en 1886 ? La réponse est positive, mais elle n'était pas totalement évidente, car le mariage célébré en 1880 était censé, à l'époque, être indissoluble sauf par décès. On pouvait donc se demander si la loi de 1884 ne devait pas s'appliquer aux seules personnes mariées à partir de son entrée en vigueur.

Pour résoudre ce type de difficulté, les textes nouveaux comportent fréquemment un ou des articles précisant les modalités de leur application dans le temps. On parle alors de « dispositions transitoires ». Celles-ci sont très utiles car elles permettent au juriste de répondre rapidement à la question de l'applicabilité de la loi nouvelle ou de la loi ancienne à la situation qui l'intéresse. Cependant, il arrive qu'un texte ne contienne pas de disposition transitoire ou que celles qu'il contient ne visent pas toutes les situations envisageables. C'est pourquoi un certain nombre de règles ont été posées par la loi et la jurisprudence, pour régler ces difficultés. Ce sont les règles du droit transitoire.

Pour savoir de quoi l'on parle, il faut d'abord préciser les mécanismes que l'on peut rencontrer (A). Nous verrons ensuite les principes posés par la loi et la jurisprudence (B).

A. Les mécanismes du droit transitoire

Le premier mécanisme à connaître est *l'application pour l'avenir* de la loi nouvelle, également appelée *application immédiate* ou *application générale et immédiate*. Mettre en œuvre ce mécanisme consiste tout simplement à faire une application indifférenciée de la nouvelle règle à compter de son entrée en vigueur. Selon son contenu, la nouvelle norme pourra ainsi régir les conditions de formation d'un contrat futur (par exemple en posant une nouvelle cause de nullité), la qualification de faits futurs (notamment en créant une nouvelle infraction pénale) ou les effets futurs d'un acte juridique, c'est-à-dire les droits et obligations qu'il produira. On pense par exemple à une loi qui plafonnerait des loyers ou un taux d'intérêts pour l'avenir, que le contrat de bail ou de prêt ait été conclu avant ou après l'entrée en vigueur de cette loi nouvelle.

La *rétroactivité* de la loi nouvelle est un autre mécanisme important. On parle de rétroactivité, lorsque la loi nouvelle agit dans le passé, comme si elle remontait le temps. Cela étant, tout le monde n'est pas d'accord sur le sens de ce mot. Historiquement, deux grands courants se détachent. Un premier courant, très présent en doctrine jusqu'au début du ^{xx}^e siècle, s'exprime à travers la doctrine des droits acquis. Il postule que la loi nouvelle ne peut remettre en cause les droits acquis par une personne, sauf à rétroagir. En revanche, la loi pourrait remettre en cause de simples « expectatives » (c'est-à-dire les simples attentes) des parties. La distinction des droits acquis et des simples expectatives étant tout sauf claire, cette théorie a été remise en cause et supplantée en doctrine par la théorie du droit transitoire qu'a développée le doyen Roubier¹⁹. Selon lui, il ne faut pas raisonner en termes de droits

19. ROUBIER P., *Les conflits de lois dans le temps*, 1929, Paris, Sirey.

acquis et de simples expectatives, mais en termes de situations juridiques. Un acte juridique a été passé: c'est une situation juridique. Un accident s'est produit, c'est une situation juridique. Une obligation arrive à terme, c'est encore une situation juridique. L'expression «situation juridique» est évidemment très large et par là même très vague. Mais elle permet de déterminer à un moment donné les droits et obligations d'une personne, la qualification d'un acte et les régimes applicables. Pour Roubier, la loi nouvelle est rétroactive quand elle remet en cause une situation antérieure, c'est-à-dire les conditions de formation d'un acte antérieur, ses effets passés ou la qualification de faits passés. À l'inverse, on parlera d'application immédiate (ou pour l'avenir) de la loi nouvelle quand elle régit des situations non encore constituées lors de son entrée en vigueur (conditions de formation d'actes futurs, qualification de faits à venir, effets futurs d'actes présents ou futurs...). Bien entendu, il peut y avoir à la fois rétroactivité et application immédiate d'une loi nouvelle. Ainsi, en général, quand une loi remet en cause le montant de loyers déjà versés, elle remet également en question celui des loyers futurs stipulés au contrat de bail. Elle est donc à la fois rétroactive (pour le passé) et d'application immédiate (pour l'avenir).

Le troisième et dernier mécanisme du droit transitoire est la *survie de la loi ancienne*. Il y a survie de la loi ancienne quand une règle antérieure continue de s'appliquer à des personnes au-delà de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Un exemple peut être tiré de l'entrée en vigueur, le 1^{er} février 1966, de la loi du 13 juillet 1965 qui a réformé le droit des régimes matrimoniaux et érigé la communauté réduite aux acquêts en régime légal. À compter du 1^{er} février 1966, toutes les personnes qui se sont mariées sans contrat de mariage ont été soumises à ce nouveau régime légal. Mais toutes celles qui s'étaient mariées avant cette date sans signer de contrat de mariage sont restées sous l'ancien régime légal, à savoir celui de la communauté de meubles et acquêts. Pour elles, il y a donc eu, sur ce point, survie de la loi ancienne, en vertu des dispositions transitoires de la loi de 1965.

B. Les principes du droit transitoire

Les textes généraux portant directement sur le droit transitoire sont peu nombreux et leur étude est indissociable de la lecture qu'en fait la jurisprudence. Il en ressort que deux grandes questions constituent le cœur de la matière: celle de la rétroactivité de la loi nouvelle (1) et celle de son application générale et immédiate (2).

