

L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DANS LE STATUT PERSONNEL
Lecture critique de la thèse de Jean-Yves Carlier

Gérald Goldstein

Volume 10, 1997

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1100733ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1100733ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Goldstein, G. (1997). L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DANS LE STATUT PERSONNEL : lecture critique de la thèse de Jean-Yves Carlier. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 10, 200–214.
<https://doi.org/10.7202/1100733ar>

L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DANS LE STATUT PERSONNEL

Lecture critique de la thèse de Jean-Yves Carlier¹

Par *Gérald Goldstein**

En plaçant d'emblée son interrogation au sein d'un dilemme impossible, consistant à choisir entre le rattachement du statut personnel par le biais de la nationalité, du domicile ou de la résidence, M. Jean-Yves Carlier, juriste belge, éveille la curiosité du lecteur situé de l'autre côté de l'Atlantique, intéressé par le droit international privé. Relevant (n. 2) avec justesse que la nationalité accentue le choc des cultures, alors que la résidence habituelle (comme le domicile) force l'intégration en niant l'identité différente, l'auteur soulève la critique de nos systèmes nord-américains, essentiellement tournés vers la seconde forme de rattachement, alors que nous venons précisément, au Québec, dans le Livre X du nouveau Code civil², consacré au droit international privé, d'introduire le rattachement alternatif par le biais de la nationalité (par exemple en matière d'établissement de la filiation, dans l'article 3091 C.c.Q.³). Dès l'introduction de son ouvrage, l'auteur présente un autre rattachement, celui du choix de la loi par la partie concernée. Cette courageuse position s'apprécie mieux quand on rappelle qu'en droit international privé classique, cette loi d'autonomie n'a pour domaine, en principe, que les actes juridiques: contrats (conventions et contrats de mariage) et testaments. La préface de l'ouvrage, portant la prestigieuse signature de François Rigaux, nous avait déjà dévoilé le sens et la portée de cette extension: il ne s'agit pas de choisir librement n'importe quelle loi, mais, de façon beaucoup plus restrictive, d'«opter» entre les diverses lois personnelles des parties à la relation familiale.

Pour asseoir sa démonstration, M. Carlier entreprend alors d'étudier les concepts, classiques, d'autonomie de la volonté, pour en tirer toute sa portée possible (I), et de statut personnel, face à son évolution actuelle (II), afin d'envisager sa proposition: le jeu possible de la première au sein du second (III).

¹ J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, Bruxelles, 1992.

* Professeur agrégé, Université de Montréal, docteur en droit (Université McGill).

² *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

³ Art. 3091 C.c.Q. : «L'établissement de la filiation est régi par la loi du domicile ou de la nationalité de l'enfant ou de l'un de ses parents, lors de la naissance de l'enfant, selon celle qui est la plus avantageuse pour celui-ci».

I. La portée de l'autonomie de la volonté

Quant au premier concept, l'auteur rappelle utilement (n. 6) que l'étymologie du mot «autonomie» révèle déjà le nœud du débat qui l'entoure: s'agit-il de la possibilité de créer sa propre loi (conception subjective) ou, de façon plus limitée, de pouvoir choisir pour soi-même entre plusieurs règles juridiques déjà posées de façon extrinsèque (conception plus objective)? L'approche pluridisciplinaire de l'auteur nous amène à sa propre conclusion: l'autonomie de la volonté ne serait exclusivement ni l'une ni l'autre, ni création, ni reconnaissance, mais plutôt la «détermination libre des règles auxquelles se soumettre» (n. 17). Il s'agirait alors de *reconnaître*, par la raison, «des principes de base communs à une société humaine donnée», puis de «créer» par consensus ou «contrats entre les volontés concernées, des normes propres à régler les relations interindividuelles» (n. 17, p. 26). Le choix semble donc situer l'auteur plutôt dans la conception objective, mais la raison subjective intervient et conserve un droit de critique au stade antérieur de la sélection des règles entre lesquelles il est possible ensuite de choisir. On aperçoit déjà la solution prônée par l'auteur au plan du droit international privé: choix volontaire, certes, mais uniquement entre des lois ayant rationnellement un lien étroit avec le statut personnel (nationalité, résidence habituelle, etc.).

Examinant en droit interne les domaines d'application de l'autonomie de la volonté, il nous mène, pas à pas, vers la constatation que, si le contrat est son domaine privilégié, néanmoins, par le biais de l'accord de volonté qu'il suppose, il permet à cette notion de pénétrer peu à peu dans d'autres domaines que celui des obligations contractuelles (on pense aux accords en matière de divorce, de garde d'enfant, etc.) et même que cette autonomie de la volonté peut s'exprimer sous d'autres formes que celle du contrat (n. 31). Là ou ailleurs, elle n'est pas absolue, mais trouve les mêmes limites, fondées sur la «balance des intérêts en présence, ceux de l'individu et de l'État» (n. 35). Ainsi, en droit de la famille, en dehors même de ses aspects patrimoniaux, on peut noter que les règles restent assez générales et laissent la place à une autonomie de la volonté «à usage domestique» (*id.*, note 107, citant J. Dabin⁴).

L'auteur, au cours d'une incursion en droit comparé, nous rappelle d'ailleurs que la notion allemande de «*vertrag*», développée par Savigny — auteur dont l'importance est capitale dans notre matière — s'étend aux domaines contractuel, réel et familial, et expose que le droit international privé allemand fait donc une place à l'autonomie de la volonté dans le statut personnel (n. 39). De même, notamment, en droit musulman, dans l'article 31 du Code marocain du statut personnel, il est possible, par exemple, d'exclure *contractuellement* la polygamie (n. 43). De façon plus générale, l'auteur soutient que, selon la doctrine moderne, on considère assez couramment le mariage comme une sorte de contrat d'une nature particulière, proche

⁴ J. Dabin, «Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes mœurs, sanction de la dérogation aux lois, en droit privé interne», *Annales de droit et de sciences politiques*, t. VIII, Louvain, 1940, p. 1990-247, à la p. 135, note 2.

d'un contrat d'adhésion, comme un «acte-condition» donnant naissance, en cas de matérialisation, à une institution impérativement réglée (n. 144-147).

