

*Études de droit international privé
(Amérique Latine - États-Unis - Europe)
Colloque du 23 septembre 2016*

Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger

Sous la direction de Gustavo Cerqueira et Nicolas Nord



SOCIÉTÉ
DE LÉGISLATION
COMPARÉE

TABLE DES MATIÈRES

Préface	
Dominique HASCHER	9
Avant-propos	
Gustavo CERQUEIRA et Nicolas NORD.....	11

PROLÉGOMÈNES

Lieux et formes d'application du droit étranger soumis à un contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité	
Jean-Sylvestre BERGÉ.....	17
Contrôle de constitutionnalité, contrôle de conventionnalité, et la figure de l'altérité	
Julien BOUDON	37

I. PERSPECTIVES FRANÇAISES

Le conflit hiérarchique étranger de normes devant le juge judiciaire français. Application à la constitutionnalité et à la conventionnalité de la loi étrangère	
Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES.....	49
Le droit étranger à l'épreuve de la Constitution française et des conventions internationales liant l'ordre juridique français	
Hugues FULCHIRON.....	63

II. PERSPECTIVES COMPARÉES

Amérique latine : Argentine-Uruguay, Brésil

Les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger au regard de l'ordre juridique de l'État d'origine - Perspectives argentines et uruguayennes	
Didier OPERTTI BADAN	87

Les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger
en Argentine et en Uruguay

Fernanda MUNSCHY 111

La conformité du droit étranger à l'ordre constitutionnel et conventionnel de
l'État d'origine - Fondements et défis du double contrôle au Brésil

Gustavo CERQUEIRA 137

La place de la Constitution brésilienne et des conventions liant le Brésil dans
le système de contrôle du droit étranger

Gustavo FERRAZ DE CAMPOS MONACO 173

Amérique du nord : États-Unis d'Amérique

Constitutional and Treaty-based review of foreign law : comparative and
U.S. perspectives

Alejandro M. GARRO 189

Europe : Allemagne-Suisse, Italie

Le droit étranger face à la hiérarchie des normes en droit international privé
allemand et suisse

Patrick KINSCH 223

Le juge italien face au contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité
du droit étranger

Serena FORLATI 241

CONCLUSION

Le droit étranger à l'épreuve des contrôles de constitutionnalité et de
conventionnalité - Rapport de synthèse

Paul LAGARDE 265

ANNEXES

Programme du Colloque 277

Liste des auteurs et des présidents des tables rondes 281

LE DROIT ÉTRANGER FACE À LA HIÉRARCHIE DES NORMES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ALLEMAND ET SUISSE

Patrick KINSCH*

1. Conformément aux orientations générales arrêtées pour ce colloque, on distinguera entre deux situations. La première est celle du juge du for (le juge allemand, ou suisse, puisque j'ai été chargé de vous parler des ordres juridiques allemands et suisses) s'interrogeant sur la constitutionnalité de la loi étrangère qu'il est censé appliquer, par rapport à la constitution de l'État étranger lui-même, ou sur sa conventionnalité par rapport à un traité auquel est partie l'État étranger : en d'autres termes, l'hypothèse est celle de la confrontation du droit étranger à la hiérarchie des normes de la *lex causae*.

Dans la seconde situation, le tribunal du for s'interroge sur la compatibilité du droit étranger avec une disposition de la constitution du for – plus concrètement, avec un droit fondamental garanti par cette constitution – ou avec une convention internationale, typiquement en matière de protection des droits de l'homme, en tant qu'elle lie l'État du for. Selon l'approche qu'il adoptera, il y verra soit une question de confrontation directe de la loi étrangère, désignée par la règle de conflit de lois du for, à la hiérarchie des normes de la *lex fori* (selon une approche plutôt publiciste), soit un cas d'intervention de l'ordre public du for (selon une approche plutôt privatiste).

Si la seconde situation s'est rencontrée assez fréquemment dans la pratique allemande ou suisse, la première, celle de la confrontation du droit étranger à la hiérarchie des normes de la *lex causae* elle-même, est un problème fascinant en théorie, mais jusqu'à présent peu présent dans la pratique judiciaire.

* Avocat, professeur à l'Université du Luxembourg.

I. LA HIÉRARCHIE DES NORMES DE LA *LEX CAUSAE*

2. La question de la conformité de la loi étrangère à des normes supralégislatives en vigueur dans l'ordre juridique étranger a visiblement été étudiée avec plus d'enthousiasme en Allemagne qu'en Suisse. En Allemagne, son étude s'est trouvée favorisée par le penchant vers une approche abstraite et structurelle du droit international privé qui était celui des grands spécialistes allemands de la théorie générale des conflits de lois¹, du moins jusqu'à l'époque actuelle qui est, temporairement, une époque de préoccupation avec l'application concrète des nouveaux règlements européens. La Suisse est, par contraste, un pays assez pragmatique, ce qui n'a pas empêché sa doctrine de reprendre à son compte, en passant, les opinions défendues en Allemagne².

De surcroît l'œuvre d'un auteur constitue un lien, pertinent par rapport à notre sujet, entre les deux pays ; il s'agit d'une contribution du professeur allemand K.H. Neumayer, publiée en 1958 sous le titre « *Fremdes Recht und Normenkontrolle* » (« Droit étranger et contrôle de légitimité des normes »)³, à une époque où Neumayer occupait la chaire de droit allemand à l'Université de Lausanne. Cet article reste en fait la contribution la plus originale au thème du contrôle de la loi étrangère par rapport à des normes supralégislatives de la *lex causae* – une contribution à la fois équilibrée et novatrice qui, dans la doctrine internationaliste française, passe à tort pour être inspirée d'une « conception normativiste du droit applicable » selon laquelle « le juge du for devait vérifier en toute hypothèse la “légalité

¹ E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Munich et Leipzig, Duncker & Humblot, 1914, p. 286 ; G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin et Leipzig, Walter de Gruyter, 1932, § 59, p. 87 ; M. WOLFF, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3^e éd., Berlin, Springer, 1954, pp. 86-87 ; P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2^e éd., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, pp. 338-339 ; W. WENGLER, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Berlin, Walter de Gruyter, 1981, p. 284 ; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9^e éd., Munich, C.H. Beck, 2004, p. 505 ; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 214 ; v. aussi les articles cités *infra*.