1. La question de la rétroactivité de la loi nouvelle

Selon l'article 2 du Code civil, «la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif». Ce texte est le principal fondement juridique du principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle. Mais ce n'est pas le seul²⁰ et il ressort de l'étude des textes et de la jurisprudence que la rétroactivité est tantôt possible, tantôt interdite, tantôt obligatoire.

a. La rétroactivité possible

La portée de l'article 2 du Code civil est limitée, dans la mesure où le législateur n'est pas lié par cet article qu'il a lui-même posé. Le Parlement ayant le pouvoir de modifier les textes législatifs tels que l'article 2 du Code civil, il peut y déroger ponctuellement en prévoyant

20. Ex: C. pén., art. 112-1.

qu'une loi sera rétroactive. Le principe de non-rétroactivité n'a pas valeur constitutionnelle de manière générale. Les textes législatifs peuvent donc être rétroactifs si le législateur le veut. Mais, lorsque la loi est muette sur ce point, les juges doivent considérer que la loi n'est pas rétroactive. La règle de l'article 2 est donc d'abord une norme d'interprétation de la loi nouvelle: elle s'adresse au juge. En l'absence de volonté expresse du législateur de faire rétroagir sa loi, les tribunaux doivent appliquer la règle qui était en vigueur au moment de la constitution de la situation dont ils ont à connaître, pour apprécier la validité d'un acte ou qualifier des faits.

La liberté du législateur est cependant encadrée par les jurisprudences combinées de la Cour européenne des droits de l'homme, du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation. Il en ressort, pour l'essentiel, que le législateur ne peut rendre une loi rétroactive que s'il existe pour cela un motif d'intérêt général suffisant²¹, ce motif devant même être impérieux, s'il s'agit pour le législateur de s'ingérer dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige²².

b. La rétroactivité interdite

Si la rétroactivité des lois nouvelles est possible sous certaines conditions, il existe deux cas dans lesquels la nouvelle norme ne peut jamais être rétroactive. Le premier cas se déduit de l'article 2 du Code civil. Ce texte étant de nature législative, il ne lie pas le pouvoir législatif, mais il s'impose au pouvoir réglementaire. Les règlements sont en effet inférieurs aux lois, dans la hiérarchie des normes. La jurisprudence administrative voit d'ailleurs un principe général du droit dans la non-rétroactivité des règlements. Un décret ou un arrêté rétroactif serait donc illégal, ce que confirme l'article L. 221-4 du Code des relations entre le public et l'administration²³. Le juge administratif pourrait annuler ce règlement au terme d'un recours pour excès de pouvoir.

La seconde interdiction de la rétroactivité se rencontre en matière pénale. En effet, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 énonce que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit ». Ce texte faisant partie du bloc de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel en a logiquement déduit que la rétroactivité des lois pénales était inconstitutionnelle²⁴, sous réserve du cas particulier de la rétroactivité *in mitius* qui, elle, est obligatoire.

c. La rétroactivité obligatoire

En 1981, le Conseil constitutionnel a érigé en principe constitutionnel la rétroactivité de la loi pénale plus douce²⁵, ou « rétroactivité *in mitius* » (littéralement « en moins »). Par conséquent, lorsqu'une nouvelle loi instaure une sanction moins sévère que la précédente ou supprime une incrimination, elle s'applique automatiquement aux auteurs de faits antérieurs à son entrée en vigueur. Le législateur ne peut même pas s'y opposer, les principes

21. Ex : Cons. const., 18 déc. 2001, n° 2001-453 DC.

22. Ex : CEDH, 28 oct. 1999, Zieliński et a. c/ France; Cass. ass. plén., 24 janv. 2003, n° 01-41757.

23. CRPA, art. L. 221-4: « Sauf s'il en est disposé autrement par la loi, une nouvelle réglementation ne s'applique pas aux situations juridiques définitivement constituées avant son entrée en vigueur ou aux contrats formés avant cette date ».

24. Cons. const., 9 janv. 1980, D. 1980, 249, note AUBY J.-B.

25. Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, D. 1982, 441, note DEKEUWER A.

constitutionnels ayant une valeur supra-législative. Le principe de la rétroactivité *in mitius* repose, là encore, sur l'article 8 de la Déclaration de 1789, lequel énonce que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Pour le Conseil, le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, reviendrait à permettre au juge de « prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires »²⁶. On peut enfin rattacher aux cas de rétroactivité obligatoire les hypothèses dans lesquelles la nature même de la loi nouvelle commande sa rétroactivité. Il s'agit des lois interprétatives et des lois de validation. Les premières interprètent une loi antérieure et s'appliquent rétroactivement parce qu'elles font corps avec elle. Les secondes valident des situations dont la validité était contestable. La rétroactivité paraît donc, là aussi, logique. Cela étant, la défiance de la jurisprudence envers la rétroactivité a conduit celle-ci à subordonner la rétroactivité des lois interprétatives ou de validation aux mêmes conditions que celle des autres lois : « sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général », la rétroactivité ne doit pas permettre « l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la Justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges »²⁷.

2. La question de l'application générale et immédiate de la loi nouvelle

La jurisprudence n'a pas choisi entre la doctrine des droits acquis et celle du doyen Roubier. Mais, manifestement, elle a subi l'influence de celui-ci. En effet, en principe, les tribunaux appliquent aux effets d'une situation juridique la loi en vigueur au moment où ces effets se produisent, ce qui peut remettre en cause des droits acquis. Techniquement, il ne s'agit pas pour autant de rétroactivité, même si l'on peut déplorer que les prévisions des parties soient ainsi déjouées. On peut imaginer, par exemple, la déception d'investisseurs qui ont effectué des placements en raison d'incitations fiscales et découvrent, quelques années plus tard, que l'État a décidé de supprimer leur avantage fiscal. Pour qualifier cette application générale de la loi nouvelle aux effets futurs des situations antérieures à son entrée en vigueur, on a pu parler de « rétrospectivité »²⁸, marquant ainsi la particularité de cette forme d'application d'une nouvelle norme pour l'avenir.

