



ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL

FONDÉE EN 1923 AVEC LE CONCOURS DE LA
DOTATION CARNEGIE POUR LA PAIX INTERNATIONALE

RECUEIL DES COURS

COLLECTED COURSES OF THE HAGUE
ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW

2019

Tome 402 de la collection

BRILL | NIJHOFF

Leiden/Boston

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES
GENERAL TABLE OF CONTENTS

Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé, par P. KINSCH, avocat, professeur à l'Université du Luxembourg.	9-384
"Soft Law" in International Commercial Arbitration, by F. DASSER, Adjunct Professor at the University of Zurich, Partner at Homburger Law Firm	385-596



TABLE DES MATIÈRES

Introduction. Le politique et le technique en droit international privé . . .	21
1. Politique et technique	21
a) «La notion de politique»	21
b) Max Weber et l'opposition du politique et du technique	24
2. La transposition au droit international privé de l'opposition entre politique et technique	26
3. La question de l'habilitation à définir les politiques poursuivies par le droit international privé	30
4. Dernières nouvelles de Westphalie: droit international privé et droit transnational	31
5. La structuration du cours.	35
a) Choix des matières composant le droit international privé	35
b) Plan du cours	36
Première partie. Méthodes	37
Chapitre I. La vision d'un droit international privé apolitique	38
1. Le modèle classique en droit international privé	38
2. Retour (obligé) à Savigny	39
a) Savigny, sa vie, son œuvre.	39
b) L'apport scientifique de Savigny au droit international privé.	40
1) Deux mythes: communauté de droit, révolution copernicienne	40
2) L'apport réel de Savigny	44
3) Le droit international privé apolitique selon Savigny	46
c) Droit international privé apolitique et droit international privé conceptualiste	47
3. L'héritage du savignianisme et son bilan. Le droit international privé doit-il être apolitique? Doit-il être (modérément) conceptualiste?	51
a) Avantages	51
b) Inconvénients	55
Chapitre II. Les aspects politiques du droit international privé classique..	60
1. Les structures du droit international privé et le modèle social sous-jacent	60
a) Le droit international privé de Savigny	60
b) Le post-savignianisme	63
2. Les grands débats à l'intérieur de la méthode classique. L'exemple du rattachement du statut personnel	63
a) La modernité en droit international privé: le passage du domicile à la nationalité	65
1) Récit historique	65
2) Raisons	68
b) La contemporanéité en droit international privé: le passage de la nationalité à la résidence habituelle	72

3. Aspects politiques de l'exception d'ordre public	76
4. Le cadre de définition des politiques juridiques de droit international privé	84
a) Cadre ouvert	84
b) Cadre fermé	88
Chapitre III. Les intérêts étatiques.	91
1. Donner un rôle prééminent aux intérêts étatiques: l' <i>interest analysis</i> en droit américain	91
a) Le contexte d'un changement de paradigme.	91
b) La «révolution des conflits de lois»	95
1) L'invention doctrinale d'une méthode nouvelle	95
2) Le droit positif: coexistence de l' <i>interest analysis</i> et d'autres méthodes	98
i) Variations géographiques	98
ii) Traits communs des méthodes s'inspirant de l' <i>interest analysis</i>	100
iii) Champ d'application matériel de ces méthodes	102
c) L'«analyse des intérêts» en pratique: trois cas concrets	102
1) <i>Babcock c. Jackson</i>	102
2) <i>Bernhard c. Harrah's Club</i>	104
3) <i>Bakalar c. Vavra</i>	106
d) Appréciations divergentes de l'analyse des intérêts	107
2. Circonscrire le rôle des intérêts étatiques: la méthode des lois de police	110
a) L'invention des lois de police	111
b) Lois de police et techniques du droit international privé	114
c) Les lois de police doivent-elles avoir un critère d'applicabilité défini avec précision?	117
Deuxième partie. Reflets	127
Chapitre IV. L'Etat social et la politique de protection des parties faibles	128
1. «Etat social» et protection des parties faibles	128
a) Les contours de l'Etat social	128
b) La protection des parties faibles: droit privé, droit international privé	131
2. La protection des parties faibles et les règles de compétence internationale	133
a) L'approche européenne.	133
b) L'approche américaine	138
3. La protection des parties faibles et les règles de conflit de lois	141
a) De l'utilité d'une protection des parties faibles en droit des conflits de lois	141
b) Les différents modèles de protection.	142
1) La suppression de l'autonomie de la volonté	142
2) La protection unilatéraliste par des lois de police	144
3) La protection à travers des règles de conflit à finalité matérielle	147
i) L'application de la loi la plus protectrice	147
ii) Le modèle «combinatoire» européen	148