² A. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4^e éd., Bâle, Verlag für Recht und Gesellschaft, vol. I, p. 205 ; M. KELLER et K. SIEHR, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich, Schulthess, 1986, pp. 174-175 ; A. HEINI, in *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2^e éd., Zurich, Schulthess, 2004, art. 13, n° 10. A. SCHNYDER, *Die Anwendung des zuständigen fremden Sachrechts im internationalen Privatrecht*, Zurich, Schulthess, 1981, pp. 209-212, consacre à la question des développements plus longs. La principale originalité, sur le plan doctrinal, de ses développements consiste dans l'idée (erronée, à mon avis) que le constat, par le juge du for, de l'inconstitutionnalité de la loi étrangère au regard des droits fondamentaux garanti par la Constitution étrangère serait, au sens du droit des conflits de lois, un cas de « prise en considération d'un ordre public étranger » (p. 209).

³ *RabelsZ*, 1958, p. 573 et s.

objective” étrangère, sans référence à la position que prendraient les organes judiciaires de celui-ci »⁴. Le contraire est vrai, comme nous le verrons.

3. Avant la Seconde Guerre mondiale, c’était le droit américain en tant que droit étranger qui avait donné lieu à une (modeste) expérience de la pratique du contrôle de constitutionnalité assurée par le juge du for. La *Joint Resolution* du Congrès des États-Unis de 1933 portant, à titre de mesure de politique monétaire dans le cadre de la crise mondiale, invalidation des clauses-or dans les contrats libellés en dollars inquiétait à l’époque les investisseurs en obligations émises en dollars ; elle a donné l’occasion, non pas aux tribunaux allemands ou suisses, mais aux tribunaux autrichiens de s’essayer au contrôle de la constitutionnalité d’une norme législative américaine au regard de la Constitution des États-Unis d’Amérique. L’expérience était d’ailleurs peu concluante. La question qui se posait, à propos d’obligations émises sur le marché américain par des parties débitrices autrichiennes qui entendaient par la suite se prévaloir de la *Joint Resolution*, était celle-ci : est-ce que, en portant atteinte aux droits contractuels des porteurs d’obligations, le Congrès des États-Unis n’avait pas violé le Cinquième Amendement à la Constitution des États-Unis (la *Due Process Clause*) ? Le Cinquième Amendement est ainsi rédigé : « *No person shall [...] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation* ».

Le *Bezirksgericht* (une juridiction de première instance siégeant à juge unique) de Vienne décida, en 1934, que le Cinquième Amendement à la Constitution américaine n’avait qu’une portée procédurale et non pas matérielle et écarta ainsi facilement – trop facilement – le moyen d’inconstitutionnalité⁵. C’était là une interprétation littérale, qui ne concordait absolument pas avec le sens que le Cinquième Amendement avait acquis en jurisprudence américaine : la doctrine du *substantive due process* restait même particulièrement efficace, mais à l’insu du *Bezirksgericht* de Vienne, pendant la première moitié des années trente.

Plus tard, lorsque la Cour Suprême des États-Unis eut affirmé la validité de la *Joint Resolution* au regard de la Constitution américaine (pour des motifs de fond, qui n’avaient rien à voir avec ceux du jugement du *Bezirksgericht*)⁶, la Cour Suprême d’Autriche suivit cette jurisprudence et

⁴ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, 3^e éd., Paris, PUF, 2014, n° 455.

⁵ *Bezirksgericht Innere Stadt Wien* 1^{er} mars 1934, *Die Rechtsprechung*, vol. 16 (1934), p. 82.

⁶ *Norman v. Baltimore & Ohio Railroad Co.*, 294 U.S. 240 (1935) et *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935), affirmant la constitutionnalité de l’invalidation des clauses-or, sauf dans la

conclut-elle aussi à la constitutionnalité de la *Joint Resolution*⁷.

4. Dans l'après-guerre, la question fut renouvelée du fait de la création de juridictions constitutionnelles dans différents États européens, dont la République Fédérale d'Allemagne où commença rapidement à se développer une véritable culture du contrôle de la constitutionnalité des lois. La possibilité pour le juge allemand de procéder à un contrôle de constitutionnalité des lois étrangères (ou – mais cette question n'a jamais passionné les juristes allemands – de leur conventionnalité⁸) au regard des normes supranationales liant l'État étranger reçut dès lors une attention doctrinale renouvelée, tout particulièrement au cours des années 1950 et 1960⁹.

5. Il convient, selon le consensus doctrinal, d'opérer une distinction entre plusieurs situations, sans jamais perdre de vue le principe de base que la question du contrôle de constitutionnalité fait partie intégrante de la question de la détermination du contenu réel du droit étranger par le juge allemand du for :

Si l'État étranger ne connaît pas le contrôle de la constitutionnalité des lois (ou, pour modifier un peu l'hypothèse, s'il ne connaît pas le principe de la primauté par rapport au droit national des traités internationaux), le juge du for ne peut qu'en prendre acte et doit lui-même refuser ce contrôle. Cette première règle est universellement reconnue¹⁰.

De même, si la question de la constitutionnalité d'une loi donnée a déjà été résolue à l'étranger, dans un sens ou dans l'autre, le juge du for peut et doit suivre cette jurisprudence.

6. En revanche, si le contrôle de constitutionnalité n'est pas inconnu du droit étranger, mais que le juge du for est saisi de la question de la constitutionnalité d'une loi donnée avant qu'une juridiction de l'État

mesure où elle visait des obligations contractuelles existantes des États-Unis d'Amérique eux-mêmes.

⁷ OGH, 10 juillet 1936, traduit in A. PLESCH, *Recueil d'arrêts et de consultations sur la clause-or*, Paris, Duchemin, 1937, p. 179 et s., spéc. p. 183.

⁸ Sans doute pour une raison que l'on reverra à propos du contrôle de la conventionnalité des lois étrangères par rapport aux traités liant l'État du for, *infra*, n° 17 : le droit allemand lui-même ne reconnaît pas la primauté des traités internationaux par rapport au droit législatif interne. La question de la conventionnalité est néanmoins parfois envisagée, par ex. par M. WOLFF, *op. cit. supra*, note 1, p. 87.

⁹ M. FERID, « Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen », *Festschrift für Hans Dölle*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, p. 119 et s. (qui défend une vision conservatrice de l'incidence du droit constitutionnel sur le droit international privé) ; K. NEUMAYER, art. cit. *supra*, note 3.

¹⁰ Y compris de la part de Neumayer (art. cit. *supra*, note 3, pp. 589-590). Ceci montre qu'il est faux de décrire Neumayer comme un normativiste fou, qui aurait préconisé d'opérer le contrôle de constitutionnalité même à l'encontre du droit étranger.

