

RUI MANUEL MOURA RAMOS

*Membre de l'Institut de Droit International*

*Professeur de la Faculté de Droit de l'Université de Coimbra  
Juge au Tribunal de Première Instance des Communautés européennes*

**DROIT INTERNATIONAL PRIVE  
VERS LA FIN DU VINGTIEME SIECLE:  
AVANCEMENT OU REcul?**

RAPPORT NATIONAL



## SOMMAIRE

1. *Introduction*
2. *Le dilemme entre justice conflictuelle et justice matérielle*
3. *Le conflit entre l'objectif de l'harmonie internationale et la promotion des intérêts étatiques*
4. *La tension entre les objectifs de flexibilité et sécurité juridique*
5. *L'antagonisme entre, ou la coexistence d'approches multilatéral, unilatéral et substantive*
6. *L'antagonisme entre, ou la coexistence de règles et approches dans le domaine du conflit de lois*
7. *L'antagonisme entre, ou la coexistence de "jurisdiction selecting rules" et règles ou approches en fonction du résultat*
8. *Objectifs ou intérêts étatiques, "false conflicts" et catégories analogues*
9. *Développements concernant la doctrine du renvoi*
10. *Développements concernant la doctrine de l'ordre public*
11. *Développements concernant la qualification*
12. *Développements concernant le phénomène du dépeçage*
13. *Autres développements méritant une mention*
14. *Conclusion*



### ABBREVIATIONS

AcP — Archiv für die zivilistische Praxis

BFDUC — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BMJ — Boletim do Ministério da Justiça

Clunet — Journal de Droit International

NILR — The Netherlands International Law Review

Recueil des Cours — Recueil des Cours de l'Académie de Droit  
International de La Haye

Rev. crit. dr. internat. privé — Revue critique de droit international privé

RDE — Revista de Direito e Economia

RIDC — Revue Internationale de Droit Comparé

RLJ — Revista de Legislação e de Jurisprudência

ZfRV — Zeitschrift für Rechtsvergleichung



## 1. Introduction

Le système portugais de droit international privé présente à la fin de notre siècle, pour ce qui est de son corpus, une différence majeure par rapport à la situation vécue à la fin du dix-neuvième: l'existence d'une codification cohérente et complète<sup>1</sup>. Cette caractéristique mise à part, on pourrait dire que ses autres traits distinctifs se sont conservés presque immuables. En effet, même si la pénétration des règles conventionnelles s'est élargie<sup>2</sup>, elle demeure malgré tout réduite surtout si on la compare à la situation existante dans la plupart des pays européens. D'autre part, la jurisprudence n'atteint pas une importance significative, n'arrivant même pas à développer toutes les possibilités offertes par les règles contenues dans les sources du droit écrit. Enfin, la doctrine

---

<sup>1</sup> Nous parlons du système de règles de conflit contenu dans le Code Civil de 1966, articles 14 à 65. Sur ses traits fondamentaux, voir Ferrer Correia, *O Novo Direito Internacional Privado Português (Alguns Princípios Gerais)* [Le Nouveau Droit International Privé Portugais. Quelques Principes Généraux], *BFDUC*, 48 (1972), p. 1 et s. et Inocencio García Velasco, *Concepción del Derecho Internacional Privado en el nuevo código civil portugués*, 1971, Universidad de Salamanca. Ce système a fait l'objet d'une réforme limitée, par le Décret-loi n° 496/77, du 25 novembre 1977. Sur les objectifs et la portée de cette réforme, voir Moura Ramos, "Portugal — Droit de la famille — Dispositions intéressant le droit international privé", *Rev. crit. dr. internat. privé*, 67 (1978), p. 598 et s., Ferrer Correia, "A reforma do Código Civil e o direito internacional privado" [La réforme du Code Civil et le droit international privé], *BMJ*, 283 (Février de 1979), p. 19 et s., Almeno de Sá, "A revisão do Código Civil e a Constituição" [La Révision du Code Civil et la Constitution], *RDE*, 3 (1977), p. 425, p. 443 à 445 et Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* [Cours de Droit International Privé], 2ème édition, Coimbra, 1982, Almedina, p. 404 et 422-426.

<sup>2</sup> Pour une perspective d'ensemble, bien que limitée aux Conventions de La Haye, sans doute les plus importantes, voir Moura Ramos, "The impact of the Hague Conventions on Portuguese Private International Law", *NILR*, 40 (1993), p. 79 et s.

maintient le rôle qui lui est toujours revenu dès l'origine de notre système: après avoir été à la genèse des solutions de nature légale, elle a été responsable de sa systématisation et de son développement, aussi bien que de la critique respective. On pourrait bien dire ainsi que la codification portugaise de droit international privé, loin de se présenter comme une *judge-made law*, comme cela arrive dans les pays de *common law* mais aussi dans certains de ceux de droit écrit<sup>3</sup>, apparaît plutôt comme un *Professorenrecht* où l'influence de la pensée juridique développée au Portugal s'est révélée essentielle<sup>4</sup>.

La présence d'un effort de codification, réalisé surtout dans les années soixante, est ainsi un autre trait fondamental du système, qui s'ajoute à l'importance qu'y revêt la doctrine et qu'en constitue d'une certaine façon un révélateur. Il faudra leur joindre, en partant de cette époque-là et jusqu'à l'actualité, et au-delà d'un renouveau de l'ouverture au droit conventionnel qui avait caractérisé l'aube de notre siècle<sup>5</sup>, l'essor de réglementations particulières de droit matériel souvent accompagnées de règles fixant leur propre domaine spatial d'application (et qui constituent donc des *self-limiting rules*<sup>6</sup>) et,

---

<sup>3</sup> Nous pensons à la France et au rôle joué dans le développement du système de droit international privé de ce pays par la *Cour de cassation*. Voir à ce propos, déjà Henri Batiffol, "L'oeuvre constructive récente de la jurisprudence française en droit international privé", in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1965, Dalloz, p. 77 et s.

<sup>4</sup> Wilhelm Wengler a souligné ("Der Entwurf für ein neues portugiesisches Zivilgesetzbuch", *AcP* 167 (1967), p. 65), à propos des dispositions concernant le droit international privé du projet qui a abouti au code civil de 1966, et qui se retrouvent presque dans leur totalité dans le texte finalement approuvé, la connaissance y révélée par ses auteurs des nouvelles doctrines scientifiques, notamment de la littérature allemande, qui en démontrerait une compréhension qui dépasserait celle qui aurait lieu dans la pratique allemande.

<sup>5</sup> Voir à ce propos Moura Ramos, "A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: A Participação de Portugal e o papel da organização na codificação internacional do direito internacional privado" [La Conférence de La Haye de Droit International Privé: La Participation du Portugal et le rôle de l'organisation dans la codification internationale du droit international privé], in *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Madrid, 1993, Eurolex, p. 17 et s.