À ce propos, cette intéressante étude utilise abondamment le droit comparé et fait particulièrement appel au droit musulman, ce qui en rehausse encore l'intérêt, en raison des grandes divergences existant entre ce système et les droits occidentaux, et aussi en considération du courant d'immigration important à partir des pays d'Afrique du Nord.

Dans son étude historique approfondie du principe d'autonomie de la volonté en droit international privé, il relève que certains auteurs, tel Aubry, avaient proposé d'élargir son domaine de telle sorte que le législateur, en dehors des matières régies par des règles impératives, n'établisse que des présomptions de loi applicable, cédant devant une déclaration formelle des parties (n. 69). Dans un tel système, en dehors même du domaine contractuel, on trouverait donc un certain nombre de règles de conflit de lois reconnaissant un rôle capital à la volonté formelle (expresse) des parties.

Il est vrai, comme le fait remarquer notre auteur (n. 117), qu'en matière de responsabilité civile extracontractuelle, on a parfois admis que les parties au litige choisissent, après la survenance des faits litigieux, la loi applicable à leur rapport. De façon générale, il rappelle très justement que les systèmes de droit international privé qui ne rendent pas obligatoire l'utilisation des règles de conflit aboutissent en fait à permettre aux parties de choisir en toute matière la loi du tribunal saisi (n. 121 et 122).

M. Carlier examine toutes les dimensions de ce principe en droit international privé et notamment dans la *Convention de Rome de 1980* sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Il affirme (n. 98) que l'autonomie de la volonté n'est qu'un «complément du principe de proximité» (ou principe de l'application de la loi ayant objectivement les liens les plus étroits avec la situation): dans la mesure où les parties ont *légalement* voulu choisir une loi, il est logique de respecter ce choix qui lie plus intensément un système juridique avec une situation que leur désignation par l'intermédiaire de présomptions, comme celle de l'article 3113 C.c.Q.⁵. Toutefois, ceci nous paraît discutable lorsque les parties peuvent choisir n'importe quelle loi, *même si elle n'a aucun rapport avec le contrat*, comme en droit québécois, à partir du moment où elles estiment que son contenu est adapté à leurs besoins. La position de l'auteur nous paraît effacer la dimension matérielle de la règle de conflit contractuelle au profit de sa dimension conflictuelle. Il nous semble plutôt que, dans ce domaine, il importe assez peu de rechercher la loi ayant les liens les plus étroits avec la situation: on s'efforce avant tout de désigner la loi matériellement la plus adaptée, en donnant la possibilité aux parties de l'indiquer par leur choix. Ce n'est qu'en l'absence de cette indication que le principe de proximité redevient pertinent.

⁵ Art. 3113 C.c.Q. : «Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement».

Il est vrai qu'au terme de la conclusion de sa première partie, l'auteur relève les conséquences d'une confusion entre les deux plans, interne et international privé, où s'exprime l'autonomie de la volonté (n. 128). Selon lui, cette confusion signifie qu'on assimile liberté contractuelle, très étendue, selon les dispositions matérielles de la loi applicable, et liberté de choisir cette loi. De ce fait, l'autonomie de la volonté prend figure de loi du plus fort et l'on en oublie l'utilité de la volonté des parties comme facteur de rattachement général, dans d'autres matières. Si l'on admet plutôt, comme l'auteur propose de le faire (malgré nos doutes), que cette volonté appartient à la logique du principe de proximité, il devient plus normal d'envisager son domaine au-delà des rapports contractuels.

Dans cette optique, la prévisibilité et la souplesse de la désignation du droit applicable sont les deux avantages majeurs que l'auteur avance, à juste titre, au soutien de cette extension de l'autonomie de la volonté à d'autres domaines (n. 128).

Avant de l'envisager concrètement, l'auteur nous invite, dans une seconde partie, à jeter un nouveau regard sur le statut personnel, domaine essentiellement visé par son essai.

II. L'évolution du statut personnel

On ne peut, à ce propos, que constater avec l'auteur l'évolution rapide du droit interne de la famille, vers une libéralisation des idées (n. 132 et 133). M. Carlier présente l'hypothèse plausible selon laquelle, de plus en plus, l'État n'interviendrait au sein des familles, dans leurs rapports «internes», que pour entériner leurs accords ou pour pacifier les querelles internes, uniquement lorsque le besoin s'en fait sentir, en laissant aux individus une marge de liberté, d'intimité de plus en plus grande (n. 133). L'importance socio-économique de la famille, c'est-à-dire ses rapports «externes», entre elle et la société (n. 147), ne serait plus traitée par le biais du droit civil, mais plutôt par celui du droit fiscal, du droit du travail ou du droit social. Voici pour la toile de fond du statut personnel en droit international privé, et pour le contexte matériel sous-jacent au choix d'un facteur de rattachement pertinent.

Dans cette optique, l'auteur indique (n. 134) les deux modifications essentielles qui influenceront le droit international privé: la reconnaissance d'un principe d'égalité (des sexes, des enfants) et d'une place plus importante faite à la volonté (décriminalisation de l'avortement et de l'adultère, divorce par consentement mutuel, adoption, procréation médicalement assistée, contrats de mère porteuse, appel accru à cette volonté avant l'intervention judiciaire, etc.). La permanence et l'unité du statut personnel s'en trouvent nécessairement ébranlés (n. 134). L'auteur cite à ce propos (n. 137) un étonnant projet de loi du Maryland, donnant au couple le choix entre un mariage traditionnel et un contrat de trois ans, renouvelable par l'une ou l'autre des parties!