étranger soit prononcée, se posent des questions plus délicates. Il convient alors de distinguer entre deux possibilités.

Première possibilité : dans l'État étranger, le contrôle de constitutionnalité est un contrôle décentralisé, diffus, confié à chaque juge de l'État étranger, qui est habilité à vérifier de manière autonome la constitutionnalité des lois. L'exemple-type en est le cas des États-Unis d'Amérique. Dans cette hypothèse, le juge allemand, tenu d'appliquer le droit étranger tel qu'il s'applique réellement à l'étranger, est théoriquement habilité à procéder lui-même au contrôle de la constitutionnalité ; il ne s'agit, après tout, que d'une décision sur la question de savoir laquelle des deux normes, la norme législative d'une part et la norme constitutionnelle de l'autre (si tant est que la loi y est contraire), serait réellement appliquée dans l'ordre juridique étranger¹¹. En conséquence, le juge allemand peut, théoriquement là encore, faire prévaloir la constitution étrangère sur la loi et refuser d'appliquer cette dernière. Mais en même temps, il hésitera normalement à se lancer dans ce contrôle, en particulier dans le cas d'une constitution étrangère dont l'interprétation (comme le montre l'exemple des États-Unis) est considérée comme relevant d'une mission quasi-politique des tribunaux. En conséquence, il existe une présomption de constitutionnalité des lois étrangères qui, à défaut d'être absolument irréfutable, sera difficile à renverser.

7. Deuxième possibilité : le contrôle de la constitutionnalité est organisé, dans l'État étranger, suivant le modèle centralisé, typique du droit européen¹².

Un juge ordinaire ne peut donc pas, dans l'État étranger, constater l'inconstitutionnalité d'une loi et refuser de l'appliquer. Il doit saisir la juridiction constitutionnelle. Dès lors, le juge allemand ne devrait pas pouvoir faire ce qui est interdit au juge étranger et constater lui-même une inconstitutionnalité. *Mais peut-il, comme pourrait le faire le juge de l'État étranger, saisir lui-même la Cour constitutionnelle étrangère ?* C'est à cet égard que la proposition de Karl Neumayer était visionnaire et innovatrice. Selon l'auteur, la réponse est affirmative. La seule manière de veiller à

¹¹ Cf. l'arrêt américain fondateur en matière de contrôle de constitutionnalité, *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137, 177-178 (1803) :

« It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each.

So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty ».

¹² À quelques exceptions près : la Grèce et certains pays nordiques connaissent le contrôle de constitutionnalité suivant le modèle américain.

appliquer réellement le droit étranger tel qu'il serait appliqué dans l'État étranger est, pour le juge allemand, d'essayer de faire vérifier la constitutionnalité de la loi étrangère, dans le cas où elle lui paraît douteuse, par la seule juridiction qui est habilitée à cette fin, à savoir la juridiction constitutionnelle étrangère¹³.

Voilà, selon l'auteur, la raison pour le juge du for d'admettre son propre pouvoir de saisir la juridiction étrangère. Mais comment réagira la juridiction constitutionnelle étrangère ? Il faut espérer qu'elle se considérera comme tenue « par l'esprit de la courtoisie internationale, de la communauté de droit des gens (*völkerrechtliche Gemeinschaft*) entre nations qui participent au commerce international, de consentir à cette entraide judiciaire internationale, c'est-à-dire d'accepter le renvoi préjudiciel et de fournir une réponse aux questions du juge étranger »¹⁴.

8. En jurisprudence allemande, deux arrêts rendus en 1969 ont eu l'occasion de répondre à des demandes de renvoi préjudiciel à la Cour constitutionnelle italienne, formulées par les parties qui se référaient à cette proposition doctrinale de Neumayer. Des doutes sérieux avaient été formulés devant des juridictions d'appel allemandes au sujet de la constitutionnalité, au regard du principe de l'égalité entre les sexes formulé par la Constitution italienne, des dispositions du Code civil italien qui privilégiaient à l'époque le père dans la garde d'un enfant légitime en cas de désunion de ses parents. D'une manière décevante, ces juridictions se considérèrent comme empêchées d'accéder aux demandes de renvoi devant la Cour constitutionnelle italienne. La Cour Suprême de Bavière décida que le recours à l'entraide judiciaire internationale afin de faire vérifier la constitutionnalité de la loi étrangère serait « incompatible avec le principe selon lequel le pouvoir juridictionnel est territorial et ne pourrait être étendu, tout au plus, que par un traité international »¹⁵. Cette décision fit jurisprudence et fut suivie par la Cour régionale supérieure de Hamm dans une affaire ultérieure, concernant le même problème de droit italien¹⁶.

On peut le regretter ; la proposition de Neumayer, ainsi écartée par les juridictions, était élégante – elle réussit à éliminer le problème, effectivement gênant, du caractère mi-juridique et mi-politique du rôle du juge constitutionnel, qui ne peut pas être facilement assumé avec sérieux par

¹³ NEUMAYER, p. 596, avec une référence à l'opinion de Niboyet (v. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Paris, Sirey, 1944, n° 979 : « Le tribunal français n'aurait, en pareil cas, qu'à surseoir provisoirement à statuer. Le cas échéant, et par voie de commission rogatoire, il pourrait s'adresser aux autorités étrangères »).

¹⁴ P. 597.

¹⁵ BayObLG, 21 fév. 1969, *NJW*, 1969, p. 988.

¹⁶ OLG Hamm, 29 nov. 1969, *FamRZ*, 1970, p. 95.

une juridiction qui n'est pas celle de l'État concerné – ; et elle était conforme à l'esprit de l'entraide judiciaire, en particulier entre États européens.

9. On peut ajouter une complication additionnelle à l'hypothèse du contrôle de constitutionnalité réservé, en vertu du droit étranger, à une juridiction constitutionnelle spécialisée. C'est celle de la question prioritaire de constitutionnalité telle que la prévoit désormais le droit français. Contrairement à la saisine de la Cour constitutionnelle italienne, toute juridiction française ne peut pas saisir directement le Conseil constitutionnel ; le tribunal qui entend faire contrôler la conformité d'une loi française à la Constitution doit d'abord saisir le Conseil d'État, s'il s'agit d'une juridiction administrative, ou la Cour de cassation, s'il s'agit d'une juridiction judiciaire. Question : que pourrait faire le juge (judiciaire) *allemand* s'il était confronté à une question – non encore résolue par la jurisprudence du Conseil constitutionnel – de constitutionnalité d'une loi française ? Evidemment, s'il continue de suivre la jurisprudence de la Cour Suprême de Bavière, il ne fera rien et se contentera d'appliquer la présomption de constitutionnalité de la loi française. Mais à supposer qu'il se laisse convaincre par les propositions de Neumayer – qui avaient peut-être une certaine avance sur leur temps, mais qui conviennent parfaitement à l'esprit de « confiance mutuelle entre juridictions des États membres » tel que l'affirme actuellement la Cour de justice de l'Union européenne¹⁷ : que peut-il faire ?

