

LA SOIXANTE-DEUXIÈME SESSION DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

PAR

Marc FALLON

CHARGÉ D'ENSEIGNEMENT
À LA FACULTÉ DE DROIT DE LOUVAIN

L'Institut de droit international a tenu sa soixante-deuxième session à Helsinki du 20 au 28 août 1985, dans les locaux de l'Université.

Ayant eu à déplorer le décès de son président, le professeur Erik Castren, survenu le 24 juin 1984, l'Institut fut présidé lors de cette session par le professeur Paul Reuter, premier vice-président.

Le Bureau était dès lors composé, outre M. P. Reuter, de M. W. Reese, deuxième vice-président, M. J. M. Ruda, troisième vice-président, M. Vischer, trésorier et M. Valticos, secrétaire général.

Au cours des élections statutaires, ont été promus au rang de membres titulaires : MM. Blix, Brownlie, Diez de Velasco Vallejo, Evrigenis, Lauterpacht, Melle Marek, MM. Philip, Sahovic, Stevenson, Suy, Truyol y Serra, Wolf, Yankov et Ziccardi.

Ont été élus associés : MM. Bennouna (Maroc), Crawford (Australie), North (Royaume-Uni), Anand (Inde), Haopei Li (Chine), Manner (Finlande), Pastor-Ridruejo (Espagne), Shihata (Egypte) et Verhoeven (Belgique).

Lors de son ultime séance administrative, l'Institut a accepté l'invitation du groupe égyptien à tenir sa session de 1987 au Caire. M. Boutros-Ghali a été élu président de l'Institut, et M. R. Ago a été appelé à la première vice-présidence.

Quatre rapports figuraient à l'ordre du jour de la session d'Helsinki, ayant pour objet :

1. *La loi applicable à certains effets du mariage dissous* (rapport de F. Rigaux);
2. *Le droit applicable aux entreprises internationales communes étatiques ou paraétatiques à caractère économique* (rapport de I. Seidl-Hohenveldern);
3. *Les effets des conflits armés sur les traités* (rapport de B. Broms);
4. *L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative — Les Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies* (rapport de K. Skubiszewski).

Les trois premiers rapports ont abouti chacun à une résolution de l'Institut, dont le texte est donné ci-dessous.

La résolution relative au *droit applicable aux entreprises internationales communes étatiques ou paraétatiques à caractère économique* se situe dans la ligne de travaux déjà entrepris par l'Institut au sujet des entreprises multinationales (session d'Oslo) ou des contrats passés entre Etats et personnes privées étrangères (session d'Athènes). L'entreprise commune, au sens de cette résolution, ne se réduit cependant ni à une organisation internationale, ni à un Etat, ni à une simple entreprise multinationale, et son originalité justifiait, aux yeux de l'Institut, qu'une attention particulière y fût portée. Concrètement, les auteurs du projet songeaient à des sociétés comme *Air Afrique*, *Scandinavian Airlines System*, la *Société internationale de la Moselle*. D'emblée, furent laissés de côté des problèmes aussi importants que ceux relatifs aux rapports sociaux au sein de l'entreprise, à la nationalité, à la responsabilité subsidiaire des Etats partenaires. La résolution a pour objet essentiel de définir l'entreprise internationale commune, de définir le fondement de sa personnalité et d'adresser aux futurs partenaires des conseils pour la rédaction de l'acte constitutif sur le plan de la soumission des activités de l'entreprise à un ou plusieurs systèmes juridiques déterminés.

La résolution sur les *effets des conflits armés sur les traités* est l'aboutissement de travaux entamés lors de la session de Dijon (cette *Revue*, 1981-1982, p. 476 et s.). Elle a pour objet de limiter la faculté des Etats de mettre fin à un traité ou d'en suspendre l'exécution en cas de conflit armé : le déclenchement d'un tel conflit n'affecte pas nécessairement à lui seul les traités en vigueur. Il en va particulièrement ainsi, souligne la résolution, des dispositions conventionnelles relatives à la protection de la personne humaine, expression recouvrant celle des droits de l'homme. Le principe ne reçoit d'exception notable que dans l'autorisation de suspension de la part d'un Etat exerçant un droit de légitime défense en conformité avec la Charte des Nations Unies, ou dans l'obligation d'interruption ou de suspension de tout traité incompatible avec une résolution du Conseil de sécurité concernant une action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression. Par ailleurs, la résolution renvoie aux dispositions conventionnelles relatives aux effets d'un conflit armé sur le traité.

Il appartenait à la résolution de définir le conflit armé, question qui avait bloqué les débats lors de la session de Dijon. Le texte final y donne une réponse à la fois ouverte et restrictive. En effet, le conflit peut ne pas être un état de guerre déclaré mais se présenter comme un simple conflit international. Il suppose toutefois des opérations armées susceptibles d'affecter l'application de traités. A dire vrai, cette définition doit se lire dans la perspective de la résolution, à savoir la détermination des hypothèses susceptibles d'affecter la vie d'un traité.

La résolution sur *la loi applicable à certains effets d'un mariage dissous* est accompagnée d'une note explicative du rapporteur, François Rigaux.