Cette particularité explique que la jurisprudence ait consacré, dès le XIX^e siècle, une exception au principe d'application générale de la loi nouvelle, en matière contractuelle. Plus précisément, il y a survie de la loi ancienne pour ce qui est des *effets futurs des contrats en cours* au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Ainsi, en 1920, la Cour de cassation a jugé qu'un décret ayant plafonné le prix de l'orge n'était pas applicable aux contrats passés antérieurement à son entrée en vigueur²⁹. Le prix stipulé dans ce contrat n'avait donc pas à être ramené au plafond désormais fixé par le règlement. Cette faveur faite à la survie de la loi ancienne trouve cependant elle-même ses limites dans certaines circonstances. On revient en effet à l'application générale et immédiate en matière d'effets futurs des contrats, lorsque le texte comprend une disposition transitoire le prévoyant ou lorsqu'il est d'ordre public ou d'intérêt général. Il appartient alors aux juges de déterminer si l'ordre public ou l'intérêt général est suffisamment présent dans la loi nouvelle pour justifier que soit écartée

26. La rétroactivité de la loi pénale plus douce est aujourd'hui consacrée par l'article 112-1, alinéa 3, du Code pénal.

27. Cass. ass. plén., 24 janv. 2003, n° 01-41757 – 23 janv. 2004, n° 03-13617.

28. V. not. HÉRON J., *Principes du droit transitoire*, 1996, Dalloz, p. 96 et s.

29. Cass. req., 30 nov. 1920, S. 1921, 1, 167.

la survie de la loi ancienne. En d'autres termes, le seul fait que la loi nouvelle soit d'ordre public ou d'intérêt général ne suffit pas pour écarter la loi ancienne. Il faut encore qu'aux yeux des juges, cet ordre public ou cet intérêt général soit suffisamment fort.

II. Les conflits de lois dans l'espace

Mathias Audit

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université de Paris I)

Dans les initiatives d'ordre juridique qui ont émaillé la période séparant la Première Guerre mondiale de la Seconde, un certain nombre d'entre elles avait un caractère très ambitieux, emportant avec elles l'espoir d'une métamorphose en profondeur de la société internationale et des règles qui la régissent. Parmi ses projets dont on dirait peut-être aujourd'hui qu'ils dénotaient une forme d'utopie un peu béate, même si leurs promoteurs de l'époque ne le voyaient certainement pas ainsi, on peut à l'évidence citer le pacte Briand-Kellogg, ou pacte de Paris. Par ce traité signé le 27 août 1928 et entré en vigueur le 24 juillet 1929, pas moins de 63 États entendaient «condamn[er] le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renonc[er] en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles».

Parmi les autres projets de cette époque riche, il en est un sans doute plus méconnu, mais dont la portée symbolique était pourtant loin d'être négligeable. Il s'agissait en effet d'unifier les règles de droit privé entre les États. À cet effet, la Société des Nations, ancêtre de l'Organisation des Nations unies, s'était même dotée en 1926 d'un Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), lequel existe toujours aujourd'hui, même si sa forme et les objectifs qui lui sont assignés ont évolué depuis lors. Quoi qu'il en soit, cette création s'inscrivait à l'époque dans un contexte particulièrement favorable. C'est ainsi que Demogue, l'un des plus grands spécialistes de droit civil de cette époque, publie l'année suivante un ouvrage intitulé *L'unification internationale du droit privé*³⁰. Cette même année 1927 voit également naître un projet franco-italien de Code des obligations et des contrats, lequel est vu aujourd'hui comme une préfiguration des différents projets européens d'unification du droit des contrats.

Or, derrière cette utopie d'un droit, au moins privé, qui serait à la fois mondial et unifié, résidait le constat qu'il ne l'était – précisément – pas. Force est du reste de constater que tel n'est toujours pas le cas. Aujourd'hui comme hier, le droit est irrémédiablement fragmenté en ensembles normatifs distincts, correspondant pour l'essentiel aux différents États souverains qui existent sur la surface du globe terrestre et, parfois, à certaines organisations régionales disposant d'un système juridique intégré, à l'instar de l'Union européenne. Autrement dit, faute de droit mondial, c'est avec les différents – et nombreux – droits nationaux qu'il convient de composer. Plus encore, leur coexistence conduit à l'émergence de ce que le droit international privé a pris l'habitude de dénommer des conflits de lois. Par opposition à ceux de ces conflits que les règles de droit transitoire entendent régler, il peut être précisé qu'ils interviennent non dans le temps, mais dans l'espace.

30. DEMOGUE R., *L'unification internationale du droit privé. Leçons faites à la Faculté de droit de l'Université de Buenos Ayres*, 1927, Paris, Rousseau.

Plus exactement, il y a lieu de mettre en regard l'existence de droits nationaux distincts avec le constat que tant les personnes que les entreprises ne vivent pas en vase clos au sein de l'État dont elles relèvent. Elles entretiennent aussi bien des relations de famille que des relations d'affaires par-delà leurs frontières nationales. Ainsi un Français est-il susceptible d'épouser une Allemande, tandis que le couple décide de s'installer aux États-Unis et d'y procéder à l'adoption d'un enfant d'origine chilienne. Quant à l'entreprise qu'ils ont fondée, elle peut être incorporée dans l'État fédéré du Delaware, afin de commercialiser des prestations de service internet auprès de consommateurs français.