<sup>6</sup> Voir, par exemple, l'article 2 du Décret-loi n° 422/83, du 3 décembre 1983 sur la protection de la concurrence, l'article 33 du Décret-loi n° 446/85, du 25 octobre 1985, portant réglementation des conditions générales des contrats (aujourd'hui abrogé par l'article 2 du Décret-loi n° 220/95, du 31 janvier 1995 — sur la portée de cette modification législative, voir notre étude citée à la note suivante), l'article 38 du Décret-loi n° 178/86, du 3 juillet 1986, sur le contrat d'agence ou de représentation commerciale, l'article 36 du Décret-loi n° 248/86, du 25 août 1986, sur l'établissement commercial individuel à responsabilité limitée et l'article 20 du Décret-loi n° 359/91, du 21 septembre 1991, sur les contrats de crédit à la consommation.

Pour une version française des quatre premières dispositions citées, voir "Portugal — Dispositions intéressant le droit international privé", *Rev. crit. dr. internat. privé*, 77 (1988), p. 631 et s., et, pour un commentaire, Moura Ramos, "Aspects récents du droit international privé au Portugal", *ibidem*, p. 473 et s.



dernièrement, l'influence des solutions arrêtées, soit au niveau conventionnel soit par des actes de droit dérivé, au sein des Communautés Européennes <sup>7</sup>.

Les considérations que nous ferons par la suite, et qui essaient de suivre la ligne proposée par notre Rapporteur général, tiendront à l'esprit ces caractéristiques générales du système et en seront d'une certaine façon un révélateur.

## 2. *Le dilemme entre justice conflictuelle et justice matérielle*

La contre-position dilemmatique entre une justice conflictuelle, se préoccupant notamment d'opérer le choix de l'ordre juridique le plus adéquat à régir un rapport de droit de nature hétérogène et une justice, disons matérielle ou substantielle, dont les coordonnées essentielles ne seraient pas du tout différentes de celles prévalant dans les autres branches du droit est bien connue de la doctrine portugaise de droit international privé, des positions différentes ayant été soutenues à son égard.

La spécificité de la perspective de la justice propre au droit international privé en tant que droit de conflits a surtout été soulignée au Portugal par Baptista Machado <sup>8</sup>. Pour cet auteur, la justice prônée par le droit de conflits est une justice formelle où la conséquence juridique de la norme (la règle de conflits) n'est pas déterminée par le législateur par référence à la nature des faits à régler, mais par rapport à la localisation de ces faits relativement à un système de normes, ou par référence à la position d'un système de normes pour ce qui est de certains faits concrets.

Pour sa part, Ferrer Correia, l'auteur qui a le plus influencé la doctrine portugaise de droit international privé, dans la deuxième moitié de notre siècle, semble partager cette ligne d'orientation, lorsqu'il écrit <sup>9</sup> que la justice du droit

---

<sup>7</sup> Sur l'influence de ces solutions dans un cas concret (la protection des consommateurs), voir Moura Ramos, "Remarques sur les développements récents du droit international privé portugais en matière de protection des consommateurs", in *E pluribus unum. Liber amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, Kluwer Law International, p. 235 et s.

<sup>8</sup> Voir surtout, dans les différents ouvrages de Baptista Machado, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*, [Domaine d'efficacité et domaine de compétence des lois], Coimbra, 1970, Almedina, surtout p. 161-173, "Les faits, le droit de conflits et les questions préalables", in *Multitudo Legum. Ius Unum. Festschrift für Wilhelm Wengler*, v. II, Berlin, 1973, Interrecht, p. 443 et s., p. 444-450 et *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 43 et s.

<sup>9</sup> Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* [Cours de Droit International Privé], 1973, Universidade de Coimbra, p. 38. Voir aussi "Les problèmes de codification en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 145 (1975-II), p. 56 et s., p. 130 et "Le principe de l'autonomie du droit international privé dans le système juridique portugais", in *Festschrift Gerhard Kegel*, Stuttgart, 1987, Kohlhammer, p. 119 et s., p. 120 et s.

international privé est d'une nature éminemment formelle, son vrai but étant celui de "promouvoir et [d'] assurer la continuité des situations juridiques interindividuelles à rattachement multiple, dans la mesure où cette caractéristique rend difficile leur reconnaissance dans plusieurs pays". Mais si c'est le modèle traditionnel de la règle de conflit qui somme toute lui semble préférable<sup>10</sup>, il ne demeure pas moins vrai qu'il souligne le rôle que les critères de justice matérielle et la considération des buts visés par les normes en compétition sont appelés à jouer dans la résolution des conflits de lois<sup>11</sup>. Et, dans la mesure où cette présence des valeurs matérielles se révèle dans le facteur de rattachement utilisé par une règle de conflit donnée, on pourra rapprocher de cette position celle de Madame Magalhães Collaço qui souligne à cet égard que la justice propre au droit de conflits s'exprime dans le facteur de rattachement<sup>12</sup>. Bien qu'à l'intérieur de la même orientation générale, nous avons nous-même rappelé que plutôt qu'une espèce distincte de justice, ladite justice conflictuelle ne serait rien d'autre que la forme dont la justice *tout court* (généralement appelée matérielle) se présente dans les situations à rattachement multiple<sup>13</sup>. Le différent profil révélé résulterait de la non coïncidence entre le milieu où se développent les rapports sociaux maîtrisés par le droit et l'unité qui peut imposer ou consensualiser l'accord sur les valeurs devant présider aux comportements humains. Les situations à rattachement multiple faisant intervenir, par définition, plusieurs systèmes juridiques, et donc plusieurs systèmes de valeurs, se proposant la réglementation des conduites sociales, la réalisation de la justice dans ces situations suppose l'accord sur l'ordre juridique dont la compétence devra, en chaque cas, être exercée.

On peut cependant remarquer que si la préférence pour une justice conflictuelle, spécifique aux rapports à caractère international, fait la règle au Portugal, cela n'exclut pas l'importance reconnue dans le système portugais de droit international privé au rôle joué par la justice matérielle proprement dite. Il suffit de prendre en considération les règles (à rattachement multiple alternatif) dont le but est de préserver la validité et l'efficacité de certains actes

---

<sup>10</sup> "Les problèmes de codification en droit international privé" (*cit. supra*, note 9), p. 115.

<sup>11</sup> *Idem, ibidem*, p. 85 et s.

<sup>12</sup> Isabel Magalhães Collaço, *Da qualificação em direito internacional privado* [De la qualification en droit international privé], Lisboa, 1964, Editorial Império, p. 27.

<sup>13</sup> Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* [De la loi applicable au contrat de travail international], Coimbra, 1990, Almedina, p. 256-257.

juridiques<sup>14</sup>, qu'on pourra considérer de vraies règles de conflit à rattachement matériel vu que la détermination de la compétence législative n'y est fonction d'aucune idée localisatrice mais plutôt de la recherche d'un but à caractère matériel. Et il arrive de même avec certaines dispositions qui s'intéressent en particulier à la protection de la partie faible au contrat. D'abord, et avec un caractère général, les numéros 2 et 3, de l'article 35 du Code Civil, d'après lesquels soit la valeur d'un comportement comme déclaration de volonté soit celle du silence doivent être appréciées d'après la loi de la résidence habituelle commune des contractants et, à défaut d'une telle résidence, respectivement, de la loi du lieu où le comportement a eu lieu et de celle du lieu où l'offre a été reçue, dans la mesure où ces solutions tendent à faire appliquer la loi de l'environnement juridique qui entoure un contractant donné<sup>15</sup>. Et, plus en particulier, l'article 38 du Décret-loi n° 178/86<sup>16</sup> qui prévoit que dans les contrats de représentation commerciale dont l'exécution a lieu d'une façon exclusive ou prépondérante en territoire portugais, on n'appliquera une loi autre

---

<sup>14</sup> Des exemples clairs de ce principe de *favor validitatis* on les retrouve aux articles 65, n° 1 (pour la forme des testaments) et 36, n° 2, (pour la forme des actes juridiques en général) du Code Civil: ces dispositions consacrent un choix de la loi en fonction du résultat, vu que la compétence des systèmes y indiqués découle du résultat (la validité formelle des actes en question) auquel amènera l'application de leurs dispositions.