Pour comprendre la portée exacte du texte, il faut en distinguer le domaine, les objectifs et les techniques de solution utilisées. L'objet primitif était une étude de la loi applicable aux effets du divorce, à savoir principalement les aspects pécuniaires, l'effet sur le nom et sur la capacité de se remarier, ainsi que la détermination des droits et devoirs des ex-époux sur les enfants. D'emblée, la dernière question a été écartée. Limitée aux rapports entre ex-époux, l'idée centrale est d'abord la survivance, au-delà de la dissolution, de certains effets du mariage, ce qui explique l'intitulé final de la résolution; dans cette perspective, on trouve contestés les mérites du rattachement de ces rapports à la loi appliquée au divorce, contestation de la thèse défendue par la Conférence de La Haye. En second lieu, la résolution tente de favoriser la reconnaissance internationale de l'effet alimentaire.

Sur le plan des techniques utilisées, la résolution sur la loi applicable au mariage dissous traduit le souci d'accorder la priorité à la solution de problèmes pratiques sur la prétention à élaborer, dans la tradition classique, des règles de conflit de lois universellement acceptables, démarche exposée dans la note explicative du rapporteur. Aussi ne trouve-t-on de règle de rattachement que pour les pensions de survie et la compensation des droits de pension (art. 7 et 8). D'autres dispositions se contentent de préciser, dans un sens positif ou négatif, le domaine du rattachement de l'obligation alimentaire (art. 5) ou de la dissolution du mariage (art. 4). D'autres enfin (art. 6) favorisent l'efficacité internationale des actes ou des décisions en introduisant, qui une règle de droit international privé matériel, qui une règle sur la reconnaissance. La première de ces techniques concerne la validité d'un acte privé passé à l'étranger et fixant des prestations entre époux (*litt. a*) ainsi que la prise en considération du caractère définitif d'un règlement intervenu à l'étranger (*litt. c*). La seconde technique n'introduit pas vraiment de règle de contrôle du jugement étranger : d'une part, elle aligne la reconnaissance d'un jugement condamnant à des prestations sur celle d'un jugement de dissolution (*litt. b*), opérant une manière d'exequatur global; d'autre part, elle règle le conflit issu de la coexistence de décisions successives relatives aux aliments, au bénéfice de la plus récente.

Pour l'avenir, on note que l'Institut a décidé de retenir les cinq nouveaux sujets suivants :

- 1^o Problèmes découlant d'une succession de codifications du droit international sur un même sujet;
- 2^o Le régime des épaves;
- 3^o La limitation par le droit international de la compétence judiciaire des Etats;
- 4^o L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées;
- 5^o La vente internationale d'objets d'art sous l'angle de la protection du patrimoine culturel.

RÉSOLUTIONS ADOPTÉES PAR L'INSTITUT A SA SESSION D'HELSINKI

20-28 août 1985

I. LE DROIT APPLICABLE AUX ENTREPRISES INTERNATIONALES COMMUNES ÉTATIQUES OU PARAÉTATIQUES A CARACTÈRE ÉCONOMIQUE (*) (9^e Commission)

Considérant que les Etats, leurs subdivisions et leurs entreprises publiques créent des entreprises internationales communes en vue de promouvoir la coopération internationale et de favoriser leurs intérêts propres,

L'Institut de Droit international,

Vu sa résolution d'Oslo (1977) sur les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées,

Vu sa résolution d'Oslo (1977) sur les entreprises multinationales,

Vu sa résolution d'Athènes (1979) sur la loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère,

Désireux de résoudre certains problèmes relatifs à ces entreprises dans la mesure où ils échappent aux résolutions précitées,

Conscient toutefois du fait que la grande diversité de ces entreprises interdit d'établir un projet de réglementation complet applicable à toutes et concernant tous les problèmes qui peuvent se poser à leur sujet,

Excluant aux fins de la présente résolution les questions relatives aux rapports entre l'entreprise et ses employés, à la nationalité de l'entreprise, à la protection diplomatique, aux privilèges et immunités, ainsi qu'à la responsabilité éventuelle des participants du fait des actes ou omissions de leurs entreprises, soit en droit international, soit en droit interne,

Adopte la résolution suivante :

Article premier

La présente résolution concerne toute entreprise internationale commune qui réunit les caractéristiques suivantes :

- a) deux ou plusieurs Etats, subdivisions d'Etats ou autres entités contrôlées par les Etats ont une participation prépondérante dans son capital;
- b) elle agit dans un ou plusieurs Etats à des fins économiques d'intérêt général principalement par des procédés de droit privé; et
- c) elle est distincte de chacune des entités visées sous a).

Article 2

Une entreprise internationale commune peut être établie par un ou plusieurs des instruments constitutifs suivants : par un traité, par une décision d'une organisation internationale ou par un acte des participants régi par une ou plusieurs des sources de droit énumérées à l'article 7.

Article 3

Les instruments constitutifs de l'entreprise devraient comprendre toutes dispositions nécessaires ou utiles pour le fonctionnement efficace de l'entreprise dans les relations entre les participants ou avec les tiers.