Un juge allemand, mettons le tribunal de Munich, ne pourrait sans doute pas vouloir saisir lui-même directement le Conseil constitutionnel français : un tribunal français ne pourrait lui-même pas le faire, puisqu'il devrait passer par la Cour de cassation, chargée de filtrer les questions de constitutionnalité et de ne soumettre que les questions « sérieuses » au Conseil constitutionnel. Mais le tribunal de Munich ne pourrait-il pas songer à soumettre sa question à la Cour de cassation française, dans un esprit d'entraide entre juridictions étatiques, et espérer que la Cour considèrera sa demande d'entraide comme recevable¹⁸ ? Il en existe au moins un précédent

¹⁷ V. not. l'avis 2/13 du 18 déc. 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, point 168 et points 191 et s. ; cf. Ch. KOHLER, « Vertrauen und Kontrolle im europäischen Justizraum für Zivilsachen », *ZEUS*, 2016, p. 135.

¹⁸ Il est vrai que la Cour de cassation (Com., 28 juin 2011, n° 11-40030, *Rev. arb.*, 2012, p. 65, note SAMPER-LE BRETON) a décidé qu'une Q.P.C. ne pouvait pas lui être transmise par un tribunal arbitral privé, au motif que « l'arbitre investi de son pouvoir juridictionnel par la volonté commune des parties ne constitue pas une juridiction relevant de la Cour de cassation ». Cette décision peut se justifier par plusieurs raisons, inspirées soit d'une volonté de lire littéralement l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, soit d'une méfiance à l'égard des tribunaux arbitraux, soit (plus vraisemblablement) de la volonté de respecter l'autonomie de

en droit français, non pas certes devant la Cour de cassation mais devant le Conseil d'État, assemblée du contentieux, qui a accepté de connaître d'un recours en appréciation de validité dirigé contre un acte administratif français en exécution d'un arrêt de la Cour de justice de la république et canton de Genève devant laquelle l'affaire principale était pendante. L'arrêt du Conseil d'État retient « qu'en l'absence de stipulation contraire de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, pour les États membres de la communauté économique européenne ou de l'Association européenne de libre-échange, signée à Lugano le 16 septembre 1988 et entrée en vigueur entre la France et la Suisse le 1^{er} juillet 1992, le tribunal administratif de Rennes pouvait se prononcer sur les conclusions en appréciation de validité dont il était ainsi saisi »¹⁹.

Même si tout ceci n'est, pour l'instant, que très hypothétique, l'extension des idées de Neumayer à la question prioritaire de constitutionnalité de droit français est envisageable. Reste à voir si une juridiction allemande (ou une juridiction dans un autre État) voudra bien les mettre un jour à l'épreuve, et quelle sera la réaction de la Cour de cassation...

II. LA HIÉRARCHIE DES NORMES DE LA *LEX FORI* (OU L'ORDRE PUBLIC DU FOR ?)

10. L'hypothèse qu'on vient d'examiner – celle dans laquelle il est demandé au juge du for d'exercer lui-même un contrôle de constitutionnalité (ou de conventionnalité) par rapport à des normes supralégislatives en vigueur dans l'ordre juridique étranger – a jusqu'à présent laissé peu de traces dans la pratique judiciaire, que ce soit en Suisse ou en Allemagne. Il en va différemment de celle que j'aborde à présent, qui est celle du conflit entre la loi étrangère applicable et les dispositions fondamentales de l'ordre juridique du for – concrètement, les droits fondamentaux reconnus par la Constitution du for, ou les droits de l'homme reconnus par un traité liant le

l'arbitrage et de minimiser l'interférence des juridictions étatiques dans le déroulement des procès arbitraux. Ces raisons, quelles qu'elles soient, ne devraient pas être transposées à une saisine par une juridiction étatique étrangère : cette saisine ne devrait se juger que conformément à l'idéal de la coopération judiciaire entre juridictions (étatiques).

¹⁹ C.E., Ass., 27 oct. 2000, *Société BFG Bank Luxembourg S.A.*, n° 172350, *Rec.*, p. 471, en exécution de l'arrêt de la Cour de justice de Genève du 18 février 1994, n° 242, cause C/18056/1992.

for. Cette question, importante en théorie comme en pratique, a donné lieu à des controverses doctrinales, mais surtout au développement d'une jurisprudence appréciable²⁰.

L'ordre juridique allemand est, depuis 1949, un ordre juridique fortement constitutionnalisé à la fois sur le plan institutionnel (le Tribunal constitutionnel fédéral est une institution qui joue un rôle de premier plan parmi les institutions publiques) et en termes de pénétration de concepts de droit constitutionnel en droit privé. Cette évolution s'est reflétée, spécifiquement en droit allemand, dans la controverse sur le degré de soumission à la Constitution allemande des juridictions civiles lorsqu'elles appliquent un droit étranger, et sur la méthode par laquelle elles donneraient effet aux droits constitutionnellement garantis. Il n'y a pas eu d'équivalent à cette controverse en droit suisse. En revanche, la comparaison des droits allemand et suisse devient pertinente lorsqu'on essaye de voir quelles sont les normes de référence des tribunaux dans la confrontation des lois étrangères à des droits fondamentaux (garantis par la constitution) ou droits de l'homme (garantis, en l'espèce, par la Convention européenne des droits de l'homme).

A. – *La controverse méthodologique : application directe ou indirecte du droit constitutionnel*

II. Ce n'est que progressivement que les changements profonds qu'introduisaient dans l'ordre juridique allemand les dispositions de la loi fondamentale de 1949 sur les droits fondamentaux et l'institution du Tribunal constitutionnel fédéral furent assimilés par les juristes de droit privé, et tout particulièrement par les représentants du droit international privé²¹.