<sup>15</sup> Ces rattachements spéciaux ne doivent pas être utilisés que si la loi considérée compétente par le n° 1 (la loi qui serait applicable si le contrat ou la déclaration de volonté auraient été valables — la *lex hypothetici contractus*) permet d'affirmer l'existence d'un contrat dans des cas où les lois indiquées par les n°s 2 et 3 ne permettent pas de consacrer un tel résultat. Le veto négatif que ces dispositions imposent à l'application de la *lex hypothetici contractus* ne protège donc une partie qui serait nécessairement la plus faible, mais plutôt la partie qui a insuffisamment réagi (ou qui n'a pas réagi du tout) à une offre contractuelle et qui pourrait, d'après une telle loi, rester liée par son comportement (actif ou passif); comme cela arrive avec l'article 8, 2, de la Convention de Rome. Il y a donc un clair ingrédient de protection dans ces dispositions, même si une telle protection peut profiter à un contractant qui n'aura forcément pas une position plus faible par rapport à celle de sa contrepartie. Sur cette disposition, et dans ce sens, voir Erik Jayme, "O risco da diversidade linguística em direito internacional privado" [Le risque de la diversité linguistique en droit international privé], *Scientia Juridica*, 28 (1979), p. 17, Gerfried Fischer, *Verkehrsschutz im internationalen Vertragsrecht*, Köln, 1990, Carl Heymanns Verlag, p. 329, Manfred Kost, *Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht*, Frankfurt am Main, 1995, Peter Lang, p. 139 et, dans la doctrine portugaise, Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 351-352 et, dernièrement, Frada de Sousa, *Conflito de cláusulas contratuais gerais e consenso no comércio internacional* [Conflit de conditions générales des contrats et consensus dans le commerce international], Coimbra, 1996, thèse photocopiée, p. 136-145.

<sup>16</sup> Cité supra, note 6.

que la loi portugaise, en matière de terminaison du contrat, qu'au cas où elle se révèle plus favorable au représentant <sup>17</sup>.

### 3. *Le conflit entre l'objectif de l'harmonie internationale et la promotion des intérêts étatiques*

Il découle des considérations précédentes que l'harmonie internationale des décisions (ou harmonie juridique internationale) est vue par une partie significative de la doctrine portugaise (celle précisément qui prône l'idée d'une justice conflictuelle) comme un principe répondant à l'idée centrale du droit international privé, cette dernière étant celle d'assurer la continuité et l'uniformité de réglementation des situations issues du commerce juridique international <sup>18</sup>. Les intérêts fondamentaux à la base de cette discipline seraient, dans ce sens, ceux tenant à la protection des expectatives des individus, de la stabilité et l'uniformité de la réglementation de leurs situations juridiques, ce qui nous ramène donc à des valeurs d'une justice formelle <sup>19</sup>.

Cet accord pour ce qui concerne l'essentiel n'exclut cependant pas que l'insuffisance de cette idée-force en tant que critère de choix de la loi applicable aurait été reconnue et que la présence d'autres objectifs ait été signalée <sup>20</sup>. Au-delà de la référence à la justice matérielle <sup>21</sup>, mention doit être faite, à ce propos, à la promotion des intérêts étatiques.

---

<sup>17</sup> A propos de ces solutions, voir Moura Ramos, "Contratos internacionais e protecção da parte mais fraca no sistema jurídico português" [Contrats internationaux et protection de la partie la plus faible dans le système juridique portugais], in *Contratos: Actualidade e Evolução* [Contrats: Actualité et Evolution], Porto, 1997, Universidade Católica Portuguesa — Centro Regional do Porto, p. 331 et s., p. 343-349. Voir aussi Manuel Jorge, "Rattachements alternatifs et principe de proximité: les apports récents du droit international privé portugais", in *Droit International et Droit Communautaire*, Paris, 1991, Fondation Calouste Gulbenkian, p. 213 et s.

<sup>18</sup> Ainsi Ferrer Correia, "Les problèmes de codification en droit international privé" (*cit. supra*, note 9), p. 131. Voir aussi, du même auteur, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, note 9), p. 39 et s.

<sup>19</sup> Dans ce sens, Baptista Machado, "Les faits, le droit de conflits et les questions préalables" (*cit. supra*, note 8), p. 449. Pour des développements plus significatifs de la pensée de cet auteur, voir *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis* (*cit. supra*, note 8), p. 174-184 et *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, note 1), p. 46-51. Soulignant les liens entre une telle conception et la construction savignienne du droit privé, voir Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, note 13), p. 233 et s.

<sup>20</sup> Ainsi, par exemple, Ferrer Correia, "Les problèmes de codification en droit international privé", (*cit. supra*, note 9), p. 131.

<sup>21</sup> Cfr. *supra*, n° 2.

Cette orientation ne nous apparaît cependant pas de la même façon qu'aux Etats Unis où des auteurs comme Brainerd Currie <sup>22</sup> l'ont transformée dans le seul critère pour la résolution des problèmes du droit international privé. Au contraire, dans la doctrine portugaise, la présence des intérêts étatiques et de leur promotion apparaît plutôt comme une considération exceptionnelle ou du moins à portée tendancielle limitée, qui est cependant à la base du jeu d'une catégorie particulière de règles matérielles <sup>23</sup> — les lois d'application immédiate dans la terminologie française — ou même d'une nouvelle méthode à laquelle on ne saurait contester l'autonomie à l'égard du procédé conflictuel <sup>24</sup>. Au vu de l'importance des intérêts qu'elles visent protéger, ces règles-là délimitent leur champ d'application sans prendre en compte les déterminations des règles de conflit, imposant donc leur application chaque fois que le but qu'elles poursuivent exige leur application au cas d'espèce.

On pourra citer à titre d'exemple l'article 1, n° 2, de la loi sur la défense de la concurrence <sup>25</sup> qui prévoit son application aux pratiques restrictives de la concurrence qui ont lieu en territoire portugais ou qui peuvent y avoir des effets. Si cette règle n'écarte pas le jeu des règles de conflit (bilatérales) du for, il ne demeure pas moins vrai qu'elle impose l'application des dispositions du décret-loi en question chaque fois que la pratique restrictive de la concurrence a lieu en territoire portugais ou produit ses effets au Portugal. C'est donc l'importance de l'intérêt général dont la protection est en question (la défense de la concurrence) qui est à la base d'une détermination autonome du champ d'application des dispositions qui en ont pour but la sauvegarde.

