

LUIGI MARI

*LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DANS L'ESPACE
EUROPÉEN DÉNATIONALISÉ*

Le temps à ma disposition est très limité ; je m'efforcerai donc de synthétiser le plus que possible mes réflexions, au risque de trop simplifier et d'encourir dans des malentendus.

Je vais exposer des vues quelque peu hétérodoxes non pas pour le goût de l'originalité, mais tout simplement comme un témoignage d'affection à l'honoré de cette journée, dont l'œuvre scientifique révèle une dévotion particulière au devoir d'indépendance intellectuelle du travail scientifique. Je tiens à lui exprimer publiquement ma gratitude pour m'avoir instillé le sens de ce devoir le long des années que j'ai eu le privilège de partager avec lui d'abord comme disciple « adopté », et en amicale solidarité après.

Comme l'annonce le programme, l'aspect central de cette journée est la dimension culturelle du droit international privé [*dip*], dimension qui, à mon opinion, inclut le sens existentiel - la perception, en tant que réalité vécue - de l'expérience juridique qu'y correspond.

Je laisse donc en marge les questions techniques pour me concentrer sur l'usage « politique » du *dip* dans l'espace européen et sur les implications culturelles qui en découlent. La limitation géographique s'impose à double titre : premièrement a cause de la spécificité et unicité du phénomène qui se vérifie en Europe ; deuxièmement a cause de l'ampleur de ce phénomène, qui n'a pas d'équivalent en d'autres régions de la planète. On aura facilement compris que le phénomène en question est l'uniformisation du *dip* à l'échelle européenne.

I

Avant de procéder en cette analyse, il paraît nécessaire de fixer quelques postulats.

Le premier est la persistante existence en bonne santé de l'État-Nation,

malgré l'opinion largement répandue de sa crise irréversible en conséquence de la mondialisation, et grâce aussi, on pourrait dire, à certaines attitudes forcément intégrationniste des institutions européennes.

Il est évident que la nationalité constitue encore la valeur fondatrice de l'État. La globalité des relations que l'ordre étatique prétend de régler, leur coordination vers un but commun ne sont pas concevables sans la préalable détermination de certaines caractéristiques personnelles et permanentes du groupe social organisé en État.

Certes, il y a une différence entre nationalité et citoyenneté, entre nationalité de fait et nationalité de droit. Mais il semble indiscutable que même à notre époque l'appartenance juridique à la population étatique ne peut pas être totalement dissociée de l'existence d'une communauté constituée historiquement comme une « nation ».

Un autre postulat est la persistance de la dimension territoriale de l'ordre juridique étatique et souverain. Souveraineté de l'État et territoire sont indissociables : sans la détermination de ce qui constitue le territoire « national », l'État perd son identité et l'ordre juridique ne peut pas exercer sa fonction régulatrice de la globalité des rapports intéressant la communauté nationale.

Enfin, le dernier postulat, qui comme les précédents n'a pas besoin de démonstration, est l'inhérence, en principe, du *dip* au droit privé étatique, au moins dans le sens qu'il opère dans les relations juridiques privés et dans le cadre d'un ordre juridique étatique.

Ce sont toujours les tribunaux nationaux qui appliquent les règles de *dip* entre des parties privés.

II

La création de la Communauté et ensuite de l'Union européenne ne semble pas avoir ébranlé ces postulats. Les États et les nations sont encore là, et le *dip* continue d'expliquer sa fonction en symbiose avec le droit civil dans un espace territorial bien délimité.

Pourtant, depuis le traité d'Amsterdam le *dip* perd sa stricte connotation étatique et sous l'emprise de l'Union emprunte la route de l'uniformité. Une route jalonnée d'une série impressionnante de règlements et qui n'est pas encore arrivé à son point terminal.

Aujourd'hui, en outre, comme on sait bien, la codification du *dip* a été mise à l'ordre du jour et l'on discute de la partie générale qu'y devrait être insérée.