(*) Le texte français fait foi.

Article 4

1. Les participants peuvent, en établissant l'entreprise internationale commune :

- a) soit utiliser un modèle juridique existant dans un droit interne, tel un type défini de société,
- b) soit déterminer l'objet de l'entreprise et les règles applicables à sa constitution et à ses activités sans utiliser les dispositions d'un droit interne ou en ne les utilisant que sous certains aspects.

2. Le fait que les instruments constitutifs de l'entreprise, ou certains d'entre eux, soient des traités n'a pas nécessairement pour conséquence que l'entreprise est régie par le droit international public.

3. L'existence de l'entreprise est reconnue dans l'ordre juridique des Etats participant directement ou par le truchement d'entreprises ou de collectivités.

4. L'existence de l'entreprise est reconnue par les autres Etats conformément à leur propre système de droit et au droit international.

Article 5

1. Les participants peuvent, en établissant l'entreprise, soit soumettre leurs relations mutuelles à un droit interne, y compris les règles spéciales que ce droit pourrait prévoir pour la participation d'autorités publiques nationales ou étrangères, soit ne soumettre ces relations à un droit interne que subsidiairement aux instruments constitutifs, soit les soustraire entièrement à l'application d'un droit interne déterminé.

2. Les instruments constitutifs de l'entreprise, en soumettant les relations entre les participants à un droit interne :

- a) peuvent déroger expressément à ce droit interne,
- b) sont censés déroger implicitement aux dispositions contraires à leurs termes ou incompatibles avec leur objet et leur but.

Sauf s'il s'agit de traités, ces dérogations ne peuvent porter atteinte aux lois impératives ni à l'ordre public du droit interne précité.

3. Dans la mesure où une question concernant les relations entre les participants n'est ni réglée par les instruments constitutifs ni soumise à un système de droit de leur choix, cette question est régie par les principes généraux du droit régissant cette question dans les systèmes juridiques des Etats en cause, par les principes généraux du droit des organisations internationales et, le cas échéant, par d'autres règles du droit international.

4. En soumettant ces relations à un droit interne, soit à titre principal, soit à titre subsidiaire, les instruments constitutifs peuvent prévoir que les dispositions de ce droit interne sont celles en vigueur au moment de l'adoption desdits instruments.

5. Lorsqu'une entreprise est établie par une décision d'une organisation internationale, le droit de cette organisation ne lui est applicable que par l'effet d'une disposition expresse.

Article 6

1. Lorsqu'un traité prévoit l'établissement d'instruments constitutifs de l'entreprise, ces instruments doivent être interprétés à la lumière de l'objet et du but du traité.

2. Le recours à un droit interne déclaré applicable à un titre subsidiaire n'a lieu que dans la mesure où une interprétation des instruments constitutifs à la lumière de leur objet et de leur but ne suffit pas à régler la question.

3. Un droit interne rendu applicable à titre principal ou subsidiaire doit être interprété selon les méthodes d'interprétation en usage dans ce droit.

Article 7

Dans les relations de l'entreprise avec des tiers, les parties contractantes peuvent choisir comme loi du contrat, soit un ou plusieurs droits internes ou les principes communs à ceux-ci, soit les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit.

Article 8

Si, pour des questions autres que celles réglées par les dispositions qui précèdent, les règles applicables du droit international privé d'un Etat se réfèrent à la loi personnelle de l'entreprise, cette loi est celle déterminée expressément ou implicitement par les instruments constitutifs.

II. LES EFFETS DES CONFLITS ARMÉS SUR LES TRAITÉS (*)

(5^e Commission)

L'Institut de Droit international,

Rappelant sa résolution de la session de Christiania de 1912 relative aux effets de la guerre sur les traités,

Considérant que des conflits armés continuent de se produire en violation de l'interdiction du recours à la force figurant dans la Charte des Nations Unies,

Considérant que la pratique des Etats concernant les effets des conflits armés sur les traités auxquels ils sont parties n'est pas uniforme et qu'il convient donc d'affirmer certains principes du droit international en la matière,

Reconnaissant que la présente résolution ne préjuge pas l'application des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités,

Adopte la résolution suivante :

Article premier

Aux fins de la présente résolution, on entend par « conflit armé » un état de guerre ou un conflit international qui implique des opérations armées susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'affecter l'application de traités entre les Etats parties au conflit armé ou entre les Etats parties au conflit armé et des Etats tiers, indépendamment de toute déclaration formelle de guerre ou de toute autre déclaration faite par l'une quelconque ou l'ensemble des parties au conflit armé.

Article 2

Le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités en vigueur entre les parties au conflit armé, ni la suspension de leur application.

Article 3

Le déclenchement d'un conflit armé rend applicables, entre les parties, et conformément à leurs propres dispositions, les traités qui prévoient expressément leur application lors d'un conflit armé ou qui, à raison de leur objet ou de leur but, doivent être considérés comme applicables lors d'un conflit armé.

(*) Le texte anglais fait foi. Le texte français est une traduction.

Article 4

L'existence d'un conflit armé n'autorise pas une partie à mettre fin unilatéralement aux dispositions d'un traité relatives à la protection de la personne humaine, ni à en suspendre l'application, à moins que le traité n'en dispose autrement.

