

« système complet de conflit de lois » selon les termes de la Cour de justice (not. arrêt *Van Poucke* du 24 mars 1994, aff. C-71/93). Dans d'autres matières, des codes ont consolidé des législations partielles et constamment révisées, tel le code des douanes communautaire (1992, ensuite « modernisé », 2008, puis refondu, 2013), les codes des médicaments vétérinaires et à usage humain (2001), ou le code frontières Schengen (2006, refondu en 2016), le code des visas (2009), le code des communications électroniques (2018). Un tel outil favorise

un objectif de transparence et de cohérence ; il peut aussi contribuer à une image identitaire d'un ordre juridique. Encore supposerait-il non seulement une volonté politique – relevée à plusieurs reprises dans cet ouvrage comme parfois insuffisante –, mais encore la possibilité d'une indépendance du droit européen des conflits de lois – voire de juridictions – malgré le déficit d'un droit matériel européen encore (ou fatalement ?) parcellaire en matière civile.

Marc Fallon

Derecho internacional privado y dogmática jurídica, par J. Carrascosa Gonzáles, Comares, 2021, 280 pages

Sous le titre *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Javier Carrascosa Gonzáles offre une approche du droit international privé fondée sur la dogmatique aporétique. D'après le professeur espagnol, les problèmes spécifiques posés par les relations privées internationales exigent des solutions conçues au-delà de l'application classique, axiomatique, de la règle de conflit de lois. L'idée sous-jacente est de garantir le respect des droits individuels.

Répondant à un objectif didactique, l'ouvrage est rédigé dans un langage tout à la fois clair, technique et raffiné. L'auteur y expose, avec une grande rigueur intellectuelle, un développement systématique en deux parties permettant de guider le lecteur vers une approche renouvelée du droit international privé, qui en ont déjà fait une référence dans le monde international privatiste hispanophone.

La première partie, intitulée le Droit international privé comme discipline (traduction libre), est divisée en huit sections. L'auteur y introduit l'étude du droit international privé en abordant, outre la définition de la matière : ses principes, sa complexité, sa méthodologie, son autonomie technique, les valeurs intrinsèques à la discipline et l'articulation

entre le droit international privé espagnol et européen. En guise de conclusion, il fait la distinction entre la simple information, le savoir et la connaissance du droit international privé.

La première section analyse la notion de droit international privé d'après son objet, sa fonction, son but ainsi que les approches publiciste et privatiste de la discipline. Partisan de cette dernière approche, l'auteur propose d'exclure de l'étude de la matière le droit de la nationalité, la condition des étrangers, et le droit international public (p. 21).

La deuxième section contient quant à elle l'exposé des sources (p. 21 s.). Elle souligne la place privilégiée du droit écrit tout en relevant la valeur de la doctrine et de la jurisprudence dans la conception des solutions, même si le droit espagnol ne leur reconnaît pas la qualité de sources formelles. En particulier, l'auteur mentionne la jurisprudence de la cour suprême espagnole qui fonctionne, dans la pratique, comme une véritable « norme » dont la violation peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation (p. 36). Il met également en avant le rôle dévolu à la CJUE dans la mesure où ses arrêts ont acquis l'autorité de la chose interprétée (p. 28 s.).

Les aspects caractérisant la complexité du droit international privé font l'objet d'une analyse pointue dans une troisième section (p. 49 s.). Cette complexité est abordée du point de vue de la technique, des valeurs, du système, de la doctrine ainsi que du langage du droit international privé. Il est notamment relevé que la complexité technique découle pour l'essentiel de la nature de la règle de conflit mais aussi de son application et de sa fonction à l'intérieur du système (p. 52 s.). La réflexion s'arrête sur les raisons qui expliquent le choix du facteur de rattachement retenu par la règle de conflit tout en constatant que la norme conflictuelle répond à la fois aux intérêts publics et aux intérêts privés – démarche qui conduit naturellement à concilier les antagonismes entre la justice conflictuelle et la justice matérielle au sein de la norme conflictuelle (p. 62). Poursuivant son analyse, l'auteur récuse les critiques de la thèse de Kegel (p. 65 s.) et prône qu'une norme de conflit avec une finalité purement localisatrice, neutre ou formelle, n'est en aucune manière étrangère aux valeurs matérielles. En fait, selon l'auteur, elle intègre déjà l'efficacité en tant que critère de justice substantielle (p. 66).