Quant à la loi applicable au statut personnel, M. Carlier relève d'abord que la recherche d'un facteur de rattachement pertinent (nationalité, domicile, résidence

habituelle) tourne toujours autour de l'idée d'un lien avec une communauté ou d'une appartenance à celle-ci (n. 168).

Poursuivant sa recherche du rôle de la volonté dans le statut personnel, l'auteur rappelle judicieusement son jeu possible, comme critère d'appoint ou élément central, au sein même de l'acquisition ou de la perte de la nationalité (mécanisme de naturalisation, déclaration de conservation ou de renonciation à une nationalité) (n. 173). Quant au domicile, il est évident, mise à part la notion de domicile d'origine, que la volonté de l'individu en est une composante (voir en ce sens l'article 76 C.c.Q.⁶), même si les déclarations d'intention ne suffisent pas et doivent être confirmées par des circonstances de fait (achat de bien, occupation rémunérée en ce lieu, etc.).

Pour avancer sa thèse, l'auteur plonge aussi dans le débat classique des avantages respectifs de la nationalité et du domicile (n. 197 et s.), mais uniquement dans le but de justifier le facteur de rattachement qu'il se prépare à proposer dans sa troisième partie. Il faut en retenir que, si le domicile correspond mieux au milieu de vie des parties, la nationalité répond plus à des impératifs de souveraineté de l'État, bien que celui du domicile montre aussi un intérêt certain à voir sa propre loi s'appliquer. Mais, à notre avis, tout ceci est relatif: ainsi, souvent, les attentes des personnes émigrées vont dans le sens de l'application de leur loi nationale d'origine, spécialement en matière familiale, plus favorable à la stabilité de leur statut. Finalement, comme le fait remarquer l'auteur, on retrouve ici le même débat qu'en matière contractuelle: le but des règles est tantôt la protection des intérêts privés, tantôt celle de la collectivité (n. 209). Ce rapprochement favorise certainement l'étude du rôle possible de l'autonomie dans le statut personnel.

III. Le rôle possible de l'autonomie dans le statut personnel.

Cette étude constitue la troisième partie de la thèse, évidemment la plus porteuse d'idées. L'auteur y expose alors en détail, par un grand nombre d'applications pratiques qui constituent autant d'occasions précieuses de vérifier la pertinence de ses idées, sa proposition: permettre aux personnes de *choisir leur loi personnelle*. Mais l'autonomie de cette volonté sera doublement limitée. Quant au domaine, le choix ne portera que sur les questions ayant directement trait à sa vie privée, sans entamer celles relatives aux «actes touchant l'intérêt général», qui «demeureront régis par le droit auquel [la personne] se soumet» (n. 224). À ce stade, la formule reste un peu ambiguë quant au rôle exact de la «soumission» à un droit: s'agit-il, dans ce cas aussi, d'un choix? Plus vraiment si l'on envisage l'exemple que l'auteur en donne un peu plus tard: les questions de validité formelle du mariage (n. 310), exclues du domaine «direct» de la volonté. Quant au choix, il s'agira d'*opter* pour l'une des lois personnelles des personnes parties à la relation familiale, et non

⁶ Art. 76 C.c.Q. : «Le changement de domicile s'opère par le fait d'établir sa résidence dans un autre lieu, avec l'intention d'en faire son principal établissement. La preuve de l'intention résulte des déclarations de la personne et des circonstances».

n'importe quelle loi: la proposition de l'auteur respectera ainsi le principe de proximité.

M. Carlier soutient que sa thèse respecte les objectifs du droit international privé et il faut apprécier à juste titre ce souci «scientifique» de fonder adéquatement son système.

Selon lui, en effet, ce choix volontaire d'une loi favorise la *justice matérielle*, dans la mesure où «en acceptant de soumettre leur relation personnelle à un droit, les parties prennent l'engagement d'y adhérer» (n. 228). Nous nous permettons de douter de cette affirmation un peu optimiste: les clauses de choix de la loi et de juridiction ne sont pas nécessairement respectées et ne nous semblent pas toujours favoriser la justice dans la mesure où le choix serait imposé par une partie forte. Mais il est vrai que la loi choisie est normalement plus adaptée aux désirs des parties que la loi objectivement désignée. En tout cas, la formule semble impliquer que la «soumission» à un droit ne serait autre chose, selon l'auteur, qu'une autre formule pour exprimer le choix. Choix indirect, sans doute, si l'on se réfère à l'exemple des formalités du mariage, mais qui correspond parfaitement à l'une des conceptions de l'autonomie de la volonté exposées plus haut.