Article 5

Le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction ni la suspension de l'application des traités bilatéraux en vigueur entre une partie à ce conflit et des Etats tiers.

Le déclenchement d'un conflit armé entre des parties à un traité multilatéral n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction de ce traité ni la suspension de son application entre les autres parties contractantes ou entre celles-ci et les Etats parties au conflit armé.

Article 6

Un traité constitutif d'une organisation internationale n'est pas affecté par l'existence d'un conflit armé entre certaines des parties à ce traité.

Article 7

Un Etat qui exerce son droit de légitime défense à titre individuel ou collectif en conformité avec la Charte des Nations Unies peut suspendre, en tout ou en partie, l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit, sous réserve des conséquences pouvant résulter du fait que cet Etat serait ultérieurement désigné comme agresseur par le Conseil de sécurité.

Article 8

Un Etat qui se conforme à une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies concernant une action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression mettra fin à tout traité qui serait incompatible avec une telle résolution, ou en suspendra l'application.

Article 9

Un Etat qui commet une agression au sens de la Charte des Nations Unies et de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas en droit de mettre fin à un traité, ni d'en suspendre l'application, si une telle mesure devait avoir pour effet de lui procurer un avantage.

Article 10

La présente résolution ne préjuge pas les droits et obligations découlant de la neutralité.

Article 11

A la fin d'un conflit armé, à moins que les parties n'en conviennent autrement, le traité dont l'application a été suspendue devrait, dès que possible, être appliqué à nouveau.

III. LA LOI APPLICABLE À CERTAINS EFFETS D'UN MARIAGE DISSOUS (*) (16^e Commission)

Note explicative du Rapporteur.

1. Les travaux sur la loi applicable aux effets du mariage dissous ont mis en relief la difficulté de la tâche de l'Institut dans la matière du droit international privé. Les fondateurs de l'Institut croyaient en l'avenir d'un système universel de droit international privé, qui se construirait, *pari passu*, sur le même plan méthodologique que le droit international public. Les incertitudes qu'ont suscitées à cet égard les diverses écoles positivistes ne sauraient certes justifier qu'on renonce à l'élaboration de solutions communes aux différents Etats. Bien plus, il faut se réjouir qu'il existe une institution dans laquelle des spécialistes des diverses branches du droit international peuvent échanger leurs expériences respectives. L'excès de la réaction positiviste a été d'établir entre le droit international et le droit international privé transformé en simple subdivision du droit interne une séparation rigoureuse qui n'est plus de mise aujourd'hui. Principalement mais non exclusivement, les relations économiques, financières et monétaires ne s'accroissent plus d'une séparation rigoureuse entre le champ du droit interne et celui du droit international.

2. Plutôt que de tracer la frontière entre le droit international et le droit international privé, il importe d'explorer les problèmes de confins, et, là où les objets matériels respectifs de règles du droit international et de règles de droit interne paraissent coïncider, de s'interroger sur les problèmes de méthode. Si l'on accepte qu'un ordre juridique n'est pas seulement une pyramide de normes mais un organisme vivant composé de règles et d'institutions, la principale différence méthodologique entre le droit international et le droit international privé se laisse aisément dessiner : alors qu'il existe un ordre juridique international doté d'institutions propres, il n'y a pas d'ordre juridique international privé. Même quand les règles de conflit de lois ont pour source un traité international et si étendu que soit le domaine de validité d'un tel traité, la mise en œuvre des règles passera nécessairement par les institutions — administratives ou juridictionnelles — de chacun des Etats dans lesquels le traité est en vigueur. Ainsi, le caractère interne ou international des règles de conflit est moins décisif que l'inexistence d'institutions propres au droit international privé.

3. Quand, dans une conférence intergouvernementale, les représentants d'Etats conviennent de règles communes de droit international privé, ils ont en vue la réception du corps normatif nouveau par l'ordre juridique familial à chacun d'eux et ils sont dès lors en mesure d'apprécier l'exacte portée de ces règles et leur incidence sur l'ensemble institutionnel dans lequel elles sont appelées à s'insérer. Les conditions de travail d'une assemblée purement scientifique sont radicalement différentes. Sans doute, chacun des membres de l'Institut verse-t-il aux délibérations sa connaissance de divers systèmes juridiques nationaux; toutefois, et c'est ici que la différence est la plus sensible, ils ne sauraient apprécier la pertinence des solutions proposées par rapport à un système déterminé de droit interne puisque ce que trace une résolution de l'Institut dans le domaine du droit international privé, c'est l'épure d'un ordre juridique irréel, un ensemble de propositions normatives dont le sens est perceptible mais dont la portée ne saurait être déterminée. A certains moments, il est permis de craindre que pareille situation ne joigne l'un à l'autre le pire de deux mondes : alors que la solution qui sera arrêtée se présente avec une vocation universelle, les choix individuels en faveur de telle ou telle solution sont parfois motivés par la manière dont celle-ci sera reçue dans l'ordre juridique le plus familier à celui qui émet une opinion.