En outre, J. Carrascosa décrit la complexité des valeurs qui sous-tendent le droit international privé par l'absence de consensus à ce sujet (p. 70). L'auteur soutient néanmoins que la discipline doit privilégier la défense non seulement des valeurs matérielles du droit espagnol et européen, mais aussi des valeurs inhérentes au droit international privé telles que l'harmonie internationale des solutions et la sécurité juridique (p. 71). Or, selon lui, la complexité doctrinale en la matière, caractérisée par des constructions abstraites et artificielles, s'oriente actuellement vers l'unique étude des institutions juridiques concrètes et positives consacrées par le droit international privé espagnol et surtout européen (p. 73).

La quatrième section de la première partie de l'ouvrage accorde une atten-

tion particulière au débat concernant la dichotomie méthodologique entre multilatéralisme et unilatéralisme (p. 81 s.). Après la présentation des fondements théoriques de l'unilatéralisme allemand, franco-italien et nord-américain, il est souligné que la méthode unilatérale doit rester confinée au droit public car elle permet d'établir de manière satisfaisante le champ d'application des lois de police (p. 119). Selon l'auteur, il faut préconiser la loi applicable d'après un point de rattachement neutre, garantissant ainsi l'application du principe de proximité au profit des droits des individus. J. Carrascosa se réjouit dès lors que le législateur européen n'utilise la technique unilatérale que pour définir l'effet spatial des règles matérielles (p. 134). Quant au reste des normes de droit privé, qu'il s'agisse de normes à faible charge politique et sociale ou de normes institutionnelles de droit privé, le droit international privé européen comme le droit international privé espagnol suivent la méthode bilatérale.

La cinquième section porte sur les traits caractéristiques de l'autonomie technique et juridique du droit international privé (p. 143). À cet égard, le livre aborde l'indépendance fonctionnelle, normative et sociale de la discipline vis-à-vis du droit civil, et insiste ensuite sur la spécificité des concepts et des institutions ainsi que des méthodes d'interprétation.

Le particularisme des valeurs constitutionnelles et européennes du droit international privé est traité dans la sixième section (p. 151 s.). Le regard est alors porté vers le renouvellement des valeurs appliquées en la matière avec l'émergence de l'État social interventionniste aussi bien en Europe qu'aux États-Unis. Cette approche permet de comparer les vicissitudes du choix de la loi applicable mises en exergue dans la *Conflicts of Law Revolution*, avec la réponse européenne orientée plutôt vers la défense de valeurs matérielles, consacrées d'ailleurs ultérieurement dans le droit européen,

comme la libre circulation ou la défense des droits fondamentaux (p. 161).

La première partie se clôt, dans les sections sept et huit, avec un exposé sur la coexistence du droit européen et du droit espagnol, à travers le « principe de concurrence » (p. 166 s.). Ce postulat exige du juriste expert en droit international privé de bien connaître, outre la loi et l'esprit de la loi, les fondements des lignes directrices de la jurisprudence. Selon l'auteur, l'expert en droit international privé doit maîtriser l'orthodoxie de la dogmatique, seul moyen pour parvenir à la solution correcte des problèmes posés par les relations privées internationales (p. 171).

La deuxième partie de l'ouvrage est intitulée *L'investigation du droit international privé* (p. 175 – traduction libre). Elle comporte six sections, respectivement consacrées à la tension entre science et art en droit international privé, à la méthode dogmatique, à l'importance de l'argumentation, aux grands axes de la matière, aux propositions de recherche qui la concernent et enfin au socle du droit international privé.

Dans la première section de cette deuxième partie, le professeur espagnol en vient au dilemme du droit international privé envisagé comme une science ou comme un art (p. 175 s.). Ainsi, la discipline peut être conçue : soit comme un système parfait, cohérent et logique de principes, de règles et de normes, garantissant un résultat scientifique mais pas nécessairement juste ; soit comme un ensemble de principes, règles et normes dont l'objectif est de résoudre, avec sagesse et sensibilité, des problèmes juridiques réels découlant de situations privées internationales (p. 177).