Il estime, d'autre part, que sa proposition favorise l'*harmonie internationale des solutions* (n. 229), car, étant donné qu'aucun facteur (domicile, nationalité, etc.) ne peut prétendre à l'exclusivité de localisation objective, l'autonomie de la volonté, en maintenant la diversité de ces facteurs, pourrait «harmoniser et même uniformiser» la désignation de la loi, assurant ainsi «un traitement équivalent devant des ordres juridiques différents» (n. 229). Cette présentation habile nous paraît très audacieuse: affirmer que tout le monde sera égal ou que les solutions seront harmonieuses quand on pourra tous choisir la loi applicable à notre statut personnel nécessite une bonne dose de confiance. Mais l'idée se défend dans la mesure où l'on distingue égalité au plan du droit matériel et égalité au plan du conflit de lois. C'est à ce second niveau qu'effectivement la règle de conflit présente un aspect égalitaire. Mais en quoi l'est-elle plus que l'application pure et simple, sans passer par le stade de l'option, de la loi nationale ou de celle du domicile? De plus, on peut accorder à l'auteur que ce facteur volontaire favorise la *prévisibilité* (n. 231), puisque c'est le principal avantage que l'on admet à son soutien dans le domaine contractuel. Mais la loi nationale et celle du domicile présentent aussi naturellement ce caractère. De plus, tout le monde s'entend pour considérer que le sort de cet objectif demeure (hélas) assez précaire en droit international privé, et qu'il doit laisser la priorité à d'autres préoccupations, notamment les intérêts étatiques prenant en charge le bien commun. L'auteur estime d'ailleurs, pour finir, que l'autonomie de la volonté se heurte, ici comme ailleurs, aux trois limites que sont les lois de police, la fraude à la loi et l'exception d'ordre public (n. 232).

Cette affirmation est logique. Elle s'accommode bien d'une vision économique du droit, «post-moderniste», peut être aussi d'inspiration libertaire (n. 234). On peut en apercevoir les indices lorsque M. Carlier, qui affirme défendre la

liberté individuelle (n. 235), exprime sa position en termes clairs: selon lui, «la question n'est plus de savoir quel facteur rattache au mieux la personne à un ordre juridique, mais jusqu'où la personne peut, *sans entrer en concurrence* avec des intérêts généraux, décider librement du rattachement d'un rapport de vie privée à tel ou tel ordre juridique» (n. 232) (nous soulignons). De même, l'auteur affirme que si l'État veut imposer l'application de son droit, néanmoins, la personne «est en principe libre de quitter son pays» (*id.*). On trouve l'idée d'une stratégie de marché mettant les divers systèmes juridiques en concurrence, entre lesquels les personnes pourraient librement choisir: le schéma est classique et appelle les mêmes croyances ou les mêmes critiques que cette tendance. N'ayant aucune sympathie envers la tendance ultralibérale, mais n'étant pas opposé aux idées libertaires, nous ne pensons tout de même pas qu'on puisse proposer à quelqu'un, de façon réaliste, de quitter un pays en raison du fait que son droit international privé rattache impérativement son statut à la loi de son domicile. Cette liberté nous paraît hélas limitée aux idéalistes ou à quelques personnes disposant de moyens assez considérables. À notre avis, à la différence du domaine contractuel, qui porte sur un acte isolé, et qui permet cette mise en concurrence des systèmes juridiques, le statut personnel présente un caractère de continuité difficilement conciliable avec l'instabilité qui résulterait de la possibilité de changer son statut au gré de sa volonté.

L'auteur, de façon profonde, estime qu'en fait il importe moins d'assurer la permanence du statut dans le temps que dans l'espace (n. 255): on peut très bien être marié, puis divorcé, puis remarié, nous dit-il très justement, encore faut-il l'être de la même manière au même moment vis-à-vis de tous les systèmes juridiques concernés. De ce point de vue, affirme-t-il, l'autonomie de la volonté permettrait d'éviter les situations boiteuses en optant pour une loi stable et indépendante de la dimension spatiale comme la loi nationale (*id.*). Tout cela est exact, mais peut-on admettre de passer de l'un de ces états à un autre selon sa propre volonté, en jouant sur la loi applicable?

Il est clair, toutefois, comme l'affirme M. Carlier, que le but de sa proposition n'est pas de permettre *directement* aux parties de choisir leurs «obligations familiales», mais plutôt, dans un premier temps, de choisir un système juridique, dont les dispositions permettent éventuellement, elles, une certaine liberté matérielle (n. 236). L'auteur va même jusqu'à affirmer que cette utilisation de l'autonomie de la volonté représenterait une règle de conflit *objective* et *abstraite*, «par opposition au rôle subjectif et concret des règles de rattachement à caractère substantiel visant un objectif matériel précis» (n. 236). Cependant, cette affirmation ne nous convainc pas: le choix de cette loi ne sera pas aveugle: la raison en sera qu'elle favorisera concrètement telle ou telle personne, tel ou tel choix *matériel*. Indirectement, mais sûrement, le résultat sera le même qu'un choix matériel subjectif. Les doctrines américaines, par exemple, celle de Leflar, favorisant notamment la *better law*, admettent clairement, elles, que leur objectif est matériel.

Quant aux modalités de sa proposition, l'auteur estime qu'il n'existe aucune limite théorique au choix des parties, mais que «la pratique» impose de restreindre le

choix — d'où le terme *professio juris*, ou option de droit, plutôt qu'autonomie de volonté (n. 242) — puisque le juge ne serait pas obligé d'appliquer trop de lois différentes (n. 241). Nous avouons ne pas bien saisir le sens de cette démarche: le contenu des lois peut être extrêmement varié, même si l'on s'en tient à la loi du domicile. Un autre motif, exposé quasiment furtivement par l'auteur, explique un peu mieux ce retrait: la limitation du choix rendrait la thèse plus acceptable (n. 259). Sans doute. Mais la logique proposée ne semble pas y retrouver son compte. Pourtant, il suffirait d'admettre que la règle de conflit présélectionne un certain nombre de facteurs exprimant le rattachement le plus étroit: loi nationale, loi du domicile, etc. Mais l'auteur s'est volontairement placé en dehors du cadre d'une règle de conflit à caractère matériel (voir le paragraphe précédent), et n'admet pas de prépondérance en faveur de ces facteurs de rattachements pour régir le statut personnel, donc il se condamne à restreindre ses propositions sans justification évidente.