La Cour fédérale – juridiction suprême en matière civile – manifestait au cours des années 1950 et 1960 sa volonté de maintenir la jurisprudence d'avant-guerre, favorable à l'application de lois étrangères qui pourraient paraître incompatibles, en matière matrimoniale, avec les conceptions

²⁰ Cf. P. KINSCH, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Recueil des cours*, vol. 318 (2005), p. 165 et s. Les développements relatifs au mécanisme par lequel effet a été donné, dans l'ordre juridique allemand d'après-guerre, aux droits fondamentaux tels que les prévoit la loi fondamentale ont été repris ici (partie II.A) de cette publication de 2005, qui a été partiellement modifiée.

²¹ Cf. la description de l'état de la doctrine et de la jurisprudence avant l'intervention du Tribunal constitutionnel fédéral (en 1971) par F. STURM, « Durchbruch der Grundrechte in Fällen mit Ausländerberührung », *FamRZ*, 1972, p. 16.

allemandes de la liberté du mariage ou de l'égalité entre mari et femme²². Selon ces arrêts, même si les règles de conflit du droit international privé sont hiérarchiquement inférieures à la loi fondamentale, elles n'en délimitent pas moins « la portée spatiale et personnelle du droit constitutionnel »²³ : en d'autres termes, si en vertu des règles de conflit le droit allemand n'est pas applicable, il ne convient pas non plus de confronter la loi étrangère aux normes constitutionnelles allemandes. La primauté de la Constitution est sans effet à l'égard de la loi étrangère, quel que soit au demeurant le degré de proximité de la situation avec l'Allemagne. La loi étrangère peut être écartée, il est vrai, par l'ordre public allemand (à l'époque l'article 30 de la loi d'introduction au Code civil). À supposer que l'on accepte de prendre en considération les droits fondamentaux dans la définition de l'ordre public allemand, seule « une contradiction grave avec les conceptions juridiques allemandes » peut déclencher l'exception d'ordre public²⁴.

En conséquence, les empêchements au mariage, lorsqu'ils étaient prévus par la loi nationale de l'un des candidats au mariage, n'étaient pas considérés comme contraires à l'ordre public malgré le fait qu'ils pouvaient apparaître comme incompatibles avec le principe de la liberté du mariage²⁵. À propos de l'une des affaires, vraisemblablement assez nombreuses, de projets de mariage entre des Allemandes divorcées et des travailleurs immigrés espagnols auxquels s'opposait le droit espagnol, la Cour fédérale ajouta, dans le meilleur esprit paternaliste, que la décision de donner effet à l'empêchement du droit espagnol était ultimement dans l'intérêt de la jeune Allemande (de confession protestante) : il s'agissait de veiller à ce que son mariage puisse être reconnu « à l'étranger » (la Cour a sans doute pensé à la reconnaissance du mariage en Espagne), où le mariage, s'il était célébré en Allemagne, risquerait d'être considéré comme nul. « Dans ce cas, des normes étrangères ne peuvent, même en présence d'un fort lien de proximité avec l'Allemagne, pas être confrontées au droit constitutionnel allemand. La nécessité de protéger le citoyen allemand impliqué doit alors être

²² En particulier BGH, 23 avril 1954, *FamRZ*, 1954, p. 110 ; BGH, 12 fév. 1964, *BGHZ*, 41, p. 136 ; BGH, 29 avril 1964, *BGHZ*, 42, p. 7.

²³ BGH, 29 avril 1964, préc., p. 13, par référence à M. FERID, art. cit. *supra*, note 9, p. 143.

²⁴ Même arrêt, p. 15.

²⁵ En revanche, la jurisprudence de l'époque considérait déjà comme contraires à l'ordre public les empêchements religieux proprement dits, non pas parce qu'ils auraient été contraires aux droits fondamentaux en tant que tels, mais parce qu'ils limitaient l'exercice de droits civils d'une manière incompatible avec le principe de laïcité de l'État allemand : BGH, 12 mai 1971, *BGHZ*, 56, p. 180 (interdiction, prévue en droit israélien, du mariage entre un juif et un non-juif) ; OLG Hamm, 26 nov. 1973, *FamRZ*, 1974, p. 92 (*impedimentum ordinis* du droit espagnol) ; v. aussi un arrêt qui écarte l'empêchement du droit israélien, sans motivation détaillée : OLG Munich, 25 fév. 1969, *FamRZ*, 1970, p. 408.

prioritaire »²⁶. Il vaut mieux ne pas pouvoir se marier que de s'engager dans un mariage boiteux.

12. Cette jurisprudence, conservatrice dans ses fondements, incompatible avec les conceptions contemporaines de la liberté du mariage dans ses effets, s'est maintenue jusqu'au moment où une autre affaire « espagnole » a été portée devant le Tribunal constitutionnel fédéral. Le Tribunal constitutionnel, juridiction spécialisée en droit constitutionnel a, quant à lui, raisonné non plus à partir des règles préexistantes du droit international privé, mais dans une optique de droit public et à partir de la primauté de droits fondamentaux. Sa décision, connue sous le nom de « décision de l'Espagnol » (*Spanierbeschluss*)²⁷ est incontestablement une grande décision – des auteurs allemands y ont vu « sans doute la décision la plus importante de la jurisprudence allemande de droit international privé du XX^e siècle »²⁸. La situation de base est classique : un Espagnol voudrait épouser une Allemande divorcée ; le droit espagnol le lui interdit. Question : est-ce que cet Espagnol et cette Allemande ne peuvent pas invoquer la liberté de se marier, telle qu'elle est garantie par la Constitution allemande ?

La décision du Tribunal constitutionnel fait prévaloir la liberté du mariage. La conception des juridictions civiles, énonce le Tribunal constitutionnel, « contredit la primauté de la Constitution et le rôle prédominant des droits fondamentaux. Même en droit international privé il faut partir de la norme directrice de l'article 1 al. 3 de la de la loi fondamentale, qui oblige tous les pouvoirs publics au respect des droits fondamentaux »²⁹.

La décision exprime ensuite en désaccord avec la thèse selon laquelle les règles de conflit du droit international privé pourraient, d'une certaine manière, indirectement déterminer le champ d'application des droits fondamentaux, et que seule l'exception d'ordre public de l'article 30 de la loi d'introduction au Code civil (*EGBGB*), entendue de la manière traditionnellement reçue dans la jurisprudence civile, constituerait une limite à l'application du droit étranger : « Les droits fondamentaux forment une

²⁶ BGH, 12 fév. 1964, précit. *supra* note 23, p. 151, citant M. FERID, *FamRZ*, 1963, pp. 58-59.