La difficulté est toutefois que, tant le droit français que les droits allemand, américain ou chilien comportent des règles en matière de mariage, de régimes matrimoniaux, d'adoption, de sociétés commerciales ou encore de contrats de consommation. C'est ici que le conflit de lois dans l'espace se fait jour ; il réside tout entier dans le constat que l'on ne saurait appliquer concomitamment tous ces droits nationaux à un même mariage, une même adoption ou une même société commerciale. Faute de pouvoir soumettre une relation de droit privé unique à plusieurs droits nationaux, c'est donc qu'il convient de choisir l'un d'entre eux, c'est-à-dire de sélectionner celui qui des droits allemand, américain ou chilien semble être le plus à même de régir ce mariage, ce régime matrimonial, cette adoption, cette société commerciale ou encore ce contrat de consommation en particulier.

C'est ici tout l'objet de cette branche du droit international privé, coexistant avec le « conflit de juridictions », et que l'on appelle – précisément – le « conflit de lois ». Ses règles et principes permettent d'identifier le droit applicable à un rapport de droit privé qui n'est pas entièrement localisé sur le territoire d'un seul et même État. Or, à cette fin, le droit international privé fait appel à des méthodes particulières (B), dont on identifiera préalablement les sources (A).

A. Sources du règlement des conflits de lois

Les règles de droit international privé tendant à résoudre les conflits de lois dans l'espace sont de sources diverses. Si l'on devait synthétiser en une formule leur évolution au cours des deux derniers siècles, on pourrait affirmer que de sources principalement nationales et prétoriennes à l'origine, elles tendent aujourd'hui à devenir textuelles et européennes.

1. Sources nationales

De prime abord, on serait tenté spontanément de penser que le règlement des conflits de lois dans l'espace devrait trouver sa source dans le droit supranational, c'est-à-dire le droit international public. Tel a bien été la pensée de grands auteurs de droit international privé de la première partie du ^{xx}e siècle comme Pillet (1857-1926). Toutefois, en présence de cette vision dite « universaliste » de la matière, c'en est une autre qui l'a emporté, car plus réaliste et en phase avec la matière telle qu'elle existait dans la pratique, et que l'on dénomme le « particularisme »³¹.

Ce « particularisme » qui doit beaucoup à un auteur comme Bartin (1860-1948) repose sur le constat que les conflits de lois ne sont finalement pas résolus par des règles de droit international – public –, mais de droit interne, de sorte qu'il n'existe pas *un* droit international privé, mais *des* droits internationaux privés, propres à chaque État. Pour le dire autrement,

31. HALPÉRIN J.-L., *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, 1999, PUF.

si le droit international privé était international par son objet, il est pendant longtemps resté interne par ses sources. Il y avait et il y a encore dans une assez large mesure un droit international privé allemand, américain, chilien, etc.

S'agissant plus particulièrement du droit international privé français, le Code civil de 1804 ne lui réserva qu'une place réduite. En effet, les règles que celui-ci consacre à la résolution des conflits de lois se résument pour l'essentiel à son article 3³². Ceci explique que tout au long des ^{XIX}^e et ^{XX}^e siècles, ce soit la jurisprudence qui ait élaboré les règles relatives aux conflits de lois dans les différentes branches du droit privé. C'est ici l'époque des grands arrêts posant des solutions de principe en matière de résolution des conflits de lois dans toutes les matières du droit privé (personne, mariage, filiation, contrat, délit, biens, etc.)³³. Ce rôle central du droit prétorien a toutefois commencé à être remis en cause à partir de la décennie 1970. En effet, le législateur a alors entrepris de réinvestir le champ du conflit de lois, en particulier à l'occasion des grandes réformes du droit de la famille qui ont été alors adoptées. C'est ainsi que la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation a inséré plusieurs règles de règlement des conflits dans le Code civil (art. 311-14 à 311-18), de même que, à l'occasion de la loi du 11 juillet 1975 sur le divorce, le législateur a adopté une règle de conflit spécifique (art. 310 devenu art. 309).

Par la suite, il n'a plus été rare de voir une réforme d'ampleur introduite par le législateur prévoir une ou plusieurs règles relatives aux conflits de lois. Tel a été le cas, notamment, lors de l'adoption de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale (C. civ., art. 370-3 à 370-5). On peut également citer, par exemple, la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (C. civ., art. 2222) ou encore, plus récemment, la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (C. civ., art. 202-1 et 202-2). Du point de vue des sources internes, la question des conflits de lois est donc désormais le plus souvent régie par des règles littérales. La jurisprudence ne forge plus que très rarement ces règles ; son rôle s'en trouve cantonné à leur interprétation.

2. Sources internationales et européennes

La part importante conférée aux règles littérales en matière de conflit de lois est du reste amplifiée par l'importance, en la matière, des conventions internationales. Celui-ci est en particulier dû à une organisation internationale très ancienne et entièrement dédiée à l'élaboration de ce type de textes en matière de droit international privé.

Il s'agit de la Conférence de La Haye de droit international privé, laquelle a tenu sa première réunion en 1893. Devenue une organisation permanente en 1955, elle réunit aujourd'hui 81 États et une organisation régionale en la personne de l'Union européenne. Depuis sa création, elle est à l'origine de près de 50 conventions internationales ouvertes à la signature des États en matière de droit international privé. On peut ainsi citer les conventions sur la loi applicable en matière de protection des mineurs (1961 et 1996), d'accidents de la circulation routière (1971), d'obligations alimentaires (1973), d'adoption internationale (1993) ou encore de régimes matrimoniaux (1978).

32. « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent sur le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

33. ANCEL B., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., 2006, Dalloz.

D'autres organisations internationales, comme la Commission des Nations unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) ou même, en son temps, la Communauté européenne, sont également à l'origine de conventions internationales ayant une incidence sur la résolution des conflits de lois, mais force est de constater que la Conférence de La Haye a toujours été, et reste encore aujourd'hui, un forum privilégié pour l'élaboration de ce type de textes. Cela étant, les conventions internationales en matière de conflits de lois souffrent aujourd'hui de la concurrence d'autres textes supranationaux, dont l'incidence est grandissante. Il s'agit des textes de droit dérivé adoptés à cet égard par l'Union européenne.

Plus exactement, ceux-ci relèvent de deux catégories. Tout d'abord, il se produit que certains textes européens, en particulier des directives portant sur une matière en particulier, insèrent dans leurs dispositions des règles relatives aux conflits de lois. Tel est fréquemment le cas notamment en matière de protection des consommateurs : des directives européennes sont ainsi à l'origine de règles de ce type en matière de clauses abusives (C. cons., art. L. 135-1), de contrats à distance (C. cons., art. L. 121-60-6) ou encore de garantie des biens (C. cons., art. L. 211-18).

Ensuite, l'Union européenne est également à l'origine de textes – des règlements cette fois-ci – entièrement dédiés au droit international privé. Ceci résulte de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam conclu entre tous les États membres le 2 octobre 1997, lequel a transféré cette compétence aux organes de l'Union européenne.

C'est ainsi que, sur ce fondement, de très nombreux textes ont été adoptés en matière de conflit de lois. On peut par exemple citer les règlements dits « Rome 1 » sur la loi applicable aux obligations contractuelles (2008) et « Rome 2 » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (2007), mais il existe aussi des textes en matière de droit de la famille, patrimonial ou non, comme les règlements sur la loi applicable au divorce (2010) ou aux successions (2012).

Tous ces textes européens unifient les règles de résolution des conflits de lois entre les États membres de l'Union européenne, parfois en y associant le conflit de juridictions. En Europe, ils constituent aujourd'hui la source majeure de résolution du conflit de lois, et leur importance ne cesse de croître, d'autres textes étant en passe d'entrer en vigueur comme en matière de régimes matrimoniaux ou de partenariats enregistrés.

Ce rôle central que jouent désormais les sources européennes dénote que si le particularisme théorisé par Martin (*supra*, A, 1) n'a pas totalement disparu, le règlement du conflit de lois évolue indéniablement vers une forme si ce n'est d'internationalisme, en tout cas de régionalisme. Il reste alors à examiner les méthodes de résolution des conflits que ces différentes sources privilégient.

B. Méthodes de règlement des conflits de lois

Quelle qu'en soit la source, les règles tendant à résoudre les conflits de lois dans l'espace font appel à différentes méthodes. Autrement dit, il existe plusieurs types de règles à cet égard. Les plus fréquentes – et celles qui constituent la méthode de principe – sont les règles de conflit de lois. Il arrive néanmoins qu'elles soient écartées au profit de méthodes alternatives.

1. Méthode de principe

Lorsqu'une situation juridique présente des liens avec le territoire de plus d'un État, c'est qu'elle est en prise à un conflit de lois dans l'espace, c'est-à-dire qu'elle peut potentiellement

relever de plusieurs lois applicables. Afin de résoudre cette situation et d'identifier celui des droits nationaux en présence qui est le plus à même de régir la situation de droit, il convient de procéder à un choix de loi.

Or la méthode de principe afin d'opérer ce choix a été inventée et élaborée par le juriste prussien Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861), un des plus grands théoriciens de son époque et l'un des pères du droit international privé moderne. Il s'agit de ce qu'il est convenu de dénommer la règle de conflit de lois bilatérale – dite également « savignienne » en référence à son inventeur.

Ce type de règle vise à associer à une catégorie de questions de droit privé un facteur de rattachement, lequel aura pour fonction d'identifier la loi applicable. C'est ainsi que les questions d'état et de capacité des personnes relèveront de la loi nationale de l'intéressé (*lex personae*). De leur côté, les délits relèveront de la loi du lieu de leur commission (*lex loci delicti*). Quant aux biens, leur régime juridique sera soumis à la loi de leur situation (*lex rei sitae*). On pourrait ici démultiplier les exemples, mais l'essentiel est de relever que ce type de règles constitue toujours aujourd'hui la méthode de principe pour identifier la loi applicable à un rapport de droit privé.

Certes, les catégories peuvent avoir évolué – par exemple certains délits spéciaux comme les atteintes à la concurrence ou à la personnalité peuvent faire l'objet de règles de conflit particulières –, de même du reste que les rattachements – la loi nationale est aujourd'hui fréquemment remplacée par celle du domicile ou de la résidence habituelle –, mais il n'en reste pas moins que la règle de conflit de lois bilatérale reste toujours privilégiée, y compris par les textes européens par exemple.

Il est toutefois vrai que d'autres formes de règles de conflit existent au côté de la règle bilatérale. On pense notamment à la règle de conflit unilatérale et à la règle de conflit à finalité matérielle – dite aussi à coloration substantielle.