(*) Le texte français fait foi.

4. Il est aisé d'illustrer les quelques réflexions qui précèdent par l'expérience des travaux consacrés à la loi applicable aux effets du mariage dissous. Il convient d'abord de mettre en lumière deux difficultés communes à tous les efforts de codification du droit international privé, même si ceux-ci sont poursuivis dans des organisations intergouvernementales. La première tient à la diversité des systèmes nationaux de droit interne, diversité qui se laisse observer à un double degré, celui des règles de droit matériel interne et celui des solutions du droit international privé. Une tentative de codification du droit international privé est condamnée à l'échec si elle ne repose pas sur une étude approfondie de droit comparé selon chacune des deux perspectives qui viennent d'être indiquées : comparaison tant du droit matériel que du droit international privé. La politique actuelle de l'Institut tendant à une meilleure distribution géographique des nouveaux Associés pourra certes contribuer à ce que les systèmes juridiques non occidentaux soient mieux pris en considération à l'avenir, mais il n'est pas moins impérieux d'améliorer les conditions de travail des commissions dans l'intervalle des sessions; pour les sujets de droit international privé, on pourrait attendre des membres de la commission qu'ils adressent au rapporteur des contributions écrites sur le droit en vigueur dans leurs pays respectifs et même dans les systèmes juridiques auxquels ceux-ci se rattachent.

5. La deuxième difficulté commune à tout effort de codification du droit international privé tient au caractère partiel de chaque tentative. Après qu'un accord a été atteint sur les questions particulières étudiées, les solutions ainsi dégagées doivent s'harmoniser avec les règles demeurées propres à chacun des ordres juridiques internes applicables aux questions exclues de la codification. La difficulté est d'autant plus aiguë que les catégories de rattachement traditionnelles — statut personnel, régimes matrimoniaux, successions, obligations alimentaires — sont liées à un découpage dogmatique des matières souvent mal adapté à la complexité des solutions de droit matériel. La loi applicable aux effets du mariage dissous procure une excellente illustration de ces difficultés.

Il y a lieu d'abord de s'entendre sur la notion de « dissolution du mariage ». Certaines formes de nullité (ou d'inexistence) du mariage ne méritent pas, en toute rigueur des termes, une telle qualification. A cette première difficulté, il est aisément obvié en donnant au concept de dissolution du mariage un sens conventionnel qui couvre outre le divorce les déclarations de nullité et les annulations. L'effet essentiel de la dissolution du mariage ainsi entendue est de mettre fin à l'union conjugale. Pareil effet est atteint dès le moment où l'acte de dissolution est reconnu, sans qu'on doive distinguer un acte administratif ou juridictionnel ou un acte simplement privé : étudier « les effets du mariage dissous » dans un ordre juridique déterminé, implique, au titre d'hypothèse de travail, que la dissolution du mariage soit comme telle reconnue dans cet ordre juridique.

Consacrant la « faillite » du projet initial de vie commune, la dissolution du mariage entraîne normalement la liquidation des rapports, notamment patrimoniaux, noués par les époux, suivie, le cas échéant, d'un réaménagement de ces relations. Le partage ou la redistribution de l'autorité parentale sur les enfants communs, les modalités nouvelles affectant l'éventuelle survivance d'une obligation alimentaire, d'un droit de succession, du droit à une pension de survie, l'incidence de la dissolution du mariage sur le nom de chacun des ex-époux (pour le cas où le mariage a lui-même eu quelque effet à cet égard) sont les principales répercussions de la dissolution du mariage. Répercussions qui doivent s'analyser par rapport aux différentes institutions sur lesquelles la dissolution du mariage exerce son propre effet perturbateur. Tel est aussi le sens selon lequel il convient d'entendre l'expression « effets du mariage dissous ».

6. De ce qui précède, il découle qu'il n'existe pas de règle unique de conflit de lois applicable à l'ensemble des effets du mariage dissous. Bien plus, dans de nombreux ordres juridiques, notamment ceux de *common law*, les questions évoquées relèvent plutôt du conflit de juridictions que du conflit de lois. En ce qui concerne par exemple les mesures de garde relatives aux mineurs et même

les obligations alimentaires en général, le tribunal qui s'est déclaré compétent applique les solutions de droit matériel — sans exclure les règles de droit international privé matériel — empruntées à son système interne. L'idée qu'il existerait un « statut de la dissolution du mariage » (ou un « statut du divorce ») gouvernant toutes les répercussions de l'acte de dissolution sur l'ensemble des rapports entre les ex-époux est dénuée de fondement.

7. Un rapide examen des récentes conventions de La Haye ayant quelque lien avec l'un ou l'autre effet du mariage dissous démontre l'inconvénient des codifications partielles. L'article premier, alinéa 2, de la Convention du 1^{er} juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps exclut du domaine matériel du traité « les mesures ou condamnations accessoires prononcées par la décision de divorce ou de séparation de corps, notamment les condamnations d'ordre pécuniaire ou les dispositions relatives à la garde des enfants ». Limitée aux décisions « qui ont statué sur la réclamation en aliments », une telle reconnaissance est cependant prévue par l'article 8 de la Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires, à la condition que la compétence en matière de divorce, d'annulation ou de nullité de mariage de l'autorité de l'Etat d'origine soit reconnue dans l'Etat requis, condition qui, dans les Etats où est en vigueur la Convention précitée du 1^{er} juin 1970, est vérifiée selon cette Convention.