Quant au contenu de l'option, M. Carlier propose de retenir la *loi nationale* (celle du pays d'origine) et la *loi de la résidence habituelle* (celle du pays d'accueil): le domicile est écarté au motif que ses attaches seraient trop fortes avec les conceptions divergentes des divers droits (n. 245). Il est certain que la résidence habituelle (notion de fait) remplace aisément, et de plus en plus, le concept juridique difficile à définir du domicile, qui repose, en définitive, sur les mêmes éléments de fait que la résidence (notre article 78 al. 1 C.c.Q.⁷ constate cette situation). À juste titre, l'auteur écarte la loi du tribunal saisi, en raison de la fraude à la loi et du forum shopping que ce choix pourrait encourager (n. 246).

De plus, l'auteur semble écarter la loi commune pour lui préférer la loi personnelle (nationale ou celle de sa résidence) individuelle, plus conforme, sans doute, à l'individualisme qui imprègne l'ensemble de sa construction. De même, chaque partie pourra choisir elle-même la loi, sans laisser l'option entre les mains du juge (n. 247). La deuxième proposition nous paraît satisfaisante, selon les domaines. On peut a priori douter de l'opportunité de l'abandon de la loi commune, ou plus précisément, de celle de la dernière résidence ou loi nationale commune. Mais elle sera soit la même que celle de l'une des personnes concernées, soit différente, et il est à craindre, de façon générale, que la dernière loi commune ne présente pas toujours de rapport étroit dans le temps avec la situation. Toutefois, selon le type de situations, elle peut au contraire s'avérer respecter le principe de proximité (voir en ce sens, l'article 3090 al. 2 C.c.Q.⁸, en matière de séparation de corps).

L'auteur doit aussi présenter une *règle subsidiaire* en cas d'absence de choix de la loi par les parties, conséquence directe de l'appel à l'autonomie de la volonté (n. 248 et s.). Écartant en principe, à juste titre, la loi du tribunal saisi, M. Carlier propose alors la compétence subsidiaire de la *loi de la résidence habituelle commune*

⁷ Art. 78 C.c.Q. «La personne dont on ne peut établir le domicile avec certitude est réputée domiciliée au lieu de sa résidence».

⁸ Art. 3090 al. 2 C.c.Q. «Lorsque les époux sont domiciliés dans des États différents, la loi du lieu de leur résidence commune s'applique ou, à défaut, la loi de leur dernière résidence commune ou, à défaut, la loi du tribunal saisi».

(n. 255), en raison de sa simplicité, mais il admet de tempérer sa relative rigidité par une *clause échappatoire* (comme celle de notre article 3082 C.c.Q.⁹), qui ne jouerait cependant pas en cas de choix de la loi applicable par les parties. On peut remarquer que ce système, remarquablement bien équilibré, est très proche de celui admis en matière contractuelle dans la *Convention de Rome* et en droit québécois. En effet, selon l'article 3112 C.c.Q.¹⁰, à défaut de choix de la loi par les parties, le contrat est censé être régi par la loi ayant les liens les plus étroits (principe de proximité), mais l'article 3113 C.c.Q. ajoute une règle selon laquelle la loi de la résidence de la partie qui doit la prestation caractéristique est présumée avoir les liens les plus étroits avec le contrat. Dans les deux cas, on retrouve l'idée d'une loi favorisée, celle de la résidence de la partie concernée, insérant le rapport dans son milieu réel de vie, assortie d'une possibilité de retomber sur le principe de proximité si, en l'espèce, la règle de conflit ne désigne pas la loi ayant les liens les plus étroits avec la situation (l'article 3112 C.c.Q. dans notre droit et la clause échappatoire selon le système de M. Carlier). De même, notre clause échappatoire ne joue pas en cas de choix par les parties de loi applicable au contrat (article 3082 al. 2 C.c.Q.).

Par contre, l'auteur n'admet pas le dépeçage subjectif de la relation entre plusieurs lois, en raison de la complexité que cette pratique entraînerait (n. 256): cela nous paraît éminemment raisonnable.

Il passe en revue les diverses limites classiques à l'autonomie de la volonté (lois de police, exception d'ordre public et fraude à la loi) en les étudiant dans son domaine. Il soulève l'hypothèse intéressante d'un conflit entre des dispositions impératives de la loi choisie et celles d'une loi de police (du tribunal saisi ou étrangère) et semble affirmer, bien que ceci ne ressorte pas clairement de son texte, qu'il faudrait faire prévaloir les premières sur les secondes (n. 258). À notre avis, tout dépend du type de loi impérative dont il s'agit (loi de police ou disposition impérative de droit interne) et du lien étroit qu'il peut y avoir entre la situation et les unes et les autres.

Il estime aussi que les tentatives de fraude à la loi devraient diminuer avec la règle de conflit qu'il propose (n. 262). Cette opinion semble logique puisqu'on accorde alors une plus grande liberté aux particuliers et qu'on admet implicitement que le statut personnel serait moins soumis à des règles impératives. Mais là est précisément la question: doit-on aller ou va-t-on vraiment dans cette direction?

Enfin, l'auteur complète la description de son système en précisant que la souplesse nécessite l'admission de la mutabilité du choix, mais que celui-ci devrait être homologué, afin d'éviter les changements multiples ou abusifs (n. 268 à 270).

⁹ Art. 3082 C.c.Q. «À titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre État. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique».

¹⁰ Art. 3112 C.c.Q. : «En l'absence de désignation de la loi dans l'acte ou si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'État qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte».