c) La protection unilatéraliste des parties faibles reste-t-elle compatible avec le modèle européen?	154
1) Comment se pose le problème	154
2) La réponse de la jurisprudence franco-belge	156
3) La réponse de la jurisprudence germano-autrichienne	157
4) Que dit, que dira vraiment le droit européen?	161
Chapitre V. Le droit international privé à l'âge néolibéral.	165
1. De l'autorité de la loi à l'autonomie individuelle: le développement d'un droit international privé néolibéral.	165
a) Autrefois: un droit international privé fondé sur l'autorité de la loi.	166
b) La pensée néolibérale et les options fondamentales du droit international privé	168
1) Le domaine économique et social	168
2) Le domaine sociétal	171
2. Le modèle néolibéral et les techniques du droit international privé	176
a) Abandon des règles de conflit rigides au profit de l'admission directe ou indirecte de l'autonomie de la volonté.	176
1) Extension de l'admission directe de l'autonomie de la volonté	176
2) Admission indirecte de l'autonomie de la volonté.	179
b) Limitation ou fin de l'exception de fraude à la loi	182
c) Limitation du jeu de l'ordre public, et acceptation de ce que les lois de police ne sont que des lois «d'application semi-nécessaire»	183
d) Un choix politique	186
3. L'avenir du droit international privé néolibéral.	186
a) L'hypothèse du développement d'un droit international privé ultralibéral.	188
b) L'hypothèse d'une décélération de la mutation néolibérale du droit international privé	200
c) L'hypothèse d'un droit international privé populiste ou d'un droit international privé «illibéral»	204
Chapitre VI. Totalitarisme et droit international privé	209
1. Le critère du totalitarisme	210
2. Le droit international privé italien du temps du régime fasciste	214
3. National-socialisme et conflits de lois.	217
a) Législation	218
b) Doctrine	221
c) Jurisprudence	224
4. Le droit international privé soviétique.	227
5. Conclusion: continuité de l'approche classique ou révolution des conflits de lois?	231
Troisième partie. Externalités	233
Chapitre VII. Le droit public étranger	234
1. Définition	234
2. L'intervention de normes étrangères de droit public dans les relations de droit privé	238

a) Une théorie qui devrait être obsolète: l'«inapplicabilité» du droit public étranger en raison de la «territorialité» du droit public	239
b) La contrainte étatique prise en considération par le droit privé	243
1) Les différents types de prise en considération	243
2) La prise en considération neutre: l'effet libératoire du fait du prince étranger	245
3) La prise en considération coopérative: la lutte contre la violation des normes contraignantes étrangères	248
c) Les lois de police étrangères (notamment) de droit public: dépassement et renaissance des solutions traditionnelles	251
1) Les solutions traditionnelles...	251
2) ... leur dépassement...	253
3) ... et leur renaissance (en droit international privé de l'Union européenne).	257
3. Les demandes fondées sur le droit public d'un Etat étranger	260
a) Différentes hypothèses	260
b) Les demandes d'autorités publiques étrangères fondées sur leur droit public sont-elles nécessairement irrecevables?	264
1) L'irrecevabilité: arguments classiques	265
2) L'irrecevabilité: arguments plus récents	267
3) Une approche ouverte à la recevabilité des actions fondées sur le droit public	270
i) La résolution d'Oslo de l'Institut de droit international	270
ii) La jurisprudence nationale	271
iii) L'organisation de la coopération interétatique.	273
Chapitre VIII. L'intégration fédérale et supranationale.	276
1. La notion de fédéralisme et le sens d'une (autre) comparaison américano-européenne	276
2. Les Etats-Unis d'Amérique: décentralisation des règles, mais encadrement constitutionnel	280
a) Des règles en principe décentralisées	280
1) Décentralisation du droit privé, décentralisation du droit international privé	280
2) Le faible degré de contrôle fédéral sur les conflits de lois	281
3) Le contrôle sur les règles de compétence juridictionnelle à travers la notion de <i>due process</i>	285
b) Une obligation constitutionnelle: la reconnaissance des jugements à l'intérieur de la fédération américaine	288
3. L'Union européenne: centralisation des règles sur le plan législatif et encadrement par le «droit constitutionnel de l'Union».	290
a) La centralisation des règles du droit international privé européen	290
b) Reconnaissance intra-européenne des jugements et «confiance mutuelle»	295
1) Aspects théoriques: les implications d'une fédéralisation imparfaite	295
2) L'évolution jurisprudentielle: tensions et potentialités de compromis entre le droit de l'Union et le droit européen des droits de l'homme	303



Cours général de droit international privé

Chapitre IX. Droit international privé et politique étrangère.	311
1. Divergences dans les objectifs et méthodes: le droit international privé face à la réglementation de la politique étrangère, entre droit international public, <i>comity of nations</i> , droit et non-droit des relations extérieures	311
2. Des questions de politique étrangère incidentes aux litiges internationaux privés.	317
a) Une question de compétence institutionnelle	317
1) Introduction à un problème institutionnel	317
2) Une première illustration: la théorie de l' <i>Act of State</i>	319
3) Autre illustration: l'appréciation, par les tribunaux du for, de la qualité de la justice étrangère.	321
b) Dépendance et indépendance: les règles du droit international privé face la politique étrangère	324
1) Le cas des Etats (ou des gouvernements, ou des situations) non reconnus.	324
2) Le jugement des violations des droits de l'homme intervenues à l'étranger	327
3) Les sanctions adoptées à l'égard d'un Etat étranger.	329
i) Sanctions adoptées par les tribunaux?	329
ii) Sanctions adoptées par les autorités en charge de la politique étrangère de l'Etat.	330
3. Une question de politique étrangère inhérente au droit international privé? L'exigence de réciprocité	332
a) La vision sous-jacente du droit international privé: droit fondé sur les relations entre Etats ou droit fondé sur les droits individuels	332
b) Aspects de droit positif: la réciprocité et les conflits de lois.	334
1) La «réciprocité» dans les conventions internationales en matière de conflit de lois	334
2) Réciprocité et mesures de rétorsion en droit international privé étatique	336
3) Bismarck et Niboyet.	340
c) La réciprocité comme condition de la reconnaissance des jugements étrangers	346
1) Question préalable: pourquoi reconnaître les jugements étrangers du tout?	346
2) La position du droit anglais et du droit français: absence de condition de réciprocité	351
3) Les hésitations du droit américain	352
4) Des droits nationaux imposant une condition de réciprocité	357
i) Le droit allemand	357
ii) Le droit russe	358
iii) Le droit chinois	359
Bibliographie	363