Pour ce qui concerne les enfants mineurs, il faut distinguer entre les mesures de garde, qui relèvent de la Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (sauf à l'égard des Etats ayant fait usage de la réserve inscrite à l'article 15 de cette Convention et permettant d'écarter l'application de celle-ci à une mesure de garde après divorce) et les pensions alimentaires soumises aux deux Conventions du 2 octobre 1973.

Pour la détermination de la loi applicable aux obligations alimentaires entre les (ex-)époux, l'article 8 de la Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires distingue selon que l'acte de dissolution du mariage est ou non reconnu dans l'Etat contractant où des aliments sont réclamés. Dans le second cas, les règles générales de conflit de lois des articles 4 à 6 s'appliquent mais elles concernent, du point de vue du tribunal saisi, la situation d'époux. Dans le premier cas, l'obligation alimentaire est rattachée à « la loi appliquée au divorce » ou, le cas échéant, à la nullité ou à l'annulation, sauf dans les Etats s'étant réservé de ne pas appliquer cette solution si la dissolution du mariage a été obtenue par défaut dans un pays où la partie défaillante n'avait pas sa résidence habituelle (art. 14).

8. La notion de « loi appliquée au divorce » se distingue de celle de « loi applicable au divorce ». La deuxième expression signifie que dans l'Etat où un ex-époux réclame des aliments à l'autre, la loi régissant pareille réclamation s'identifie avec la loi qui, dans le même Etat, régit l'action en divorce, que cette loi ait ou non été appliquée. La première expression paraît se borner à un constat de fait : quelle loi l'autorité étrangère dont l'acte de dissolution du mariage est reconnu dans l'Etat où les aliments sont réclamés a-t-elle effectivement appliquée ? Cette solution n'est elle-même guère satisfaisante : il n'est pas toujours facile de déceler la loi en vertu de laquelle un mariage a été dissous, notamment si le juge ou l'autorité n'a pas motivé sa décision sur ce point ou si sa règle de conflit lui prescrit l'application cumulative de plusieurs lois ; de plus le juge aura le plus souvent appliqué au divorce le droit matériel interne de la *lex fori*. Or, il est injustifié que les obligations alimentaires entre les ex-époux soient, pour une période qui risque d'être longue, soumises à la loi du tribunal ou de l'autorité ayant dissous le mariage, solution qui présente le vice supplémentaire d'encourager au *forum shopping*.

9. Ainsi, il ne suffit pas d'écarter toute solution de conflit de lois globale applicable à la totalité des répercussions de la dissolution du mariage sur les relations entre les ex-époux, et force est de constater qu'une telle solution est même en défaut de rencontrer de manière satisfaisante le domaine plus res-

treint — trop restreint — des obligations alimentaires. A la vérité, une étude même sommaire du droit comparé révèle l'ingéniosité des législateurs et des juges qui s'efforcent aujourd'hui de compenser la perte, par l'effet du divorce, de la mise en commun des ressources de l'un et l'autre époux. La condamnation au paiement d'une pension alimentaire est certes un moyen de maintenir une forme de communication entre les patrimoines respectifs des ex-époux. Toutefois, le divorce a sa logique et sa cohérence : en de nombreux cas, il est suivi de secondes nocces, et peu d'hommes ou de femmes sont en mesure de contribuer à l'entretien de plusieurs ménages. Il est dès lors séduisant de mettre un point final aux relations financières entre les ex-époux, divers procédés étant mis en œuvre à cette fin : paiement par un ex-époux à l'autre d'une pension dont le mode de calcul est arrêté sans qu'il puisse être ultérieurement revu, versement d'un capital par un ex-époux à l'autre, constitution à l'aide d'un tel capital d'une rente payée par une institution financière, attribution à l'un des ex-époux d'un bien commun ou même d'un bien propre à l'autre ex-époux, et, pour le moment où les époux atteindront l'âge de la retraite, compensation des droits de pension ou partage du droit à une pension de survie entre les conjoints successifs de l'époux ou de l'ex-époux prédécédé. Pareil règlement final offre à l'ex-époux qui en bénéficie certains avantages, mais il comporte aussi quelques inconvénients : sont des avantages, l'indépendance financière à laquelle contribue la maîtrise immédiate d'un capital ou d'un autre bien ainsi que la protection contre le risque d'insolvabilité ou le mauvais vouloir du débiteur de prestations périodiques ; mais, si le règlement final opéré au moment de la dissolution du mariage a pour effet de priver chacun des ex-époux du droit de réclamer autre chose que l'exécution des dispositions de ce règlement, il n'est pas sans inconvénient de cliquer la situation respective des parties, de priver chacun des ex-époux de toute participation à une amélioration éventuelle de la situation économique de l'autre, de mettre à charge de la collectivité l'entretien de l'ex-époux qui a dilapidé ou mal géré son capital. Il est possible aussi qu'au moment de la dissolution du mariage les deux parties jouissent d'une aisance équivalente et que le règlement final consiste à les décharger de toute obligation alimentaire pour l'avenir ou même qu'un des ex-époux soit, en raison de sa position dans l'action en divorce, définitivement privé de tout secours alimentaire à charge de l'autre.