On dira de même de la législation s'adressant au licenciement des travailleurs, à propos de laquelle la jurisprudence avait constaté qu'elle

---

<sup>22</sup> Pour un exposé de cette doctrine et d'autres avec la même inspiration, voir Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. supra, note 13), p. 592 et s. et Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata em direito internacional privado. Esboço de uma teoria geral* [Les normes d'application immédiate en droit international privé. Esquisse d'une théorie générale], Coimbra, 1991, Almedina, p. 332 et s.

<sup>23</sup> A ce propos, Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. supra, note 13) p. 659 et s.

<sup>24</sup> Dans ce sens, Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata em direito internacional privado* (cit. supra, note 22), v. II, p. 964 et s.

<sup>25</sup> Décret-loi n° 371/93, du 29 octobre 1993 (*Diário da República*, Ière Série-A, n° 254, du 29 octobre 1993).

s'appliquait (avant l'entrée en vigueur au Portugal de la Convention de Rome) chaque fois que le contrat de travail était exécuté au Portugal<sup>26, 27</sup>.

Enfin, la récente législation sur les contrats de crédit à la consommation<sup>28</sup> prévoit aussi, à son article 20, qu'elle s'applique, indépendamment de la loi régissant ce contrat, chaque fois que le consommateur a sa résidence habituelle au Portugal dès que la conclusion du contrat ait été précédée d'une offre ou publicité faite au Portugal et le consommateur y ait émis sa déclaration de volonté.

Il faudra cependant souligner que cette attention aux intérêts étatiques et à leur promotion, bien qu'étant considérée comme une exception ou limitation au jeu du système conflictuel, se voit reconnaître une portée bien délimitée et en principe exceptionnelle.

#### 4. *La tension entre les objectifs de flexibilité et sécurité juridique*

Comme cela arrive avec les systèmes de droit où les sources législatives jouent un rôle majeur, le droit international privé portugais s'inspire plutôt de la sécurité juridique, les règles de conflit étant surtout caractérisées par leur rigidité. Ceci étant, des clauses d'exception à caractère général<sup>29</sup>, assurant la flexibilité

---

<sup>26</sup> Voir l'arrêt du Tribunal da Relação do Porto [Cour d'appel de Porto] du 25 novembre 1991 (*in Colectânea de Jurisprudência* [Recueil de Jurisprudence], 1991, t. 5, p. 232-234).

<sup>27</sup> Pour d'autres exemples, voir Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, note 13), p. 659 et s. et Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata em direito internacional privado* (*cit. supra*, note 22), p. 898 et s.

Il arrive parfois, même si moins souvent, qu'une disposition donnée confirme qu'elle ne veut pas être vue comme un *overriding statute*, une règle dont le domaine d'application dépasserait la compétence du système auquel elle appartient. C'est ce qui se passe avec l'article 6 du Décret-loi n° 119/82, du 20 avril 1982 (*DR*, Ière Série, n° 91, du 20 avril 1982), qui dispose que le régime particulier de suspension du droit de déclarer la résolution unilatérale d'un contrat que cet acte normatif impose dans certaines circonstances indiquées dans l'article 1er "ne peut pas être invoqué aux effets de l'article 22 du Code Civil (réserve de l'ordre public international) quand la loi applicable au contrat est, d'après les règles de conflit portugaises, une loi étrangère". La *ratio* de la disposition et la façon dont une telle possibilité est admise pouvant laisser des doutes à ce propos, le législateur a voulu précisément les écarter (voir Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, *cit.*, p. 679, note 648).

<sup>28</sup> Décret-loi n° 359/91, du 21 septembre 1991 (*in Diário da República*, Ière Série-A, n° 218, du 21 septembre 1991, p. 4998 et s.).

<sup>29</sup> Sur cette figure, Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, note 13), p. 398 et s. et "Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — Portugal", *in Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — ou le principe de proximité* (préparé par D. Kokkini - Iatridou), Dordrecht, 1994, Martinus Nijhoff Publishers, p. 273 et s. et Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata em direito internacional privado* (*cit. supra*, note 22), p. 397 et s.

des règles de conflit, y étaient inconnues jusqu'à l'entrée en vigueur<sup>30</sup> de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Cela n'empêche pas, toutefois, que la doctrine portugaise ait depuis longtemps souligné le caractère subordonné de la règle de conflit à l'égard des valeurs qui en constituent le fondement et son rôle instrumental pour ce qui est de la réalisation des objectifs majeurs du droit international privé<sup>31</sup>: ce qui implique que son application doit être écartée lorsque la démarche proposée par une telle règle puisse mettre en danger la réalisation de ces valeurs-là<sup>32</sup>. Si les auteurs se disputaient à propos des mérites d'une clause d'exception à caractère général<sup>33</sup>, son importance a été soulignée en particulier à propos de l'interprétation de la règle de conflit en matière de rapports entre les époux<sup>34</sup> et le système de droit international privé portugais connaît ce qu'on peut appeler des clauses d'exception spéciales fermées<sup>35</sup> en matière de responsabilité délictuelle.

Tout d'abord, une clause d'exception spéciale à l'article 45, n° 3, du Code Civil, qui amène à exclure l'application de la loi en principe compétente<sup>36</sup> lorsque, l'auteur et la victime ayant la même nationalité ou, à défaut, la même résidence habituelle, ils se trouvent occasionnellement en pays étranger. Dans ces circonstances, la loi applicable sera celle de la nationalité ou de la résidence habituelle communes, sans préjudice des dispositions de l'État du lieu qui doivent s'appliquer indistinctement à toutes les personnes.

---

<sup>30</sup> Le 1<sup>er</sup> septembre 1994.

<sup>31</sup> Voir en ce sens Moura Ramos, "Dos direitos adquiridos em direito internacional privado" [Sur les droits acquis en droit international privé], *BFDUC*, v. L (1974), p. 175-217 (211-214) et *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, note 13), p. 379-382 et Ferrer Correia, "Les problèmes de codification en droit international privé", (*cit. supra*, note 9), p. 114.

<sup>32</sup> Ainsi Baptista Machado, *Lições de direito internacional privado* (*cit. supra*, note 1), p. 168-170.

<sup>33</sup> Voir, pour ce débat, Moura Ramos, "Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflit de juridictions — Portugal" (*cit. supra*, note 29), p. 279-281.

<sup>34</sup> On a parlé à ce propos de clause d'exception implicite. Voir José Cunhal Sendim, "Notas sobre o princípio da conexão mais estreita no direito internacional privado matrimonial português" [Notes sur le principe du rattachement plus étroit dans le droit international privé matrimonial portugais], *Direito e Justiça*, v. VII (1993), p. 311-375, p. 349-369.

L'article 52 du Code Civil soumettant les rapports entre époux à la loi nationale commune, à défaut à la loi de la résidence habituelle commune et à défaut à la loi présentant avec la vie familiale des rapports plus étroits, on a soutenu que les deux premiers rattachements fussent écartés lorsqu'il aura été démontré d'une façon non équivoque que la vie familiale présente les liens les plus étroits avec un autre ordre juridique.