Selon la doctrine officielle des Institutions de l'Union, et spécifiquement

de la Commission, l'uniformité de règlement des situations juridiques privées serait une nécessité primordiale du marché interne. Faute d'unification du droit civil, la disparité des systèmes de *dip* à caractère national constituerait l'entrave la plus grave au modèle d'intégration économique configuré par les traités européens. Plus spécifiquement, la disparité de ces systèmes est considérée un obstacle en soi à la liberté de circulation des personnes et des entreprises, et au développement des transactions économiques. Au contraire, l'uniformité du *dip* assure la prévisibilité et la certitude du règlement des situations juridiques. Elle réalise donc par définition l'harmonie des solutions et par conséquent favorise automatiquement l'intégration économique et sociale. Quant au moyen technique utilisable à ce but, puisque l'unification par voie de traités internationaux se révèle trop compliquée et lente, le recours au règlement s'impose.

Apparemment en ce choix en faveur de l'uniformité réglementée, et dans la production normative qui en résulte, il n'y a rien en contraste avec la configuration technique du *dip*, telle que on peut l'observer au niveau étatique dans la période plus récente de son évolution.

Tous les caractères anciens et nouveaux que la vague des codifications nationales a imprimé aux règles de conflit se trouvent recueillis dans presque un millier d'articles qui composent désormais le corpus du droit international privé d'origine communautaire ou unioniste. C'est seulement en matière de procédure civile internationale qu'apparaissent de considérables éléments d'originalité, mais pour le moment on peut laisser de côté cet aspect.

On n'insistera pas sur les arguments qui selon les vues unionistes justifient, ou mieux, rendent indispensable le passage au droit uniforme imposé par voie réglementaire. Ni voulons nous nous livrer à des considérations techniques sur le matériel normatif dont est constitué l'édifice unioniste. Il nous intéresse ce qui se cache derrière la façade de l'uniformité, pour essayer de découvrir la « philosophie » et l'impact culturel de cette opération « politique ». « Politique » dans le sens propre du terme, car édicter n'importe quelle règle est toujours une opération « politique » de médiation entre valeurs et intérêts.

III

Insérée dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, l'uniformité du *dip* correspond, ou mieux, incarne un projet culturel. L'idée de base, inspiratrice de l'uniformité des règles de *dip*, est de nier toute valeur ordinatrice et catégorielle aux systèmes nationaux de droit civil, afin de neutraliser les différences du droit substantiel des Etats membres. Dès lors, il est possible

et aisé de manipuler sans aucune contrainte tous dogmes et systématisations de l'ordre juridique national. La fongibilité des codes nationaux est complète, ainsi que l'équivalence des juridictions.

Selon les vues unionistes, ce projet culturel se justifie pleinement. L'abolition des frontières intérieures et la création de l'espace commun de sécurité justice et liberté ont affaibli et infléchi la liaison entre le droit et le territoire national, et suggèrent un usage du *dip* détaché du particularisme de chaque ordre juridique national : un usage du *dip* purement technique et abstrait, décoloré et indifférent aux traits identitaires qui caractérisent les systèmes de droit civil nationaux. D'où l'anonymat culturel qui caractérise et doit caractériser les règles européennes uniformes. Mais il ne s'agit pas du hasard. Cet anonymat est à la fois recherché et nécessité. Nécessité parce que il n'y a pas, de toute évidence, un droit civil propre à l'Union qui puisse fournir au *dip* une orientation et une échelle des valeurs; recherché, parce que toute trace du particularisme de tel ou tel autre système est en principe en contraste avec l'idée et la fonction de l'uniformité.

Certes, on sait bien qu'il existe un modèle commun de *dip* plus ou moins répandu dans tous les systèmes de *dip* et que l'aspiration à universaliser ce modèle ne cesse pas d'exercer sa force uniformisatrice. Mais dans l'Union européenne la tendance à l'universalité change de registre. Au lieu d'adapter l'exigence d'universalité à l'individualité du système national civiliste, la volonté d'uniformiser se superpose à cette individualité jusqu'à l'effacer et à exiger son sacrifice. Le résultat est qu'on détruit à la fois l'universalité et le particularisme.