10. Sur le plan des concepts de droit matériel, la notion d'« obligation alimentaire » paraît trop étroite pour couvrir toutes les possibilités qui viennent d'être considérées. En outre, toute forme de règlement global est nécessairement liée à la liquidation du régime matrimonial relatif aux biens, et il sera parfois difficile de savoir si l'attribution d'un bien est faite en vertu de règles de partage ou au titre d'allocation de propriété ayant une vocation alimentaire.

Les différentes solutions envisagées sous le numéro précédent peuvent prendre au moins trois formes très différentes : soit une convention privée passée lors de la conclusion du mariage ou durant le mariage en vue de sa dissolution, ou même après la dissolution et en raison de celle-ci ; soit une convention entérinée par le juge ayant prononcé la dissolution du mariage ; soit une décision prise par le même juge ou par un autre juge du même Etat.

Quelque forme qu'il ait reçue, le règlement final des relations pécuniaires entre les ex-époux suscite en droit international privé des problèmes très différents de ceux que peut prétendre résoudre une règle de conflit donnant compétence à la loi appliquée au divorce. Qu'il ait pris la forme d'un acte ou d'un jugement, un tel règlement a un double effet : l'un positif, l'autre négatif. L'effet positif consiste à permettre à chacun des ex-époux de poursuivre sur le territoire d'un Etat autre que l'Etat selon la loi duquel la convention a été conclue ou dont un tribunal a entériné une convention ou prononcé une condamnation, la mise à exécution des clauses de la convention ou du dispositif de la décision. L'effet négatif consiste à se prévaloir dans les mêmes autres Etats du caractère définitif du règlement intervenu, de manière à faire obstacle à l'exercice de toute action en réclamation d'aliments exclue en vertu du règlement final. Les motifs d'accorder ou de refuser un tel effet négatif qui constitue une véritable déchéance du droit aux aliments ou à tout le moins du droit à

obtenir que le mode de calcul de la prestation alimentaire soit modifié, ne coïncident pas avec les motifs d'accorder ou de refuser de donner effet aux dispositions qui opèrent une attribution ou un transfert de biens, ou allouent des aliments.

11. Hormis l'énoncé de solutions favorisant l'efficacité internationale des procédés de règlement global et définitif des relations pécuniaires entre les ex-époux, il n'y a pas de raison de soustraire au droit commun des obligations alimentaires en droit international privé celles de ces obligations qui subsistent après la dissolution du mariage. La solution de principe de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable consiste à rattacher toutes les obligations alimentaires, sauf précisément l'obligation entre époux divorcés, à la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments. Rien ne justifie que cette solution soit écartée dans le seul cas des époux dont le mariage a été dissous, car c'est à la résidence du créancier que dans ce cas comme dans tous les autres se localise le besoin à satisfaire. Tant le principe que l'étendue et la variabilité de l'obligation entre époux divorcés doivent être soumis à cette même loi. Est en particulier injustifiée la compétence attribuée à « la loi appliquée » ou même « à la loi applicable » au divorce, qui, dans le meilleur des cas, prétend cristalliser une circonstance de rattachement ayant perdu toute actualité à l'égard des intérêts à sauvegarder. En revanche, il y a lieu de tenir compte du règlement patrimonial qui a été effectivement opéré au moment de la dissolution du mariage, d'assurer en principe au créancier d'aliments le bénéfice des conventions qu'il a conclues ou des jugements qu'il a obtenus, mais aussi, dans un juste souci d'équilibre entre les parties, d'encourager les tribunaux des Etats autres que l'Etat dans lequel un règlement final est intervenu à prendre un tel règlement en considération. Les dispositions relatives à ces diverses questions doivent certes être nuancées de manière à ne négliger aucun aspect de la situation; il s'agit essentiellement de dispositions de droit international privé matériel invitant les tribunaux saisis d'une réclamation alimentaire non point à appliquer la loi du divorce, mais à prendre en due considération les dispositions qui se sont effectivement incorporées à la situation des parties.

12. C'est à la lumière des explications qui précèdent qu'il faut lire la résolution adoptée par l'Institut à la session d'Helsinki. Bien qu'elle ait la forme de dispositions normatives, cette résolution doit se lire plutôt comme des directives s'efforçant :

- de tenir en équilibre les divers objectifs que devrait poursuivre une codification des règles applicables aux effets du mariage dissous en droit international privé,
- d'être attentives à la diversité des méthodes mises en œuvre dans les différents Etats,
- de réserver la conciliation des solutions partielles proposées avec les questions connexes qu'il est impossible de traiter.