Pratiquement, M. Carlier propose aussi de faire figurer sur un document officiel la loi choisie et d'y modifier les inscriptions au fur et à mesure des changements de loi (n. 264). Nous avouons avoir du mal à imaginer un tel système, nécessairement très lourd, même avec les technologies informatiques actuelles. On voulait nous libérer: cette liberté nous obligera-t-elle à consacrer plus de temps à remplir des formulaires administratifs pour nous mettre en fiche? D'ailleurs, dans la mesure où le contenu de cette loi, éventuellement étrangère, ne serait pas indiqué, l'utilité de ces inscriptions nous semble assez restreinte. Mais peut-être l'inconvénient serait-il minime en réalité.

Utilisant une authentique démarche scientifique, pour confronter sa démonstration aux faits, M. Carlier l'applique ensuite aux différentes questions relevant du statut personnel.

Partant de la naissance, l'auteur examine la loi applicable aux *actes d'état civil* qui l'entourent et au *statut personnel de l'enfant*, en traitant séparément, ensuite, la difficile question de la filiation. Pour les actes d'état civil, on appliquera, quant à la forme, la loi locale, mais quant au fond, le choix entre la loi nationale ou celle de la résidence habituelle devra être consigné dans ces actes. De même, l'absence de choix, menant à la loi de la résidence habituelle de l'enfant, devra y figurer (n. 273).

Le système proposé montre déjà sa complexité et l'instabilité qui peut en résulter. En cas de désaccord par les parents quant au choix, si, par exemple, la mère consigne seule son choix de sa propre loi nationale, mais que le père, auparavant inconnu, infirme ensuite ce choix en voulant imposer la loi de la résidence, il faut utiliser la loi subsidiaire, c'est-à-dire celle de la résidence habituelle de l'enfant (n. 274). Mais l'enfant pourrait déjà, dès sa naissance, se trouver pris dans un changement de loi personnelle. M. Carlier précise d'ailleurs, très à propos, que la loi nationale comprend non seulement celle, potentiellement différente, des deux parents (*jus sanguinis*), mais, en plus, celle éventuellement acquise par le fait de sa propre naissance sur un territoire (*jus soli*).

Il suggère alternativement que l'on considère l'enfant de façon autonome, c'est-à-dire que les parents ne choisissent pas de loi pour son statut personnel, donc que la règle subsidiaire de la loi de la résidence habituelle joue jusqu'à ce que lui-même, devenu majeur, exerce l'option (n. 275).

De façon générale — notre critique à cette occasion touche l'ensemble de la thèse — peut-on admettre une telle instabilité et une telle «différence de statut» (une telle *inégalité*, pour appeler les choses par leur nom) entre les enfants, éventuellement même au sein d'une même famille, puisque l'humeur des parents peut changer d'un enfant à l'autre, sur un même territoire? Mais tout cela serait sous réserve des lois de police et de l'exception d'ordre public. Il n'empêche que se trouver projeté, dès la naissance, dans le contexte de la loi du marché (les parents en sont les «consommateurs» présumément avisés), sous réserve de certaines limites, nous paraît un début de vie un peu brutal. Quand on sait que l'euphorie de la naissance fait que, parfois, les parents se trompent quant à la date même de naissance lors de la déclaration, quant au nom précis qu'ils veulent leur donner, imagine-t-on qu'ils vont

préciser la loi applicable *en toute connaissance de cause*? Nous avouons nos doutes. Va-t-on alors suggérer gentiment un conseiller juridique pour aider les parents ou l'enfant à sa majorité — pas nécessairement très fortunés dans le cas d'immigrants récents — dans leurs démarches? D'ailleurs, l'auteur envisage lui-même cette évolution (n. 385). Mais qui va profiter, en définitive, au nom de cette liberté, de cet élément d'extranéité?

En matière de *filiation*, l'auteur affirme que le lien de filiation doit être établi par la loi personnelle des parents, ce qui nous semble exact, et il applique donc la thèse de l'option à cette situation, en citant d'ailleurs l'article 14 du *Code civil espagnol* au même effet, en cas de conflit interpersonnel dû à la divergence de lois entre différentes provinces (n. 276). On peut comparer cette solution à celle de notre article 3091 al.1 C.c.Q.¹¹ Alors que les lois présélectionnées dans notre article sont assez nombreuses, c'est au juge de choisir entre elles selon un critère matériel fixe: celle qui est la plus favorable à l'établissement de la filiation. Au contraire, dans la règle de conflit proposée par M. Carlier, les parents choisissent eux-mêmes, s'ils sont d'accord, entre l'une de leurs lois nationales et celle de leur résidence habituelle commune; à défaut de choix, cette dernière loi s'applique. Tout ce mécanisme ne prend pas en compte en principe l'intérêt matériel de l'enfant, à moins que les parents n'aient les connaissances suffisantes pour choisir consciemment la loi qui favorise l'établissement de la filiation. Toutefois, on peut effectivement affirmer que l'utilisation de la solution de M. Carlier en matière de filiation aboutit en principe à une règle objective et abstraite, à la différence de notre règle de conflit à caractère matériel. Mais peu importe. Notre préférence est évidente: notre article nous paraît bien plus pertinent.

En matière de contestation de filiation, l'auteur expose comment son système peut fonctionner dans le cadre d'une contestation de maternité: la femme qui se prétend la mère sera partie à la situation et l'option devra être exercée d'un commun accord entre trois parties: les deux «mères» et le représentant de l'enfant (n. 283). À défaut d'accord, il est possible que les parties aient une résidence habituelle dans le même État. Sinon, il faudra, selon le système de droit international privé du pays ayant admis cette règle, appliquer soit cumulativement, soit distributivement, les lois personnelles en présence, selon l'auteur. Incidemment, nous avouons ne pas saisir comment résoudre un tel conflit en appliquant cumulativement ou distributivement deux lois opposées: une seule loi doit s'imposer (l'article 3091 C.c.Q. demande au juge de déterminer celle qui est la plus favorable à l'établissement de la filiation, ce qui ne fournit pas de solution évidente au problème). Cela mis à part, on comprend que le système de M. Carlier s'inspire intelligemment de l'esprit de la médiation familiale où les parties sont poussées à s'entendre entre elles une fois qu'un litige a éclaté. On peut toutefois se demander si, dans le contexte d'une contestation judiciaire de filiation, il sera aisé d'obtenir un accord. En cas contraire, la thèse présentée ici nous renverra aux règles de conflit classiques, sans avoir pu résoudre le conflit.