La première citée présente la particularité de n'indiquer que les hypothèses où le droit du for – c'est-à-dire celui du juge saisi – est applicable. Autrement dit, là où une règle bilatérale indiquera que « la capacité relève de la loi nationale », une règle unilatérale prévoira que « la capacité des Français relève du droit français ». Cette forme de règle de conflit présente toutefois d'importantes difficultés de mise en œuvre et c'est pourquoi elle n'est que très peu présente en droit positif. L'exemple le plus important était à cet égard constitué par l'article 309 du Code civil sur la loi applicable au divorce, mais qui a été frappé de caducité du fait de l'entrée en vigueur d'un règlement européen sur la question³⁴.

Quant à la règle de conflit à finalité matérielle, elle a été élaborée à partir de la décennie 1970 afin de lutter contre ce qui a pu parfois être considéré comme un travers de la règle bilatérale, à savoir sa neutralité. Par ce qualificatif, on entend que cette dernière règle désigne un droit national sans se préoccuper de la solution de fond que celui-ci va mettre en œuvre. Or, la règle à finalité matérielle cherche, pour sa part, un résultat au fond, par exemple en associant plusieurs critères de rattachement comme dans l'article 311-17 du Code civil.

Ces formes de règle de conflit ne sont donc pas parvenues à détrôner la règle bilatérale qui reste la méthode de principe en matière de résolution du conflit de lois. Il arrive toutefois qu'elle soit écartée au profit de méthodes alternatives.

34. Règlement n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

2. Méthodes alternatives

Les conflits de lois dans l'espace peuvent être résolus en faisant appel à d'autres méthodes que celle de la règle dite de conflit de lois. Plus exactement, il existe trois procédés alternatifs à celle-ci que sont les lois de police – également parfois dénommées lois d'application immédiate ou nécessaire –, les règles purement matérielles de droit international privé et la reconnaissance des situations juridiques créées à l'étranger.

Les lois de police constituent assurément la méthode alternative à la règle de conflit à laquelle il est le plus fréquemment fait recours. À la différence de cette dernière qui se contente de désigner un droit national applicable, la loi de police régit la situation au fond. En d'autres termes, elle indique par exemple que le contrat est nul ou que le mariage peut être célébré. Plus exactement, en raison de la très grande impérativité de son contenu, on considère que l'application d'un autre droit national ne serait pas acceptable.

C'est ainsi que la chambre mixte de la Cour de cassation a pu considérer qu'un contrat de sous-traitance exécuté en France devait pouvoir bénéficier de l'action directe prévue par la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance³⁵. La protection du sous-traitant a été considérée comme suffisamment impérative pour justifier l'application de cette loi – en qualité de loi de police – et au détriment de la loi allemande en principe applicable au contrat de sous-traitance. Dans cette affaire et comme le plus souvent, c'est une loi française, c'est-à-dire du for, qui a été appliquée par le juge, mais l'on observera que l'application de lois de police étrangères est, dans certaines circonstances, également possible³⁶.

Outre les lois de police, une autre méthode alternative est constituée par les règles purement matérielles de droit international privé. Comme les précédentes, elles régissent la situation au fond, mais à la différence de ces dernières leur champ d'application est cantonné aux seules relations internationales. En d'autres termes, elles ne s'appliquent pas aux rapports de droit purement interne.

Un exemple bien connu a trait à la prohibition pour les personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage. Si celle-ci est acquise pour leurs contrats internes (C. civ., art. 2060), elle n'est en revanche pas applicable – en a décidé la Cour de cassation dans un très fameux arrêt *Galakis* de 1966³⁷ – aux contrats internationaux. C'est typiquement ici une règle purement matérielle de droit international privé.

Enfin, il existe une dernière méthode alternative à la règle de conflit qui est celle de la reconnaissance des situations juridiques créées à l'étranger. D'apparition plus récente, elle consiste à reconnaître sur le territoire du for des rapports de droit (une filiation, un mariage, etc.) créés dans un État étranger et en application de la loi de celui-ci. On en connaît quelques illustrations, notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³⁸, mais il est vrai que si elle a fait l'objet de contributions doctrinales tout à fait fondamentales, son incidence en droit positif, en tout cas français, reste pour l'heure assez modeste.

Cela étant, il est fort probable que son audience n'est appelée qu'à croître dans les temps à venir. Ce n'est bien évidemment pas une certitude, mais il est possible qu'elle rivalise à terme avec la méthode de principe de résolution du conflit de lois que constitue la règle de conflit bilatérale.

35. Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14006.

36. Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21511.

37. Cass., 2 mai 1966, *Galakis*, *Gr. arrêts jur. DIP*, n° 44.

38. CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, *Wagner c. Luxembourg*.

Section 2

Le contrôle des sources

§ 1. Le contrôle de conventionnalité

Jean-Sylvestre Bergé

Professeur à l'Université Côte d'Azur, membre de l'Institut universitaire de France

L'expression « contrôle de conventionnalité » désigne l'examen de la conformité de la loi française aux engagements internationaux et européens de la France. Ce contrôle participe fortement à la définition des rapports devant exister, au sein de l'ordre juridique national, entre les sources internes et externes (I). Il alimente d'importants jeux d'acteurs institutionnels français (II).

I. Les rapports entre le droit national, international et européen

Comme la plupart des États du monde, la France s'efforce de définir, dans son ordre juridique interne, la place des sources externes de droit international et européen. Quel que soit le nom que l'on donne à la démarche (monisme, dualisme et leurs multiples variantes), elle soulève des questions pratiques et théoriques tenant à l'insertion des sources externes en droit français et à la définition de la place hiérarchique qu'elles occupent au sein de notre ordonnancement national. La Constitution française n'envisage qu'une partie des hypothèses (A), de sorte que la jurisprudence joue un rôle particulièrement important dans la construction des solutions de droit positif (B).