La seconde section développe les enjeux de la méthode dogmatique traditionnelle ancrée dans un positivisme formaliste, puis analyse ses résultats (p. 179). L'auteur y relève le poids désastreux de la méthode traditionnelle sur la justice,

entraînant la transformation de l'opérateur juridique en automate (p. 195). Il relève l'impossibilité de se borner à une approche « purement scientifique de la loi, car le droit n'est pas de l'algèbre » (p. 198).

Dans la troisième section, J. Carrascosa opte alors pour une analyse non pas systémique, mais fondée sur l'esprit de la loi (p. 198 s.). De ce point de vue, la réponse que doit apporter le juriste en droit international privé doit toujours être « une réponse aporétique, c'est-à-dire une réponse argumentée mais non définitive ni décisive » (p. 202). Envisagée de cette manière, l'utilisation de la méthode argumentative permet au droit international privé de s'apparenter à un art pertinent et rhétorique.

Ainsi, selon l'auteur, une bonne argumentation en droit international privé doit débiter par la justesse logique des arguments et l'emploi exact des concepts juridiques définis par la loi et la jurisprudence, tout en éliminant les concepts pseudo-juridiques qui n'existent pas dans le système. Ensuite, il est nécessaire d'éradiquer du droit international privé la confusion entre institutions, concepts et techniques juridiques. Enfin, il s'impose de respecter le système des sources formelles, la hiérarchie normative ainsi que les méthodes d'interprétation et l'objectif des règles du droit international privé. Cela étant, les arguments juridiques ne se trouvent que dans les textes juridiques ou dans la jurisprudence normative. Dans cette perspective, la dogmatique juridique occupe le plus haut rang dans l'argumentation juridique (p. 203 s.).

L'auteur relève toutefois que la dogmatique juridique classique doit faire l'objet d'une révision méthodologique vigoureuse. La simple observation du changement substantiel survenu dans la dynamique des situations privées internationales du XXI^e siècle montre que les facteurs de rattachement, classiques ou rigides, sont insensibles aux spécificités

concrètes des rapports de droit (p. 224). Ils ne conduisent ni à des solutions satisfaisantes, ni à des résultats prévisibles pour les parties. De ce fait, il est nécessaire de rechercher des solutions, conformément aux valeurs et principes supérieurs inscrits dans la Constitution espagnole et les traités fondateurs européens (p. 198).

À la lumière de ces constatations, M. Carrascosa envisage d'appliquer des mécanismes correcteurs pour assouplir la rigidité des règles de conflit de lois et de juridictions au moyen de critères à géométrie variable (p. 224). Ainsi, en matière contractuelle, il se rattache à l'application de la loi applicable en fonction de facteurs de rattachements fondés sur le critère des liens les plus étroits. L'auteur accorde ainsi une valeur prépondérante au principe de proximité (p. 229). Pour ce qui est de la compétence juridictionnelle internationale, il considère que le concept du *forum necessitatis* garantit un niveau de flexibilité satisfaisant. L'auteur attribue à ce dernier concept une valeur axiologique supérieure au principe de sécurité juridique, puisqu'il permet de garantir une protection judiciaire effective, évitant ainsi le déni de justice.

De la sorte, M. Carrascosa considère que, paradoxalement, « la solution à la rigidité de la dogmatique classique se trouve dans la dogmatique elle-même » (p. 233 – traduction libre). De ce point de vue, la dogmatique juridique du droit international privé fournit des arguments qui, au-delà de la lettre de la loi, privilégient l'esprit de la norme, dans l'obtention de solutions fondées sur des valeurs universelles (contestées par certains courants critiques comme les études décoloniales, mais pas par l'auteur). Allusion est ici faite aux idées communes à tous les êtres humains et qui reflètent une authentique transculturation dans le monde juridique (p. 240). Le principe de l'égalité devant la loi, la défense des petits entrepreneurs, la protection de l'environnement, la protec-

tion des mineurs, les libertés d'opinion, d'idéologie et d'expression, la sécurité juridique, le libre accès aux tribunaux, la protection judiciaire efficace, l'exigence d'un procès équitable réglementé par la loi, en sont des exemples.