<sup>35</sup> Clauses d'exception fermées parce que le mécanisme correcteur qu'elles contiennent n'amène pas le juge à découvrir la loi des liens les plus étroits mais lui fait suivre une autre direction choisie d'avance par le législateur.

<sup>36</sup> Celle de la loi de l'État où s'est réalisée l'activité principale qui a causé le préjudice — article 45, n° 1.

Par la suite, une clause spéciale fermée, mais ayant maintenant un but substantiel, écarte l'application de la loi du lieu du fait générateur en bénéfice de celle du lieu du dommage si cette dernière loi prévoit l'auteur comme responsable mais qu'il n'en soit pas de même de la première loi, si l'auteur aurait dû prévoir la production des dommages dans ce pays en tant que conséquence de son acte ou omission (article 45, n° 2).

Soit dans l'un ou autre des cas, la flexibilité se limite au pouvoir d'écarter l'ordre juridique en principe choisi (effet négatif), le juge devant alors suivre l'indication concrète du législateur et n'étant pas autorisé à déterminer la loi applicable au vu de son interprétation des exigences générales du système dans le cas d'espèce. Un tel pouvoir (il s'agit ici de la seule règle de conflit vraiment souple) n'existe qu'à l'égard des articles 52 (rapports entre époux) et 60, n° 2 (constitution de l'adoption par des époux ou par une seule personne lorsque l'adopté est l'enfant de son conjoint). Le recours à la loi ayant des liens les plus étroits avec la vie familiale semble se présenter comme découlant d'un vrai constat d'échec devant l'effort de trouver un rattachement qui puisse se référer à une donnée commune aux deux conjoints: c'est ce qui arrive lorsqu'ils n'ont ni la même nationalité ni la même résidence habituelle.

Dans ces conditions, on s'accordera à constater la primauté reconnue aux valeurs de sécurité juridique à l'égard de celles se rapportant à la flexibilité dans les règles de conflit. Une conclusion qui est encore renforcée par le refus, au Portugal, de tout abandon du système de la règle de conflit au profit d'une décision judiciaire à caractère casuistique, dans le sillage de David Cavers.

##### 5. *L'antagonisme entre, ou la coexistence d'approches multilatéral, unilatéral et substantive*

La conception de justice (conflictuelle) dont la primauté est assurée au sein du droit international privé portugais est à l'origine, comme nous l'avons souligné<sup>37</sup>, du rôle dévolu au principe de l'harmonie juridique internationale dans ce système de droit. Il est également vrai que la réalisation de ce principe ne serait pas possible si les options du législateur portugais auraient été dans le sens d'une quelconque préférence pour l'application de la *lex fori*. Bien au contraire, l'orientation suivie à ce propos au Portugal s'inspire, ici comme à d'autres propos<sup>38</sup>, d'une idée d'égalité de traitement entre la loi du for et les

---

<sup>37</sup> *Supra*, n° 4.

<sup>38</sup> Sur ce point voir, plus en détail, Ferrer Correia, "Une codification nationale à l'épreuve du principe d'égalité: le Code Civil portugais de 1966 "revisited"", in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, v. IV, Milano, 1987, Giuffrè, p. 63 et s.



différentes lois étrangères. Ce n'est qu'un tel critère qui peut assurer l'universalisation des solutions de conflit, ce qui fait que la structure bilatérale de la règle de droit international privé soit la seule qui semble convenir aux buts que cette branche du droit se propose.

Ceci étant, il n'est pas surprenant du tout que l'ensemble de règles de conflit contenues dans le Code Civil Portugais se caractérise par sa fidélité à la méthode bilatérale, les cas de coexistence avec d'autres procédés étant rares <sup>39</sup>.

Cependant, une structure unilatérale a été adoptée par la règle de l'article 28, n° 1, du Code Civil, qui n'admet pas l'annulation, pour cause d'incapacité, d'un acte juridique pratiqué au Portugal par une personne incapable selon sa loi personnelle <sup>40</sup> si la loi portugaise, au cas où elle serait compétente, considèrerait cette personne comme capable <sup>41</sup>. Mais cette dérogation à la compétence de la loi personnelle (et à la structure bilatérale du système de conflit) a une portée bien réduite: déterminée par les intérêts généraux de la protection du commerce juridique, elle fait elle-même l'objet d'une bilatéralisation, lorsque le numéro 3 du même article prescrit que si l'acte est pratiqué par un incapable dans un pays étranger, on appliquera la loi de ce pays-là qui comporte des règles identiques à celles prévues aux alinéas précédents.

Une autre règle de conflit unilatérale, celle de l'article 51, n° 2, impose que le mariage à l'étranger de deux portugais ou entre portugais et étranger, dans le cas où il est contracté devant les agents diplomatiques ou consulaires de l'État Portugais ou devant les ministres du culte catholique, soit toujours précédé d'une procédure de publications au cas où la loi portugaise ne la dispense pas.

Pour ce qui regarde maintenant l'adoption de solutions de droit matériel pour des situations privées internationales, rappelons que l'article 26, n° 2, règle le conflit de présomptions de survie par référence au critère substantiel de l'article 68, n° 2, du Code Civil, qui consacre une présomption de mort simultanée. Cette solution n'intervient cependant pas comme une règle de droit du système portugais mais plutôt comme un critère de droit matériel auquel le législateur fait recours dans l'hypothèse de l'article 26, n° 2, au lieu de préférer la solution d'une des différentes lois en présence (dont même la loi du for) chaque fois que les présomptions de survie y consacrées soient divergentes. De même,

---

<sup>39</sup> Pour ce qui est de la présence d'autres procédés ou de structures normatives s'écartant du principe de l'égalité de traitement hors du Code Civil, voir *supra*, n.ºs 2 et 3.

<sup>40</sup> Une telle loi étant, selon l'article 31, n° 1, la loi nationale.

<sup>41</sup> Le numéro 2 du même article écarte la solution au cas où l'autre partie avait connaissance de l'incapacité ou, s'agissant d'un acte juridique qui est soit unilatéral, soit appartienne au droit de la famille ou des successions, soit concerne la disposition d'immeubles situés à l'étranger.

l'article 2223 du Code Civil conditionne aussi l'efficacité au Portugal d'un testament fait à l'étranger en accord avec les prescriptions de la loi étrangère compétente au respect d'une forme solennelle dans son établissement ou approbation <sup>42</sup>.

Ces cas étant des exceptions à l'orientation générale suivie dans toutes les autres règles de conflit, on peut conclure par l'attachement majoritaire du système portugais de droit international privé à la méthode dite bilatérale ou multilatérale.