D'une part l'universalité se montre relativisée à l'ensemble de l'Union (sauf exceptions anglo-saxonnes et coopérations renforcées), en oubliant le reste de la planète ; de l'autre, l'identité juridique et culturelle des ordres juridiques nationaux devient dépourvue de toute influence sur la conception du système conflictuel, sans pourtant qu'une nouvelle identité, originelle et propre à l'Union, soit créée. Dès lors, l'uniformité paraît avoir surtout le but d'établir des catégories conceptuelles passepartout – voire autonomes, comme on dit savamment - susceptibles d'englober tout et son contraire, parce que elles se veulent détachées de la spécificité de tel ou tel autre droit civil. Si le particularisme exige une soumission du *dip* au droit civil national, l'uniformité en version unioniste invoque l'inverse. Il s'agit de dénationaliser le *dip* pour le motif que l'espace de sécurité liberté et justice a dénationalisé les territoires européens, en rendant dépassée, par principe, l'idée de nation qui a été le fondement des codes civils.

Mais cette opération de dénationalisation du *dip* produit un résultat plus radical. Dépuré de tout moulage national, le *dip* uniforme s'érige lui

même en catégorie civiliste qui non seulement englobe de force les diverses institutions des droits civils nationaux, mais aussi les oblige à annuler toute systématisation interne leur propre, en commandant l'insertion forcée d'institutions incompatibles avec la structuration du droit civil national. L'accueil des lois étrangères n'est plus subordonné à une leur évaluation qualitative préalable conduite discrétionnairement par l'ordre juridique du for, car l'évaluation qualitative a été effectué préalablement et impérativement par *les catégories de rattachement* des règles uniformes de conflit. La méthode comparatiste de Rabel se trouve ainsi être sortie de l'utopie.

IV

On peut s'interroger sur les raisons et le sens de cette dérive anti identitaire. Il semble que le pluralisme des identités soit conçu comme une source de désordre, et qu'il doive être surmonté par une intervention qui, n'étant pas en mesure d'extraire la substance commune et d'unifier les droits civils, décrète l'abolition des différences. Un ordre juridique peut donc se substituer à un autre au nom d'un égalitarisme qui interdit tout jugement de valeur extractible d'un système juridique de référence. Au nom de l'harmonie des solutions aucune identité ne doit prévaloir.

Ce principe est tolérable tant que l'harmonie puisse se fonder sur un fond commun de valeurs qui n'entrent pas en conflit avec l'identité juridique et culturelle de l'ordre étatique national. Mais l'harmonie doit céder le pas si le conflit se manifeste. La réaction de l'ordre juridique national est alors plus que justifiée.

Par quel moyen la réaction puisse se manifester c'est un enjeu capital du chemin de l'uniformisation européenne. Certes, resterait encore la possibilité de recours à l'ordre public, mais l'uniformité par voie réglementaire n'admet pas toujours cette réaction : l'intervention de l'ordre public est neutralisée lorsque la règle de conflit absorbe en elle même une catégorie juridique imperméable à cette intervention. Si la notion de famille est telle que l'on doit nier toute influence aux particularités des conceptions nationales, l'ordre public est mis hors de cause, désarmé. Il en sera de même pour la notion de personne, pour le pouvoir de disposition sur son propre corps, et pour toute question qui tombe dans le domaine bioéthique si l'uniformité des catégories conceptuelles communes – inspirée par un droit à l'autodétermination individuelle (art. 8 CEDU) – devait l'emporter sur le règlement spécifique dans l'ordre du for d'une institution ou situation de détail.

Il y a donc un sens ultime dans l'uniformité en version unioniste qui révèle son vrai caractère : briser les identités particulières pour centrali-

ser et gouverner. Une opération de force pour renforcer le pouvoir directif du gouvernement de l'Union. On se souvient alors des propos de Savigny contre la codification, inspirée pour lui seulement par le but de « gouverner tout et gouverner de plus en plus » !