¹¹ *Supra* note 4.

En matière d'*adoption*, l'auteur propose l'option qui doit être exercée par les parents biologiques et les parents adoptants ou l'adopté, selon les questions concernées (consentement des parents ou de l'adopté), ce qui n'est pas évident à obtenir. Dans ce domaine, M. Carlier suggère que le choix des parties permettra de mettre à l'écart les lois non favorables à l'adoption, mais face aux risques de fraude à la loi ou d'enlèvement d'enfant, il rappelle que les limites traditionnelles au choix pourront éviter les débordements (n. 298 et 299). Nous nous demandons toutefois comment admettre son système en cette matière sensible: étant donné que les États semblent bien décidés à garder un contrôle strict sur les adoptions internationales, toute tentative, par les parties, de ne pas appliquer les lois désignées par les règles de conflit traditionnelles sera écartée. Dans quelle mesure s'assurer qu'un accord réel sur la loi applicable entre les parents biologiques, souvent économiquement défavorisés, et les parents adoptifs peut-il être obtenu? Quant au contenu même de l'accord éventuel, devra-t-il couvrir la stipulation expresse que, selon la loi choisie, l'adoption rompra tout lien avec les parents biologiques (adoption plénière)? Étant donné les difficiles questions qu'elle pose, nous ne croyons pas que l'adoption internationale soit, actuellement en tout cas, un terrain propice à un tel système.

En matière de *capacité*, la thèse de notre auteur soulève des réserves encore plus grandes. Il estime que le rattachement par la loi choisie permettra d'opter à tout moment en faveur de l'une des lois permises, sous réserve d'homologation, et que cette vérification de capacité sera facilement vérifiable en raison des inscriptions que l'accompagnerait (n. 306). En matière de protection des incapables, si un incapable voulait adopter une loi lui accordant «la liberté», l'ordre public pourrait toujours intervenir. Pour notre part, l'affirmation que la vérification sera facile ne nous paraît pas démontrée en contexte international. Les difficultés que l'on rencontre à organiser un registre international informatisé en matière de sûretés réelles sans dépossession ne nous semble pas de bonne augure. Voilà aussi découverte, à notre avis, malgré l'opinion de l'auteur (n. 382), l'une des conséquences à laquelle mènerait l'adoption d'une telle proposition: la multiplication des interventions de l'exception d'ordre public, signe avant coureur, selon nous, d'une règle de conflit inadaptée, nécessitant des modifications urgentes.

Bien plus, en matière de capacité contractuelle, M. Carlier propose une option modifiant la loi personnelle «destinée uniquement à permettre un contrat» qui serait «autorisée par mention expresse dans le contrat, sans homologation, et limitée au contrat» (n. 306). Il est plus facile de critiquer que de proposer, certes, et nous nous en voudrions de paraître retirer à cet ouvrage l'intérêt réel qu'il présente au plan doctrinal. Nous devons cependant faire part de notre désaccord profond avec cette solution particulière, qui jette un doute sérieux, selon nous, sur tout l'édifice proposé. Imagine-t-on une capacité contractuelle à la carte, non homologuée, qui correspondrait encore à une notion de protection des incapables? Même s'il ne s'agit que d'un acte particulier, il n'en faut pas beaucoup pour entraîner son patrimoine dans le gouffre.

Pour les *formes du mariage*, l'auteur admet que le choix n'est pas vraiment souhaitable car on ne peut forcer l'autorité étatique à utiliser des formes étrangères et la volonté des époux de se marier, plutôt que de vivre en concubinage implique l'acceptation des formalités qu'il prévoit (n. 310). Voici donc exposé l'un des domaines exceptés par l'auteur du domaine de l'option, parce qu'il s'agit d'actes touchant le public en général: la loi du lieu de célébration s'applique en raison d'une «soumission» (assez théorique) par les parties de leur rapport à cette loi.

Quant au *fond du mariage*, au contraire, l'option devrait jouer. Son domaine devrait inclure, sans dépeçage, mais sujet à mutabilité conventionnelle: les conditions de validité du mariage et son annulation, ses effets personnels et patrimoniaux, le divorce et la séparation (n. 316). Quant aux conditions de validité du mariage, pour assurer la cohérence de son système, l'auteur propose logiquement de régler le conflit mobile et les conflits transitoires éventuels par l'application de la loi ayant concrètement été appliquée lors du mariage (n. 317). Mais cette solution n'est pas propre à son cadre théorique: il s'agit d'un moyen normal de régler le problème.

Quant à sa proposition au plan du mariage polygame, elle ne devrait pas y avoir d'influence particulière: le choix d'un droit admettant la polygamie n'empêcherait pas l'appel à l'exception d'ordre public, et la possibilité, donnée par certains droit comme le droit marocain, d'exclure la polygamie, doit être reconnue (n. 329).

Au plan des *effets personnels du mariage*, la possibilité de modifier la loi choisie ne devrait pas porter atteinte aux droits acquis (n. 331), mais l'ordre public pourrait intervenir souvent. L'auteur fait remarquer que la loi espagnole admet ce système de choix et que le droit allemand n'y est pas opposé (n. 333).