#### 6. *L'antagonisme entre, ou la coexistence de règles et approches dans le domaine du conflit de lois*

Pour des raisons que nous avons déjà mentionnées <sup>43</sup>, on peut maintenant se borner à dire à ce propos que le système portugais de droit international privé donne très clairement la primauté à des règles de conflits rigides et à caractère localisateur, ne reconnaissant pas de place à d'autres approches qui se caractérisent par une hostilité à l'égard de règles préétablies et qui soulignent l'avantage de l'adoption de solutions plus ouvertes (*open-ended rules*) où le juge se limiterait à prendre en considération certains critères qui devraient le guider dans le choix de la loi à appliquer à une situation internationale donnée. Au-delà de la critique doctrinale qui s'est dressée à l'égard d'une telle voie de solution <sup>44</sup>, il faudra simplement mentionner que la réception au Portugal de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles <sup>45</sup> a mis la pratique judiciaire portugaise en contact avec les règles de conflits à caractère souple <sup>46</sup>. En effet, et jusqu'à ce moment-là, la seule référence dans notre système de droit international privé à "l'application

---

<sup>42</sup> Sur l'interprétation de cette disposition, voir, dernièrement, Guilherme de Oliveira, "Note sur l'arrêt du Supremo Tribunal de Justiça [Cour Suprême de Justice] du 12 mai 1992", in *RLJ*, v. 125 (1992-1993), p. 314 et s.

<sup>43</sup> Cfr. notamment *supra*, n° 4.

<sup>44</sup> Voir Ferrer Correia, "Les problèmes de codification en droit international privé" (*cit. supra*, note 9), p. 113.

<sup>45</sup> Voir *supra*, n° 4, et note 30.

<sup>46</sup> Sur ce système, dernièrement, Moura Ramos, "Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao direito internacional privado" [Prévision normative et développement juridictionnel dans les conventions communautaires de droit international privé], in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia* [Le Droit Communautaire et la Construction Européenne], Coimbra, 1998, (en cours de publication).

de la loi du pays avec lequel la vie familiale se trouve le plus strictement liée”<sup>47</sup> était plutôt un constat d’impuissance qu’un choix méthodologique du législateur de droit international privé<sup>48</sup>.

7. *L’antagonisme entre, ou la coexistence de “jurisdiction selecting rules” et règles ou approches en fonction du résultat*

Les remarques que nous avons fait jusqu’à présent semblent aller dans le sens d’une adhésion du système portugais de droit international privé au modèle des *jurisdiction-selecting rules*. En effet, nous avons déjà suggéré que le choix opéré par la règle de conflit est un choix entre ordres juridiques<sup>49</sup> et non pas, comme le soutenait David Cavers, entre dispositions de droit matériel. D’autre part, un tel choix obéissant surtout à des considérations de nature localisatrice, sauf dans la mesure citée où des considérations à caractère matériel sont prises en compte<sup>50</sup>, il semble que le paradigme de la catégorie de règles citée est celui qui préside à la conception générale du droit international privé portugais.

Une telle conclusion serait cependant trop précipitée et laisserait certainement dans l’ombre des aspects importants qui ne peuvent être oubliés si l’on veut caractériser d’une façon correcte le modèle qui est derrière le système conflictuel portugais.

En effet, et même si on oublie les exemples de règles de conflit à rattachement matériel que nous avons citées ci-devant<sup>51</sup>, il faut rappeler que l’application, à une situation matérielle donnée, de n’importe quelle règle appartenant à l’ordre juridique dont la compétence a été établie par le système conflictuel, ne peut pas se passer du contenu et des objectifs prônés par ces normes. Cela découle très nettement, et avec un caractère tout à fait général, de la règle de l’article 15 du Code Civil qui, en matière de qualification, exige

---

<sup>47</sup> Articles 52, n° 2 (relations entre les conjoints) et 60, n° 2 (Adoption par des personnes mariées ou adoption d’un enfant du conjoint de l’adoptant) du Code Civil, dans la rédaction introduite par la Réforme de 1977 (*supra*, note 1). Auparavant, la loi applicable était celle de la nationalité du mari, rattachement qui a été abandonné pour avoir été considéré contraire au principe constitutionnel de l’égalité des conjoints. Sur ce problème, et au-delà des ouvrages cités *supra* à la note 1, voir Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e Constituição* [Droit International Privé et Constitution], Coimbra, 1980, Coimbra Editora et *infra*, n° 13, b).

<sup>48</sup> Voir *supra*, n° 4, *in fine*.

<sup>49</sup> Cfr. *supra*, n° 5.

<sup>50</sup> Voir *supra*, n° 2, *in fine*, et n° 4.

<sup>51</sup> Les articles 45, n° 2, du Code Civil, 36, n° 2, et 65, n° 1, du même Code et également, par exemple, l’article 38 du Décret-loi n° 178/86. Voir *supra*, n° 2, *in fine*, et n° 4.

que l'application de chaque norme matérielle ne soit pas dissociée à la fois de son contenu et de la fonction qu'elle remplit dans l'ordre juridique auquel elle appartient<sup>52</sup>. D'autre part, le contenu et les buts des normes de droit substantiel sont aussi décisifs dans le cadre des normes spatialement conditionnées ou autolimitées, pour décider de leur non-application lorsqu'il en découle une volonté d'exclure cette application aux situations se trouvant liées à l'ordre juridique auquel elles appartiennent par un rattachement donné<sup>53</sup>.

On pourra donc prétendre que le droit international privé portugais, s'il n'adopte pas une *substantive-oriented* approche ne peut pas non plus être simplement classé du côté des systèmes se faisant l'écho d'une démarche du type *jurisdiction-selecting*.

#### 8. *Objectifs ou intérêts étatiques, "false conflicts" et catégories analogues*

Comme nous l'avons souligné ci-devant<sup>54</sup>, il y a à l'intérieur du système portugais de droit international privé des règles matérielles dont le domaine d'application dans l'espace dépend des précisions données par son libellé. Il s'agit des règles *autolimitées* (*spatially limited rules; normes fixant leur propre domaine d'application; selbstgerechte Sachnormen; Sachnormen mit abgrenzendem Tatbestandsmerkmal*) dont le domaine d'application dans l'espace (c'est-à-dire, leur application aux situations à rattachement multiple) dépend soit des indications fournies à cet égard par le législateur lui-même, soit de leur volonté d'application à ces situations qui peut être établie par l'interprète, compte tenu de la fonction jouée par ces dispositions à l'intérieur de l'ordre juridique. En principe l'existence de ces règles peut s'accommoder parfaitement avec le système conflictuel, si la fonction de ces dispositions, leur *ratio*, n'amène qu'à leur non-application à des situations à rattachement multiple pour lesquelles le droit portugais constituait l'ordre juridique compétent: c'est ce qui arrive notamment avec l'article 36 du Décret-loi n° 248/86 déjà cité<sup>55</sup>. Cette règle restreint le domaine d'application dans l'espace du régime particulier établi par

---

<sup>52</sup> Sur ce point, voir *infra*, n° 11.

<sup>53</sup> Voir, par exemple, et pour un cas où cette volonté de non-application se manifeste clairement, l'article 36 du Décret-loi n° 248/86, du 25 août 1986, concernant le régime de l'établissement commercial individuel à responsabilité limitée, d'après lequel ce statut particulier ne s'applique qu'au cas où un tel établissement sera constitué au Portugal et y aura son siège principal et effectif.

<sup>54</sup> *Supra*, n° 3.