V

La question se pose alors de savoir qu'est-ce que c'est concrètement, dans notre secteur d'intérêt, ce « gouvernement de l'Union », question qui semble déborder de notre thème, mais sur laquelle il vaut la peine de réfléchir quelque peu.

Une comparaison pourrait être utile.

La recherche d'uniformité, comme on sait bien, est la finalité essentielle des conventions internationales. Apparemment, les règlements de l'Union ne divergent pas tellement, sur le plan pratique des résultats, de ce qu'on peut atteindre par une convention internationale. Pourquoi, alors, s'en prendre à l'uniformité obtenue en utilisant le règlement ? Les résultats, somme toute, modestes de la Conférence de La Haye nous donnent la réponse. Les conventions internationales sont soumises à la ratification des États, ratification subordonnée à l'approbation du pouvoir législatif. L'ordre juridique national peut donc repousser la convention, et rien ne lui empêche de la dénoncer après. Au contraire, le règlement simplement s'impose, et prime l'ordre juridique interne sans aucune possibilité de réaction, avant ou après.

Il y a là, j'estime, un vrai phénomène de « corruption culturelle » provoqué par la recherche forcée de l'uniformité.

Sous l'impulsion de vues purement théoriques, l'on assiste à la création d'un nouveau droit qui érige le marché et la mobilité à dogme de l'ordre européen, un droit conçu pour neutraliser l'agencement spatial réalisé par les frontières, les langages, les cultures, les sensibilités sociales, philosophiques, religieuses et politiques : un droit mécanique dépourvu de racines, un droit qui veut superposer le visage anonyme de l'artificialité normative à la singularité et à la caractérisation historique et politique des institutions juridiques du droit civil. « Corruption culturelle » c'est ça : « artificialité normative » au détriment du « politique »

Quelle sorte de pouvoir se cache derrière la façade du règlement ?

On sait bien quels sont les procédés d'élaboration de la législation unioniste. Le programme législatif est arrêté et les textes sont tissés par l'euro-

cratie à l'aide des spécialistes et des groupes d'intérêts. Ainsi se forme un *a priori* intellectuel qui ne peut pas être remis en cause. Une fois que le texte a été défini au niveau de la Commission et des gouvernements, la volonté du parlement compte relativement, car l'architecture de l'édifice se trouve déjà tracée. Et il faut dire aussi, ce qui plus importe, que la capacité de représenter démocratiquement la volonté des électeurs européens ne peut pas être reconnue pleinement à une assemblée composée sans rapport proportionnel à des programmes électoraux communs aux candidats. C'est-à-dire que tant qu'il n'y aura des partis politiques européens dans le vrai sens du terme, il est inutile de parler de démocratie.

Le seul lieu de la démocratie, comme bien le démontrent le processus de formation de l'assemblée européenne et les derniers résultats électoraux, reste encore au niveau étatique. Mais il faut constater que malgré certaines dispositions du traité de Lisbonne, l'influence des parlements nationaux sur le processus législatif européen est presque nulle, sauf la possibilité d'opposition à l'adoption d'un acte en matière de famille (art. 81) et sous réserve de ce qu'il faut entendre par « famille ».

En définitive, l'uniformisation du *dip* dévoile non seulement la question identitaire du destin des nations au sein de l'Europe, mais une problématique plus générale qui touche directement au cœur de la formation de la volonté politique et de ses conséquences pour les citoyens européens.

Quant à l'aspect politique, l'idéologie de l'uniformité se concrétise sur un plan intellectuel lourdement orienté par un savoir technique-scientifique mis au service d'objectifs dépourvus d'une véritable légitimité démocratique.

Sur le plan pratique – existentiel – le résultat de cette idéologie est déconcertant. Complexité, spécialisation professionnelle, alourdissement procédurale.

Ut olim flagitiis, sic nunc legibus laboramus (Tacito). A vaincre la lutte pour l'uniformité, pourrait être un jour le nationalisme.