A. Les solutions énoncées par la Constitution

L'insertion des traités internationaux dans l'ordre juridique français obéit à un processus formalisé. Les traités et accords internationaux sont soumis, en effet, à une procédure de ratification ou d'approbation aménagée par les articles 52 et 53 de la Constitution de 1958. À ces modes d'insertion formelle s'ajoutent des modes d'insertion matérielle qui se traduisent par l'adoption de mesures internes d'exécution. Ces mesures sont l'expression de l'obligation que fait peser le droit international sur les États de devoir exécuter leurs engagements. Elles peuvent prendre de multiples formes. Le cas le plus fréquent est celui où la législation nationale est adaptée pour permettre une application pleine et entière d'un instrument international conclu par la France.

Au-delà de l'insertion formelle ou matérielle des traités internationaux dans le système juridique français, la question se pose du statut conféré au droit international par la Constitution. Cette dernière consacre diverses dispositions aux normes internationales : Préambule de la Constitution de 1946 (al. 14 et 15 auxquels renvoie la Constitution de 1958) et Constitution proprement dite (art. 5 al. 2, 11, 16, 53-2, 52 à 55). L'une de ces dispositions s'attache à proclamer de manière générale le respect du droit public international. Il s'agit de la première phrase de l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle : « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». En tant que sujet de ce droit, l'État français traduit ainsi dans l'ordre interne une volonté de se soumettre à l'ordre juridique international, c'est-à-dire à la force

contraignante des règles de droit public international : respect est dû par la France à ses engagements internationaux et aux règles coutumières internationales. Cette disposition a une portée essentiellement symbolique. C'est pourquoi la pratique se tourne volontiers vers deux autres dispositions pour définir la place du droit international en droit national. La première disposition porte sur la procédure de révision constitutionnelle en cas de conclusion d'un accord international incompatible avec celle-ci (art. 54). La seconde est relative aux rapports entre les traités internationaux et les lois nationales (art. 55). Ce dernier texte est emblématique. Il pose une règle hiérarchique entre ces traités et accords internationaux et la loi (« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ») sous réserve de réciprocité (« sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie »). Cette règle hiérarchique a alimenté de vives discussions sur le rapport de supériorité que les traités internationaux entretiennent avec les lois. S'il n'a jamais été sérieusement contesté que les traités ont une valeur supérieure aux lois nationales qui leur sont antérieures, la question s'est posée du jeu de la théorie de la « loi écran », selon laquelle une loi postérieure à un traité international pourrait avoir pour effet de le contredire.

La Constitution de 1958 n'a intégré des développements propres au droit européen qu'à partir de 1992. Avant cette date, il n'était question que de droit international ou des traités internationaux. Un nouveau titre a été introduit dans la Constitution, spécifique au droit européen (titre XV - De l'Union européenne, art. 88-1 à 88-7).

B. Les précisions apportées par la jurisprudence

La jurisprudence joue un rôle central dans la construction des solutions qui gouvernent l'application du droit international et européen en France.

Sur la question des rapports entre les traités internationaux et la loi, c'est le juge judiciaire³⁹ puis administratif⁴⁰ qui, par leur interprétation de l'article 55 de la Constitution, ont donné au principe de supériorité du traité international sur la loi nationale, fût-elle postérieure, l'importance qu'on lui connaît en droit positif actuel. Avant ces décisions, le juge ordinaire français se refusait à apprécier la conformité de la loi à un traité international quand cette loi était postérieure au traité international. Dorénavant, avec les jurisprudences *Jacques Vabre* et *Nicolo*, le raisonnement s'affirme en termes de supériorité du traité international sur la loi. Ce dernier prend clairement appui sur une règle hiérarchique que l'on pourrait formuler ainsi : le traité international est, en vertu de l'article 55 de la Constitution française, supérieur à la loi ; toute loi contraire à un traité international, qu'elle lui soit antérieure ou postérieure, doit donc être écartée par le juge ordinaire. La solution a été étendue aux actes réglementaires⁴¹. Sur la question des rapports entre la Constitution et les traités internationaux, les plus hautes juridictions de l'ordre administratif⁴² et judiciaire⁴³ ont tenu à affirmer la supériorité de la Constitution nationale sur les normes de droit international. Cette position ne doit pas surprendre. On peut la représenter sous la forme d'une allégorie : nos juges rendent la justice dans des maisons (les « palais de justice ») ; ils tirent l'existence et la légitimité de leur pouvoir de la Constitution qui vient comme coiffer d'un toit la maison qui les abrite ; les

39. Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13556, Cafés Jacques Vabre.

40. CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243, Nicolo.

41. Pour une illustration remarquable, à propos du droit au logement opposable, v. CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, GISTI.

42. CE, ass., 30 oct. 1998, n° 200286 et 200287, Sarran et Levacher.

43. Cass. ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60274, Fraisse.

juges ordinaires – qui ne peuvent redéfinir les contours la toiture, contrairement à au juge constitutionnel – ont donc pour réflexe naturel de préserver le toit qui les protège.

Le statut de la coutume internationale en droit français a posé également question. La Constitution française se contente d'une référence générale aux règles de droit public international (alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 auquel renvoie la Constitution de 1958), sans distinction entre elles. Son article 55 ne dit rien des rapports entre le droit coutumier et le droit interne français. Dans le silence des textes, c'est à la jurisprudence qu'il est revenu de faire une application de la coutume, en des termes plus prudents cependant que pour les traités internationaux⁴⁴.

Enfin, sur la question des rapports entre le droit français et le droit européen, on a assisté à une évolution importante. Si, pendant longtemps, les acteurs institutionnels ont joué la carte d'une banalisation des solutions appliquées au droit international et au droit européen⁴⁵, des développements propres au droit européen se sont fait progressivement jour en jurisprudence⁴⁶.