<sup>55</sup> Voir *supra*, note 53.

le texte auquel elle appartient (la limitation de la responsabilité du commerçant individuel) aux situations où l'établissement sera constitué au Portugal et y aura son siège principal et effectif. D'après le système général de conflits, il suffisait que l'établissement soit situé au Portugal pour que la responsabilité du commerçant en question soit réglée par le droit portugais<sup>56</sup>. Mais l'objectif de l'article 38 précité est de rendre clair que le régime spécial de responsabilité qu'il prévoit<sup>57</sup> ne peut être applicable aux situations à rattachement multiple que si le commerçant a également constitué au Portugal<sup>58</sup> son établissement individuel à responsabilité limitée. Dans ces conditions, la possibilité accordée par ce texte reste réservée aux commerçants ayant constitué leur établissement au Portugal, tous les autres restant assujettis aux règles générales<sup>59</sup>.

Mais, dans d'autres cas, la *ratio* d'une règle légale, parfois explicitement révélée dans son libellé, peut exiger son application à des situations pour lesquelles l'ordre juridique portugais n'était même pas compétent d'après le système général de conflit de lois. Dans ces circonstances, la coexistence de cette approche avec l'ensemble des règles de conflits amène à une pluralité de méthodes ou de procédés à l'intérieur du système de droit international privé. C'est ce qui arrive avec les règles d'application nécessaire et immédiate<sup>60</sup> qui exigent leur application à des situations à rattachement multiple données, indépendamment de la compétence du système juridique portugais déterminée dans son ensemble par les règles de conflit. Dans ces situations, c'est la fonction de la règle elle-même (l'objectif qu'elle poursuit, l'intérêt étatique qui lui est sous-jacent) qui justifie leur application à des situations présentant un certain lien avec l'ordre juridique portugais, mais un lien qui n'est cependant pas suffisant pour fonder la compétence de cet ordre juridique d'après le système de conflits.

Cette construction, qui reconnaît l'existence de règles de droit matériel qui sont accompagnées d'une *Ausdehnungsnorm*, est partagée par l'ensemble de la doctrine portugaise de droit international privé, qui en a fait recours à propos

<sup>56</sup> Voir les articles 3 du Code des Sociétés Commerciales et 33, n° 2 du Code Civil.

<sup>57</sup> D'après le régime général, le commerçant répond avec tout son patrimoine pour les dettes qu'il a contractées dans son activité. Le Décret-loi n° 248/86 lui permet, par un processus déterminé, de limiter sa responsabilité à une partie de son patrimoine.

<sup>58</sup> En accord avec les dispositions du Décret-loi en question.

<sup>59</sup> Voir *supra*, note 53.

<sup>60</sup> Voir *supra*, n° 3.

de différentes réglementations de droit substantiel <sup>61</sup>. Les objectifs (*policies*) des lois matérielles en compétition sont donc ouvertement pris en compte par le système de droit international privé portugais même si on parle à ce propos plutôt de la finalité de la règle en question que de l'intérêt étatique dans son application à une situation donnée.

Concernant maintenant l'idée d'un *false conflict*, dans le sens d'une situation où au moins l'un des États, avec lequel la situation présenterait des liens, ne serait pas intéressé par l'application de la loi respective, elle n'est pas, en tant que telle, connue de notre doctrine. En effet, en principe, si une des règles en question ne veut pas être appliquée, parce qu'il s'agit d'une norme autolimitée, cela ne remet pas en question la compétence de l'ordre juridique auquel telle norme appartient, puisqu'une telle compétence ne découle pas de la règle en question mais du système de conflits de lois. Si une règle matérielle ne veut pas s'appliquer, et puisque la compétence de l'ordre juridique portugais n'est pas mise en question, d'autres règles de cet ordre juridique seront applicables, le cas échéant. Savoir donc dans quelle mesure une autre règle serait applicable, c'est un problème d'interprétation du système juridique qui ne pourra être résolu que dans le cas d'espèce <sup>62</sup>.

Si le rôle essentiel reconnu à la méthode conflictuelle dans le système portugais de droit international privé <sup>63</sup> écarte donc la parution de situations de

---

<sup>61</sup> Au-delà des auteurs et ouvrages cités *supra*, aux notes 23 et 24, cfr. Isabel de Magalhães Collaço, *Da Compra e Venda em Direito Internacional privado. Aspectos Fundamentais* [De la vente en droit international privé. Aspects fondamentaux], v. I, Lisboa, 1954, p. 315 et s., Baptista Machado, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das leis* (cit. *supra*, note 8), p. 269-280, Moura Ramos, *Direito internacional privado e constituição* (cit. *supra*, note 47), p. 112-123, "Aspects récents du droit international privé portugais" (cit. *supra*, note 6), p. 478-482 et "La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais", in *Droit International et Droit Communautaire* (cit. *supra*, note 17), p. 97 et s., p. 118 et s., Marques dos Santos, "Les règles d'application immédiate dans le droit international privé portugais", *ibidem*, p. 187 et s. et "Le statut des biens culturels en droit international privé", in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional* [Etudes de Droit International Privé et de Droit de la Procédure Civile Internationale], Coimbra, 1998, Almedina, p. 166 et s., p. 194-197, Ferrer Correia, "A venda internacional de objectos de arte e a protecção do património cultural" [La vente internationale d'objets d'art et la protection du patrimoine culturel], Coimbra, 1994, Coimbra Editora, p. 52 et s. et Lima Pinheiro, *Contratos de Empreendimento Comum em Direito Internacional Privado* [Contrats de coopération d'entreprises en droit international privé], Lisboa, 1996, thèse polycopiée, p. 608-628.

<sup>62</sup> Pour des exemplifications de ce raisonnement, voir Ferrer Correia, "Les problèmes de codification en droit international privé" (cit. *supra*, note 9), p. 114-115 et Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. *supra*, note 13), p. 648-656 et Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado* (cit. *supra*, note 22), p. 843-886.

<sup>63</sup> Ce rôle est limité par l'existence de règles d'application nécessaire et immédiate et de règles de droit international privé matériel mais, dans les situations où de telles règles se présentent et veulent être appliquées on ne saura pas, tout au contraire, parler de *false conflict*.

*false conflict*, dans le sens cité, il faut dire que dans certaines situations on arrive à un résultat qui ne s'éloigne pas trop de celui-ci. L'existence d'un *false conflict* ayant été invoquée pour souligner l'absence de nécessité de recours à une règle de conflit de lois, il faut dire qu'il a été affirmé dans la doctrine portugaise qu'un problème de choix de la loi (*a choice-of-law problem*) ne se présente pas dans les situations dites relativement internationales<sup>64</sup>, une fois que la situation n'ayant que des rattachements avec un seul système de droit étranger, celui-ci devra être appliqué eu égard à un principe universel de droit qui prescrit la reconnaissance des droits acquis et la protection de la continuité de la vie juridique des individus en garantissant leurs attentes légitimes<sup>65</sup>. On n'a donc besoin d'aucune règle de conflit de lois, de même que dans les situations où les diverses lois en question sont d'accord pour ce qui est du droit applicable. Et, afin de souligner qu'on n'éprouve donc la nécessité d'une règle de conflit, il est également possible de parler de *false conflict*, si bien que dans un contexte qui ne sorte pas du cadre du système conflictuel.