²⁷ BVerfG, 4 mai 1971, *BVerfGE* 31, p. 58 ; *Rev. crit.*, 1974, 57 et chron. LABRUSSE, p. 1. La décision a fait l'objet de nombreux commentaires doctrinaux (souvent très critiques à l'époque), notamment à la *RabelsZ*, 1972, p. 1-144, par Henrich, Jayme, Kegel, Lüderitz, Makarov, Müller, Neumayer, Siehr, Wengler et Neuhaus. Le commentateur le plus enthousiaste était F. STURM : v. l'article cité *supra*, note 21 ; L. RAAPE et F. STURM, *Internationales Privatrecht*, vol I, 6^e éd., Munich, Franz Vahlen, 1977, p. 205 et s.

²⁸ Ch. von BAR et P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, vol. I, 2^e éd., Munich, C.H. Beck, 2003, § 4, n^o 40.

²⁹ *BVerfGE*, 31, pp. 72-73 ; *Rev. crit.*, 1974, p. 65.

partie indissociable de la Constitution : ils sont le noyau spécifique de l'ordre libéral et démocratique de la vie civique dans la Constitution. Leur portée ne peut dépendre de la manière dont le droit ordinaire règle un cas particulier ; bien au contraire leur portée doit être déduite directement de la Constitution elle-même (*Bernstein, NJW*, 1965, p. 2275 ; *Wengler, JZ*, 1965, p. 101). Il n'est pas possible de justifier une autre conception par la spécificité ou l'originalité du droit international privé. [...] Si la conception ci-dessus évoquée était exacte, le choix du législateur pour l'une des règles de conflit possibles (par exemple en matière de mariage, le rattachement à la nationalité ou au domicile ou au lieu de célébration du mariage) déterminerait également pour chaque matière un domaine plus ou moins grand échappant aux droits fondamentaux. L'appel à l'article 30 *EGBGB* ne changerait rien au problème tant que cet article n'est pas considéré comme un moyen de faire respecter les droits fondamentaux en droit international privé et tant que l'on continue à l'inverse de penser que les dispositions de ce texte interprétées restrictivement limitent le domaine d'application des droits fondamentaux. Car tout ceci aboutit au fait que les règles édictées par le législateur en matière de droit privé déterminent le rang et la portée des normes constitutionnelles »³⁰.

Le résultat est que la loi fondamentale elle-même garantit aux deux intéressés le droit de se marier en Allemagne, nonobstant la prohibition du droit espagnol. Survient alors une autre question, d'ordre méthodologique : comment les juridictions civiles doivent-elles veiller au respect des droits fondamentaux ? Le Tribunal constitutionnel voit deux techniques différentes, qui aboutissent toutes les deux au même résultat conforme à la Constitution. Par conséquent, ce n'est pas à la juridiction constitutionnelle qu'il appartiendrait de choisir entre les deux techniques. Les deux techniques possibles sont les suivantes : « l'application du droit espagnol devrait être écartée sur le fondement des principes ci-dessus dégagés, dans la mesure où elle conduit à la violation d'un droit fondamental. Ce résultat peut être atteint, soit en admettant que les droits fondamentaux constituent une barrière qui limite directement l'application du droit désigné par la règle de conflit, soit en faisant appel à l'article 30 *EGBGB*. Si l'on adoptait cette seconde solution il faudrait cependant renoncer à distinguer entre les violations des droits fondamentaux tolérables et intolérables. Au contraire, pour que l'article 30 *EGBGB* permette la mise en œuvre des droits fondamentaux, il faudrait analyser la réserve de l'ordre public comme le "point de pénétration" des droits fondamentaux en droit international privé (cf. *BVerfGE*, 7, p. 198 et s., spéc. p. 206), ce qui aurait pour conséquence

³⁰ Pp. 73-74, resp. pp. 65-66.

que toute atteinte portée à ces droits par l'application du droit étranger déclaré compétent en vertu d'une règle de conflit déclencherait l'intervention de l'ordre public allemand. La juste mesure sera atteinte en examinant si et dans quelle mesure le droit fondamental spécialement concerné exige son application et son respect dans des affaires présentant des éléments d'extranéité, et ce d'après ses termes mêmes, son contenu et son but, tout en tenant compte de l'égalité des États et de l'indépendance de leurs ordres juridiques »³¹.

On peut supposer que la première des deux solutions – celle qui consiste à renoncer à l'exception d'ordre public et à voir dans les droits fondamentaux « une barrière qui limite directement l'application du droit désigné par la règle de conflit » avait les faveurs du Tribunal constitutionnel : cette idée découle directement de la primauté du droit constitutionnel dans la hiérarchie des normes, partant d'un raisonnement de droit public qui devait paraître naturel aux membres d'une juridiction constitutionnelle ; et elle avait été proposée dans la doctrine de Bernstein et de Wengler, cités avec approbation par le Tribunal³². Néanmoins, les juges constitutionnels étaient vraisemblablement conscients des préférences de leurs collègues civils et ont dès lors jugé que *moyennant adaptation aux données du droit constitutionnel*, l'exception d'ordre public – plus traditionnelle, et plus conforme à un raisonnement de droit international privé – pouvait également convenir.

13. C'est bien ce que les juridictions civiles ont fait. Elles ont réagi à la décision du Tribunal constitutionnel, non pas en changeant complètement de méthodologie (vers l'application directe du droit constitutionnel), mais en adaptant la méthodologie classique de l'exception d'ordre public à la nouvelle donne constitutionnelle³³. Et lorsque le législateur allemand a réformé le droit international privé en 1986, il a officiellement fait de l'exception d'ordre public la méthode consacrée de protection des droits fondamentaux à l'égard des lois étrangères. L'article 6 de la loi d'introduction au Code civil allemand, consacré à l'exception d'ordre public, est ainsi rédigée : « Une règle de droit d'un État étranger ne sera pas appliquée, lorsque son application mène à un résultat manifestement incompatible avec des principes fondamentaux du droit allemand. En particulier elle ne sera pas appliquée lorsque son application est

³¹ Pp. 86-87, resp. pp. 71-72.

³² Cf. le passage cité *supra*, texte accompagnant la note 30. Les références exactes sont H. BERNSTEIN, « Ein Kollisionsrecht für die Verfassung », *NJW*, 1965, p. 2723 et W. WENGLER, note sous BGH, 29 avril 1964, *JZ*, 1965, p. 99.