Les quatrième, cinquième et sixième sections de l'ouvrage abordent à la fois les contours de la recherche en droit international privé et la sélection correcte des sources (p. 245 s.). À cet égard, selon l'auteur, aujourd'hui comme hier, il est essentiel de s'intéresser aux ouvrages de droit international privé qui constituent le socle de la discipline en Occident. Ces ouvrages couvrent non seulement les doctrines classiques française, néerlandaise ou italienne, qui forment le berceau des études de droit international privé, mais aussi les doctrines allemande, anglaise et nord-américaine. L'attention est attirée sur la place occupée notamment par les ouvrages actuels déjà devenus des classiques, et parmi eux les ouvrages français, qui offrent une vision du droit international privé du XXI^e siècle. Au-delà, l'auteur cite les contributions suivantes : H. Muir Watt, Aspects économiques du droit international privé, Rec. cours La Haye, 2004, t. 307 ; H. Muir Watt, Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité), Rec. cours La Haye 2018, t. 389 (p. 256). L'auteur évoque ainsi l'existence d'un authentique « cosmos » du droit international privé, fondé sur des valeurs typiques de la civilisation occidentale (p. 251).

L'ouvrage du professeur espagnol s'achève sur la mise en avant du fait que « la dogmatique argumentative est un art à part entière – l'art de connaître le vrai droit ; l'art de savoir combiner sécurité juridique et justice dans le résultat ; l'art du débat juridique ouvert et non absolu » (p. 262 – traduction libre). À la lumière de la dogmatique aporétique proposée par l'auteur, le juriste doit envisager le droit international privé non pas comme un catalogue de formules

algébriques, mais comme un art à part entière en vue d'atteindre les objectifs axiologiques du droit.

Il ne fait aucun doute que l'ouvrage de M. Carrascosa suscite l'intérêt de la communauté internationale privatiste latino-américaine. En effet, les réflexions qu'il contient en vue de réaliser les idéaux de justice, de sécurité juridique et de respect des droits individuels dans les relations privées internationales sont partagées par la meilleure doctrine de cette partie du monde. On se souviendra du professeur péruvien Manuel García Calderón qui proposait l'humanisation du droit international privé, plaçant le respect des droits de la personne comme le seul fondement universel-

lement valable (*Derecho internacional privado*, UNMSM, 1969, p. 74 s.). On doit aussi mentionner le professeur argentin Antonio Boggiano qui réfléchit sur l'application des normes du droit international privé en confrontation avec les droits de l'homme, pour arriver à des solutions justes, efficaces et uniformes (*Derecho internacional privado y derechos humanos*, Abeledo-Perrot, 2015).

Plus largement, cet ouvrage participe à la recherche des méthodes visant à parvenir à la réalisation de la justice tout en respectant les droits de la personne au-delà de la simple « application algébrique » des règles de droit.

Luz Monge

The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law, par K. Thorn, Rec. cours La Haye 2023, vol. 433, p. 99-205

Dans un très stimulant cours spécial délivré à l'Académie de droit international de La Haye, le P^r Karsten Thorn, de l'école de droit Bucerius de Hambourg, entend l'étude de la protection des petites et moyennes entreprises en droit international privé.

L'analyse méritait assurément d'être conduite. Elle l'est ici dans une perspective comparative et transnationale, incluant l'arbitrage (dans un chapitre final édifiant pour le lectorat français sur la thématique de la licéité des clauses compromissaires face aux lois de police et parties faibles *lato sensu*). Sont sinon analysées les méthodes du droit des conflits de lois et de la compétence judiciaire, au départ d'exemples précis de règles instaurant une protection des opérateurs professionnels réputés en position de faiblesse. Point notable : l'étude est limitée aux relations contractuelles alors même, comme on l'a dit ailleurs, que la matrice juridique du commerce international est non contrac-

tuelle (cette formule ne signifie pas que la matière serait a-contractuelle, mais qu'elle réagit à des données et contraintes antérieures et extérieures aux contrats : actes d'installation à l'étranger, de prospection de clientèle ; conformité à la réglementation administrative et en particulier à l'*antitrust*...).

K. Thorn oppose d'emblée deux méthodologies conflictuelles, s'agissant de régler les contrats B2B considérés : le choix de loi restreint (tel qu'il est prévu, par le règlement Rome I, en matière d'assurances et de transport de passagers) et la superposition de lois avec faculté de « *cherry picking* » [*sic*] ouverte à la partie réputée faible (à l'image de ce qui existe pour un consommateur passif ou un travailleur). L'auteur se prononce résolument en faveur de cette dernière méthode dans le champ, comparativement homogène, des contrats de distribution (agences et franchises). Il souligne l'emploi possible, à titre complémentaire, des lois