LA LOI APPLICABLE À CERTAINS EFFETS D'UN MARIAGE DISSOUS (*) (16^e Commission)

L'Institut de Droit international,

Considérant qu'après le prononcé du divorce, la constatation de la nullité ou l'annulation du mariage, l'union dissoute continue à produire certains effets, et qu'il y a lieu en conséquence de déterminer la loi applicable à de tels effets;

(*) Le texte français fait foi.

Considérant que les problèmes de conflit de lois suscités par les effets du mariage dissous ne sauraient être réglés abstraction faite de la détermination de la juridiction compétente pour en connaître et de l'efficacité internationale des décisions déjà rendues et notamment de celle qui a dissous le mariage;

Notant que les effets d'un mariage dissous se rattachent à plusieurs institutions de droit privé et que, pour être pertinentes, les résolutions relatives à cet objet particulier doivent s'insérer dans les ordres juridiques des divers Etats dans lesquels ces institutions risquent d'être soumises à des règles divergentes, sur le plan tant du droit international privé que du droit matériel;

Tenant compte des conventions de La Haye relatives, notamment, à la reconnaissance des divorces, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires et à la loi applicable aux mêmes obligations, mais constatant que la dispersion de certains effets du mariage dissous dans trois instruments différents a pu entraîner des incohérences et des lacunes;

Notant l'entrée en vigueur durant la dernière décennie de nombreuses codifications nationales de droit international privé et la publication récente d'importants projets de codification;

Tenant compte de la vocation spécifique de l'Institut dans le domaine du droit international privé;

Adopte la résolution suivante :

I. Définitions et champ d'application.

1. Au sens de la présente résolution, il faut entendre :

- a) Par « dissolution du mariage » : la dissolution par le divorce ainsi que la déclaration de nullité et l'annulation du mariage.
- b) Par « effets du mariage dissous » : hormis la dissolution du lien matrimonial, les effets que le mariage produit encore après cette dissolution, du vivant des ex-époux ou après le décès de l'un d'eux.
- c) Par « ex-époux » : l'homme ou la femme dont le mariage a été dissous par le divorce, déclaré nul ou annulé.

2. Les droits et devoirs des ex-époux à l'égard de leurs enfants sont exclus du domaine d'application de la présente résolution.

II. Exclusion de l'application d'une loi unique à tous les effets d'un mariage dissous.

3. Aucune règle de droit international privé ne permettant de couvrir de manière satisfaisante tous les effets d'un mariage dissous, il y a lieu de prendre en considération la nature propre de chacune des questions de droit que suscitent ces différents effets.

4. Ne sont pas soumis à la loi appliquée à la dissolution du mariage, notamment :

- a) les effets de la dissolution sur le nom que les époux ou l'un d'eux ont acquis en conséquence du mariage;
- b) les restrictions apportées par l'effet du divorce au droit au remariage de l'un ou l'autre des ex-époux.

III. Obligations alimentaires et indemnités compensatoires.

5. L'obligation alimentaire entre les ex-époux est soumise à la loi applicable aux obligations alimentaires en général; cette loi détermine notamment la variabilité de l'obligation et la possibilité de modifier une obligation antérieure.

6. Pour l'application de l'article 5, quand une convention a été conclue selon la loi d'un Etat ou quand une décision a été rendue dans un Etat, les juges et les autorités des autres Etats prennent en considération les principes suivants :

- a) Quand les époux ont conclu en vue ou en raison de la dissolution de leur mariage une convention valable attribuant à l'un d'eux une pension alimentaire, une indemnité ou le bénéfice d'une prestation équivalente, pareille convention a force obligatoire dans tous les pays où est reconnu l'acte par lequel le mariage a été dissous.
- b) Quand une décision judiciaire a attribué à l'un des ex-époux une pension alimentaire, une indemnité ou le bénéfice d'une prestation équivalente, ou a entériné une convention conclue par les époux et ayant l'un de ces objets, cette décision est en principe reconnue aux mêmes conditions que l'acte par lequel le mariage a été dissous.
- c) Quand une convention valable ou une décision judiciaire reconnue a, selon la loi applicable, le caractère d'un règlement définitif interdisant à chacun des ex-époux d'introduire contre l'autre aucune réclamation ultérieure, pareil caractère est l'un des éléments à prendre en considération par le juge statuant sur une telle demande.
- d) Si deux décisions successives ayant déterminé l'étendue du droit aux aliments remplissent dans un Etat les conditions de la reconnaissance ou qu'une de ces décisions ait été prononcée dans cet Etat, il y a lieu d'exécuter la plus récente de ces décisions.

IV. *Les pensions de survie et la compensation des droits de pension.*

7. La loi de l'institution qui attribue une pension de survie détermine le principe et l'étendue du maintien au profit d'un ex-époux du droit à la pension.

La même loi règle l'incidence sur le droit à cette pension des causes pour lesquelles le divorce a été prononcé.

8. La compensation des droits de pension est en principe soumise à la loi applicable au divorce. Si cette loi ne connaît pas une telle compensation, celle-ci est soumise à la loi applicable aux effets personnels du mariage.

Il est souhaitable que les institutions publiques ou privées administrant une caisse pensions prêtent leur concours à l'exécution des décisions par lesquelles une juridiction étrangère a compensé le droit à une pension d'un affilié de cette caisse.