³³ À partir de BGH, 20 déc. 1972, *BGHZ*, 60, p. 68.

inconciliable avec les droits fondamentaux »³⁴. À la même occasion, les textes applicables à la reconnaissance, en Allemagne, de jugements étrangers (§ 328 du *Code de procédure civile*) respectivement de sentences arbitrales (§ 1049) ont été modifiés et formulent dans les mêmes termes que l'article 6 l'exception d'ordre public en matière de reconnaissance des jugements et des sentences.

Le Tribunal constitutionnel a reconnu, dans une décision de 1988, la légitimité de cette solution qui « permet la prise en considération des intérêts des parties au regard des droits fondamentaux »³⁵.

Et dans une importante décision de 2006 – qui juge que la non-reconnaissance à un transsexuel étranger, ayant sa résidence habituelle en Allemagne, du droit de changer de sexe au regard des registres de l'état civil méconnaît la loi fondamentale³⁶ – il montre toute l'étendue de son accord avec l'approche privatiste du problème des lois étrangères incompatibles avec les droits fondamentaux. La nouvelle décision ne renie pas la « décision de l'Espagnol » de 1971 – dont elle cite au contraire les apports essentiels –, mais il est remarquable qu'elle tire les conséquences du nouvel article 6 de la loi d'introduction au Code civil, en ne faisant plus aucune allusion à la méthode des « droits fondamentaux, barrière qui limitent directement l'application du droit désigné par la règle de conflit ». La décision énonce que « la protection des droits fondamentaux est assurée en droit international privé allemand par l'article 6 de la loi d'introduction au Code civil, expression de l'ordre public, dont il résulte que dans des cas qui donnent lieu à application de la loi nationale, une règle émanant d'un autre État ne sera pas applicable lorsque son application mène à un résultat manifestement incompatible avec des principes fondamentaux du droit allemand. En particulier, elle ne sera pas appliquée lorsque son application est inconciliable avec les droits fondamentaux (art. 6, deuxième phrase, de la loi d'introduction au Code civil). Ainsi ce texte permet, surtout en cas de méconnaissance des droits fondamentaux liée à l'application d'un droit étranger, d'avoir recours au droit allemand pour éviter pareille méconnaissance. Dans ce contexte, l'exception de l'ordre public est mise en œuvre en présence d'un lien de proximité suffisant de la situation de base, et donc, en règle, si la personne intéressée a sa résidence habituelle en

³⁴ « Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist ».

³⁵ « Sie lässt Raum für die Berücksichtigung von Grundrechtspositionen der Beteiligten », BVerfG, 30 nov. 1988, *BVerfGE*, 79, p. 203 et s., spéc. p. 210.

³⁶ BVerfG, 18 juill. 2006, *BVerfGE*, 116, p. 243.

Allemagne ([référence aux travaux préparatoires de la réforme de la loi d'introduction] : BTDrucks 10/504, p. 43), étant noté que selon la jurisprudence les exigences en termes de proximité sont d'autant moins fortes que la méconnaissance par la loi étrangère des conceptions fondamentales de la justice ayant cours en Allemagne est marquée (cf. *BGHZ*, 118, p. 312 et s., spéc. p. 349) »³⁷.

La conséquence en a été l'inconstitutionnalité d'une disposition législative qui limite à des ressortissants allemands (ou à des apatrides ou réfugiés résidant en Allemagne) l'accès au juge chargé d'examiner la demande en modification des actes de l'état civil. L'incompétence du juge allemand a pour effet, à l'égard des étrangers résidant en Allemagne, de les exclure de la possibilité de remédier, avec effet pour l'Allemagne, au moyen de l'exception d'ordre public à une attitude éventuellement trop restrictive, et dès lors incompatible avec la loi fondamentale, de leurs lois nationales. Quoi qu'intervenant dans un but *a priori* légitime – le respect du rattachement du statut national à la nationalité –, cette réglementation méconnaît, de manière disproportionnée, le droit des étrangers ayant leur résidence habituelle en Allemagne à être traités de la même manière que les ressortissants allemands. Il y a, par conséquent, violation du principe d'égalité³⁸.

La « décision du transsexuel » confirme ainsi la parfaite compatibilité du respect des droits fondamentaux avec l'application des techniques traditionnelles de droit international privé : en définitive, le seul grief que retient le Tribunal constitutionnel fédéral est d'avoir, par une réglementation trop restrictive de la compétence du juge allemand, empêché le jeu normal de l'exception d'ordre public.

14. Cette solution (mais non la controverse qui l'a précédée en Allemagne) existe aussi en Suisse, où c'est l'ordre public qui sert à la défense des principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse, principes fondamentaux dont font partie les droits fondamentaux et les droits de l'homme³⁹.

B. – *L'identification des normes supralégislatives de référence*

15. Quelles sont les normes supralégislatives qui peuvent nourrir l'ordre public du for, puisque c'est ainsi que se présente, dans la réalité

³⁷ P. 266.

³⁸ Pp. 267-268.

³⁹ A. BUCHER, commentaire de l'article 17 LDIP, in *Commentaire romand, Loi sur le droit international privé*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011, n^{os} 8 et s., 39 et s.

jurisprudentielle, la question de l'incompatibilité de la loi étrangère avec des normes constitutionnelles ou internationales ? En principe, l'ordre public en tant que mécanisme souple peut s'inspirer de toutes sortes de normes, nationales ou internationales, et même de textes non normatifs comme l'est la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁴⁰. Il n'en existe pas moins des préférences pour l'une ou l'autre source, préférence qui caractérise les jurisprudences des différents États. En l'occurrence, pour notre comparaison germano-suisse, on constate ceci.

16. En droit allemand, c'est la Constitution nationale, la loi fondamentale allemande, qui est la norme de référence-type. Même si les auteurs allemands reconnaissent que la Convention européenne des droits de l'homme peut également servir de référence⁴¹, la *jurisprudence* allemande se caractérise par la référence presque exclusive aux normes constitutionnelles. Celle-ci caractérise la jurisprudence allemande de droit international privé depuis les années 1970 et continue actuellement de dominer la mise en œuvre de l'exception de l'ordre public⁴². Tout en se référant, sur le plan normatif, uniquement à la loi fondamentale allemande et à la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral, un arrêt de la Cour fédérale de 2006 ajoute, il est vrai, une référence « européenne » : pour juger que l'interdiction du divorce telle qu'existe en droit canonique (applicable au statut personnel d'époux de nationalité syrienne) est contraire à l'ordre public allemand, l'arrêt retient « [qu'] en tant que substrat de l'ordre juridique positif, [l'ordre public] représente comme celui-ci une expression des conceptions élémentaires en matière de valeurs de la communauté juridique nationale et, dans une mesure croissante, européenne ; il est sujet aux modifications de ces conceptions et les suit – parfois, il est vrai, avec un

⁴⁰ Cf. le cours cité *supra*, note 20, p. 209 et s., pour un examen de droit comparé.