M. Carlier, plaçant la *pension alimentaire* au sein des effets personnels du mariage, étend sa solution à cette question, en réservant l'application possible de l'ordre public au cas où la loi choisie ne donnerait aucune pension (n. 335). Il est clair que cette proposition ne pose pas de problème particulier, mais nous préférons nettement notre règle de conflit spéciale à caractère matériel (art. 3094 C.c.Q.¹²), favorisant, dans une certaine mesure, le créancier alimentaire.

Pour les *régimes matrimoniaux conventionnels*, l'option ne pose pas de problème non plus, étant donné qu'il s'agit de contrats et la solution est déjà largement admise¹³.

En cas de *divorce* ou de *séparation de corps*, l'option en faveur du droit régissant l'ensemble de la relation familiale et la loi de la résidence habituelle commune, à titre subsidiaire, devraient s'appliquer, selon l'opinion de M. Carlier (n. 350 et s.), sous réserve de modification conventionnelle et des limites normales à

¹² Art. 3094 C.c.Q. : «L'obligation alimentaire est régie par la loi du domicile du créancier. Toutefois, lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu de cette loi, la loi applicable est celle du domicile de ce dernier».

¹³ Voir l'art. 3122 C.c.Q. : «La loi applicable au régime matrimonial conventionnel est déterminée par les règles générales applicables au fond des actes juridiques».

l'autonomie de la volonté (exception d'ordre public, etc.) Cette position ne pose pas de problème particulier en ces domaines, étant donné que les lois sujettes à ce choix ont un rapport étroit avec les situations envisagées. D'ailleurs, en ce sens, au plan de la compétence juridictionnelle, la loi fédérale sur le divorce (art. 4) admet que les parties peuvent donner compétence à un tribunal, entraînant aussi celle en matière de garde et de pension alimentaire.

Pour la *garde d'enfant* et les questions relatives à l'*autorité parentale*, l'auteur applique aussi ses principes (n. 362), mais en cas de séparation, il prévoit une exception, sorte de clause échappatoire particulière, selon laquelle on devrait plutôt appliquer la loi de la résidence habituelle de l'enfant (celle du parent avec lequel il réside habituellement), car, selon lui, la loi gouvernant anciennement la famille n'a plus de rapport de proximité avec la situation. Cette exception est tout à fait raisonnable, même si le principe de l'option porte à la critique. En droit québécois, on parvient au même résultat par le biais de la présomption de l'article 80 al. 2 C.c.Q.¹⁴, appliquée de concert avec notre article 3093 C.c.Q.¹⁵, donnant compétence en principe à la loi du domicile de l'enfant. Dans le système de l'auteur, l'obligation alimentaire vis-à-vis de l'enfant devrait être régie par la même règle que celle gouvernant la garde (n. 364): celle-ci se traduirait par l'application de la loi de la résidence habituelle de l'enfant en cas de dissolution de la famille, ce qui revient à appliquer la loi du créancier d'aliment. Cette règle exceptionnelle nous paraît satisfaisante et correspond à une tendance internationale dominante.

En ce qui concerne l'*union libre*, si l'on considère la notion de conjoint de fait comme partie d'un statut personnel, plutôt que comme une pure situation de fait, éventuellement doublée de rapports contractuels, il est certain que l'option proposée par l'auteur (n. 359) est intéressante et ne pose pas de grand problème. Il ne faudrait cependant pas confondre l'option dont pourrait se prévaloir ces conjoints de fait, limitée à la loi nationale et à celle de la résidence habituelle, de leur plus grande liberté contractuelle d'organiser leurs rapports patrimoniaux, sujette à la règle de l'autonomie de la volonté telle qu'elle s'exprime dans le domaine contractuel, permettant éventuellement un choix de loi bien plus large dans les systèmes où l'on exige aucun lien étroit entre la situation et la loi choisie.

* * *

On peut admettre avec l'auteur que, dans un contexte migratoire dirigé vers l'Europe, dont le droit fonde majoritairement le rattachement du statut personnel sur la

¹⁴ Art. 80 C.c.Q. : «Le mineur non émancipé a son domicile chez son tuteur. Lorsque les père et mère exercent la tutelle mais n'ont pas de domicile commun, le mineur est présumé domicilié chez celui de ses parents avec lequel il réside habituellement, à moins que le tribunal n'ait autrement fixé le domicile de l'enfant».

¹⁵ Art. 3093 C.c.Q. : «La garde de l'enfant est régie par la loi de son domicile».

nationalité, l'idée de permettre à la volonté de dépasser le «hasard de la vie» (n. 394), que représente cette nationalité, constitue une heureuse proposition. Mais par rapport à un droit international privé rattachant les mêmes rapport de droit à la loi du domicile ou de la résidence habituelle, le progrès est bien moins évident et l'on peut avancer que le fait d'immigrer en un pays d'accueil exprime aussi bien une volonté de se soumettre à sa loi sans pouvoir en choisir une autre qui maintiendrait des inégalités et risquerait, à long terme, d'engendrer des problèmes sociaux.

En définitive, malgré les qualités indéniables de la thèse proposée, pour des raisons pratiques, nous préférons la solution de principe largement admise en Amérique du Nord, continent de forte immigration: l'application, moins subtile, solution «de masse» peut être, mais plus simple et très efficace, de la loi du domicile ou de la résidence habituelle. Dans certains cas particuliers, par contre, il est possible que l'admission de la proposition de M. Carlier puisse offrir une perspective intéressante.

De toute manière, incontestablement, l'un des grands mérites de l'ouvrage, dont nous conseillons bien sûr la lecture, est de permettre, à partir d'un point de vue dynamique et hautement original, la réévaluation de façon approfondie des solutions couramment admises et il faut rendre hommage à l'auteur d'avoir proposé là une véritable thèse.