II. Le jeu des acteurs institutionnels

Le contrôle de conventionnalité met en scène de nombreux jeux d'interaction entre les grands acteurs institutionnels nationaux et européens. Quatre principaux jeux peuvent être décrits : le renforcement du pouvoir d'interprétation des juges nationaux (A), la distinction entre le contrôle de constitutionnalité des lois et le contrôle de conventionnalité des lois (B), l'articulation du contrôle prioritaire de constitutionnalité et du contrôle secondaire de conventionnalité (C) et l'intervention des juridictions européennes (D).

A. Le renforcement du pouvoir d'interprétation des juges nationaux

Le pouvoir de juges français en matière d'interprétation des traités internationaux s'est progressivement détaché du pouvoir exécutif. Il fut un temps où les juges considéraient qu'il leur fallait éviter de s'immiscer dans les relations diplomatiques entre États, notamment sur la question de l'interprétation que le Gouvernement entendait donner des accords internationaux auxquels la France était partie. C'est aujourd'hui chose révolue⁴⁷. L'appropriation par les juges du pouvoir d'interpréter les conventions internationales a des conséquences pratiques importantes. Elle n'est pas étrangère au processus de hiérarchisation des droits mené dans le contexte national. En effet, selon l'interprétation retenue, le juge caractérisera ou, au contraire, infirmera l'hypothèse d'un conflit entre la norme internationale et la norme interne. Son pouvoir est donc important.

44. CE, ass., 6 juin 1997, n° 148683, Aquarone.

45. Voir les décisions Jacques Vabre (préc.) et Nicolo (préc.) qui, bien que rendues à propos du droit européen, ont alimenté la question générale des rapports entre le droit français et le droit international.

46. Voir, par exemple, à propos du droit de l'UE : sur le droit dérivé, les jurisprudences Boisdet (CE, 24 sept. 1990, n° 58657), Philip Morris et Rothmans (CE, ass., 28 févr. 1992, n° 87753 et n° 56776, 56777) ou Perreux (CE, ass., 30 oct. 2009, n° 298348), sur les principes généraux du droit européen, voir la jurisprudence Syndicat national de l'industrie pharmaceutique (CE, 3 déc. 2001, n° 226514).

47. Entre autres décisions, abondantes sur le sujet, voir la jurisprudence Koné (CE, ass., 3 juill. 1996, n° 169219) par laquelle la juridiction administrative s'est arrogé le pouvoir d'interpréter un accord franco-malien à la lumière d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, la jurisprudence Banque Africaine de Développement (Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 1995, n° 93-20424) où la juridiction judiciaire a refusé de saisir le Gouvernement d'une question préjudicielle à propos de l'interprétation de l'accord siège de 1963 instituant l'organisation internationale.

Cette tendance forte d'autonomisation du travail des juges a marqué également la mise en œuvre de la condition de réciprocité. L'article 55 de Constitution française soumet à une condition de réciprocité la supériorité des traités internationaux sur la loi. La question s'est posée de la mise en œuvre de cette condition par les juges, concurremment au pouvoir exécutif qui, originellement, s'était octroyé le pouvoir de décider seul de son application au nom de l'exercice du pouvoir diplomatique. Mais la situation a changé. Le juge administratif français considère aujourd'hui qu'il ne saurait être lié dans son appréciation par l'administration, même si l'avis de cette dernière peut faire partie des éléments utiles au débat⁴⁸.

B. La distinction du contrôle de constitutionnalité des lois et du contrôle de conventionnalité des lois

Une répartition des rôles s'est opérée entre, d'une part, le juge constitutionnel et, d'autre part, le juge ordinaire (de l'ordre administratif ou judiciaire). Cette répartition est avant tout le fait du Conseil constitutionnel qui, en décidant de l'étendue de ses propres pouvoirs, a dessiné les contours des prérogatives qu'il entendait concéder aux juridictions ordinaires. Le Conseil constitutionnel s'est, en effet, refusé à examiner la conventionnalité des lois⁴⁹. Ce refus a été justifié par le « caractère à la fois relatif et contingent » des traités qui ne s'appliquent qu'entre parties liées et qui demeurent suspendus au respect d'une condition de réciprocité. En raison de l'effet limité des traités, le Conseil constitutionnel n'a pas souhaité qu'ils intègrent le bloc du contrôle de constitutionnalité de la loi. Le contrôle de conventionnalité des lois relève donc de la compétence des seuls juges ordinaires. Cette solution connaît un tempérament important. En effet, le Conseil constitutionnel a décidé en 2006⁵⁰ de contrôler la conformité des lois de transposition des directives européennes aux motifs que cette transposition « résulte d'une exigence constitutionnelle » (art. 88-1 de la Constitution). Ce contrôle implique, dans les limites dessinées par le Conseil constitutionnel, un examen de la conformité de la loi nationale à un texte de droit dérivé supranational. C'est une forme de contrôle de conventionnalité de la loi.

C. L'articulation du contrôle prioritaire de constitutionnalité et du contrôle secondaire de conventionnalité

La loi organique⁵¹, qui définit les modalités procédurales de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), a introduit une double référence « aux engagements internationaux » de la France (art. 3-2 et 23-5). Elle précise, en effet, que le juge ordinaire français « (...) doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ».

48. CE, 9 juill. 2010, n° 317747, M^{me} Cheriet-Benseghir.

49. Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

50. Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, rendue à la suite d'une série de décisions rendues en 2004 (notamment, Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique).

51. Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.