⁴¹ J. von HEIN, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, 6^e éd., 2015, commentaire de l'article 6 EGBGB, n° 144, et les références citées. Il en va de même, comme le souligne l'auteur, d'autres traités en matière de droits de l'homme ratifiés par l'Allemagne.

⁴² Par exemple à propos des questions suivantes : conflit entre la liberté du mariage et les empêchements matrimoniaux autrefois prévus par la loi espagnole (BVerfG, 4 mai 1971, précit.) ; droits des transsexuels étrangers (BVerfG 18 juill. 2006, précit.) ; reconnaissance de jugements américains condamnant les défendeurs à des dommages-intérêts punitifs (BGH, 4 juin 1992, *BGHZ*, 118, p. 312 et s., spéc. p. 343 ; comp. BVerfG, 7 déc. 1994, *BVerfGE*, 91, p. 335 ; BVerfG, 25 juill. 2003, *BVerfGE*, 108, p. 238, et 9 nov. 2005, *BVerfGE*, 114, p. 396) ; reconnaissance d'un jugement français condamnant une caution à un montant prétendument disproportionné (BGH, 24 fév. 1999, *BGHZ*, 140, p. 395) ; répudiation des femmes conformément à un droit d'inspiration islamique (BGH, 6 oct. 2004, *BGHZ*, 160, p. 332) ; interdiction du divorce dans le droit canonique applicable au statut personnel d'époux ayant la nationalité syrienne (BGH, 11 oct. 2006, *BGHZ*, 169, p. 240) ; règles discriminatoires en matière successorale, spécialement l'exclusion (de droit islamique) de la succession pour différence de religion avec le *de cuius* (en dernier lieu AG Hambourg, 13 avril 2015, *IPRax*, 2016, p. 472 et s., spéc. p. 474).

certain retard »⁴³.

L'existence de cet arrêt ne modifie cependant pas l'orientation essentiellement nationale de la jurisprudence allemande.

En Suisse en revanche, la référence normale, dans l'enrichissement de l'ordre public par des normes supralégislatives, est une référence à la Convention européenne des droits de l'homme, « qui en tant que partie intégrante du droit fédéral doit être prise en compte lors de la détermination de l'ordre public suisse »⁴⁴.

17. La raison de cette différence d'approche n'est très vraisemblablement pas à rechercher dans une orientation plus souverainiste de la jurisprudence allemande de droit international privé, alors que la jurisprudence suisse serait plus internationaliste. Elle est plus banale : la confrontation des lois étrangères aux droits fondamentaux ou aux droits de l'homme est une question qui ne préoccupe les tribunaux qu'occasionnellement, alors que la confrontation des lois *nationales* aux normes supralégislatives est, depuis plusieurs décennies, un phénomène courant. Il est normal que les juges (et, en amont, les avocats) transposent aux cas relativement rares de droit international privé les mécanismes de raisonnement, qui peuvent même devenir des automatismes, qui caractérisent le contrôle soit de la constitutionnalité, soit de la conventionnalité des lois nationales.

Or en Suisse, les tribunaux n'ont toujours pas le pouvoir de vérifier la constitutionnalité des lois fédérales, dont fait partie l'essentiel du droit privé ; en revanche, le principe de la primauté du droit international par rapport au droit national, y compris le droit fédéral, est reconnu par la jurisprudence suisse⁴⁵. La conséquence en est qu'en Suisse, l'habitude prise par les tribunaux est de vérifier la conventionnalité des normes de droit privé, et cette habitude se transpose naturellement – et sans que cela soit juridiquement obligatoire – à la vérification de la conformité des lois étrangères à la Convention.

En Allemagne par contre, non seulement la Constitution joue un rôle prééminent, mais les traités internationaux ne sont même pas en mesure de s'imposer face aux lois nationales qui ont été adoptées postérieurement à l'entrée en vigueur des traités. En effet, avec une exception spécialement prévue par la loi fondamentale au profit du droit de l'Union européenne (art. 23 et 24), le droit allemand reste fidèle à la solution traditionnelle selon

⁴³ BGH, 11 oct.2006, préc., spéc. p. 251.

⁴⁴ Trib. féd., 9 fév. 1977, ATF, 103 Ia 199, spéc. p. 205 ; v. aussi A. BUCHER, comm. cit. *supra*, note 39, n° 39.

⁴⁵ Trib. féd., 26 juill. 1999, ATF, 125 II 417 et autres arrêts reproduits in A. ZIEGLER, *Schweizerische Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen*, Zurich, Saint-Gall, Dike, 2015, sections 2, p. 57 et s., et 2.1, p.

laquelle les traités n'ont, dans la hiérarchie des normes, qu'une valeur identique à celle de leur loi d'approbation. Il s'ensuit qu'une loi allemande postérieure dérogeant à un traité antérieur sera considérée, par les tribunaux allemands, comme devant l'emporter⁴⁶. La Convention européenne des droits de l'homme ne joue qu'un rôle discret dans la jurisprudence allemande relative au droit privé, un rôle qui n'est pas comparable au rôle de la loi fondamentale. C'est cette attitude que les juridictions allemandes transposent, spontanément, à la mise en œuvre des normes supralégislatives à travers l'ordre public international.

⁴⁶ Ce principe a été récemment réaffirmé par le Tribunal constitutionnel fédéral dans une décision du 15 décembre 2015, 2 BvL 1/12, *BVerfGE*, 141, p. 1, qui déclare légitime un *treaty override* par une loi fiscale allemande dérogeant à un traité contre les doubles impositions. À la différence des justifications de type souverainiste-autoritaire qui étaient celles de la doctrine dualiste classique, le Tribunal constitutionnel retient que c'est le *principe démocratique* qui s'oppose à la reconnaissance d'une primauté des traités par rapport à la volonté du législateur clairement exprimée dans une loi postérieure à l'entrée en vigueur du traité : c'est donc l'expression d'un souverainisme démocratique en droit allemand.