### 9. Développements concernant la doctrine du renvoi

A propos de la question du renvoi, on doit remarquer que le Code Civil Portugais de 1966, s'appuyant sur la doctrine et la pratique judiciaire qui l'ont immédiatement précédé, a élaboré un ensemble cohérent de solutions qui présente une originalité certaine. Nous nous bornerons donc à ce système de solutions auquel la jurisprudence postérieure n'a d'ailleurs, jusqu'à présent, apporté des développements significatifs.

Les tribunaux portugais avaient déjà, depuis l'aube de notre siècle, et avec l'appui exprès d'une partie de la doctrine, utilisé la théorie du renvoi<sup>66</sup>, cette utilisation s'étant prorogée jusqu'aux années soixante<sup>67</sup>, même si la doctrine dans sa majorité lui demeurait hostile.

---

<sup>64</sup> Dans la terminologie de Jitta, on désigne de cette façon les situations qui ne présentent de rattachements qu'avec un seul ordre juridique étranger mais dont le juge du for (portugais dans notre cas) doit juger.

<sup>65</sup> Voir Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 10-11 et "Autonomia do problema do reconhecimento dos direitos adquiridos em Machado Vilela e suas implicações" [Autonomie du problème de la reconnaissance des droits acquis chez Machado Vilela et ses conséquences], *Scientia Juridica*, 20 (1971), p. 398 et s., p. 402.

<sup>66</sup> Voir Veiga Beirão, "La théorie du renvoi devant les tribunaux portugais", *Clunet*, 35 (1908), p. 367 et s. et l'arrêt d'un tribunal de Lisbonne du 6 avril 1907 y cité.

<sup>67</sup> Voir les arrêts du Supremo Tribunal de Justiça [Cour Suprême de Justice] du 15 novembre 1921 (avec la note critique de Mário de Figueiredo), in *BFDUC*, 7 (1921-1923), p. 109 et s., du

Au contraire, le Code Civil de 1966, qui dans le premier article où il a traité la question semble se placer apparemment dans la même ligne <sup>68</sup>, se range nettement plutôt, de par l'ampleur des exceptions (ou des déviations) qu'il consacre à cette règle générale, du côté de ceux qui prônent une position favorable au renvoi. Ainsi, les n° 1 des articles 17 et 18, qui s'adressent respectivement aux hypothèses de renvoi au deuxième degré (*Weiterverweisung*) et de renvoi au premier degré (*Rückverweisung*) acceptent expressément le renvoi dès que celui-ci permette d'atteindre l'harmonie juridique internationale <sup>69</sup>. Le Code adopte donc une position intermédiaire sur cette question, qui s'écarte soit de la théorie de la référence matérielle (*Sachnormverweisung*), soit de celle de la référence globale (*Gesamtverweisung*), soit de la *foreign court theory*. Au lieu de ces conceptions rigides, il préfère concevoir le renvoi comme un outil (*Rechtsbehelf*) auquel on fait recours chaque fois qu'il peut amener à un résultat souhaitable, celui de l'harmonie juridique internationale (*Entscheidungseinklang*) <sup>70, 71</sup>.

Toutefois, cette harmonie de solutions entre le système de la *lex fori* et celui d'une loi désignée par cette dernière n'est pas suffisante pour justifier le renvoi dans le domaine du statut personnel. En effet, le n° 2 de l'article 17 écarte le renvoi (qui serait admis par la règle du n° 1) chaque fois que la *lex domicilii* est la loi du for ou que cette même *lex domicilii* fait une référence

---

8 octobre 1935 (*in RLJ*, 68 (1935-1936), p. 284), du 4 décembre 1936 (*in Revista dos Tribunais*, 55 (1937), p. 23), du 28 octobre 1952 (*in RLJ*, 85 (1952-1953), p. 263 et s., avec note défavorable de Alberto dos Reis), du 1er mai 1953 (*BMJ*, 37 (juillet 1953), p. 293), du 23 janvier 1959 (*in BMJ*, 83 (février 1959), p. 393 et s.) et du 21 juin 1960 (*BMJ*, 98 (juillet 1960), p. 490).

<sup>68</sup> L'article 16 dispose, en effet, que "lorsqu'une règle de conflit déclare compétente une loi étrangère, cette déclaration ne détermine, sauf disposition contraire, que l'application du droit interne de cette loi".

<sup>69</sup> Dans la première situation, si la loi tierce accepte la compétence qui lui est dévolue et, dans le deuxième cas, si la loi que le système du for estime compétente fait à ce même système une référence matérielle. Cette approche du mécanisme du renvoi était déjà soutenue d'une façon claire dans notre doctrine par Ferrer Correia, "La question du renvoi dans le nouveau code civil portugais", *in Miscellany in honor of Charalambos Fragistas*, v. II, Thessaloniki, 1967, p. 339 et s., Isabel de Magalhães Collaço, *A devolução na teoria da interpretação e aplicação da norma de direito internacional privado* [La dévolution dans la théorie de l'interprétation et de l'application de la règle de droit international privé], Coimbra, 1959, Coimbra Editora, notamment p. 41 et s., et Vasco Tabora Ferreira, "La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Portugal", *Recueil des Cours*, 89 (1956-I), p. 605 et s., p. 622.

<sup>70</sup> Sur l'importance de cette valeur dans le système de droit international privé portugais, voir *supra*, n° 3.

<sup>71</sup> Pour un exposé des solutions du Code Civil portugais sur le renvoi, voir Ferrer Correia, "La question du renvoi dans le nouveau Code Civil Portugais" (*cit. supra*, note 69).



matérielle à la loi nationale <sup>72</sup>. Et le n° 2 de l'article 18, exige, pour l'acceptation du renvoi au premier degré, et au-delà de la condition générale mentionnée ci-devant <sup>73</sup>, que la *lex domicilii* soit la loi du for ou une loi renvoyant à la *lex fori* avec une référence matérielle. Derrière ces solutions, pour lesquelles la doctrine a donné des explications différentes <sup>74</sup>, il y a l'idée que, en matière de statut personnel, il n'y a pas d'harmonie juridique internationale authentique sans l'accord de la *lex patriae* et de la *lex domicilii*, les deux lois fondamentalement intéressées dans ce domaine. Ceci étant, le renvoi ne serait vraiment justifié qu'en présence de cet accord, son acceptation ne s'imposant pas à la lumière du raisonnement cité, dans les cas où il fait défaut.

Nonobstant l'argumentation que nous venons d'exposer, le n° 3 de l'article 17, consacre encore une autre hypothèse de renvoi au deuxième degré, dans certaines matières appartenant au statut personnel <sup>75</sup>, quand la loi à laquelle renvoie la loi nationale est la loi de la situation des immeubles et celle-ci s'estime compétente. Il s'agit ici, bien évidemment, d'une application indirecte du principe de la *Näherberechtigung* et de l'idée d'effectivité qui lui est sous-jacente: le législateur n'ayant pas suivi en général cette doctrine, il a malgré tout estimé que le renvoi à la *lex rei sitae* se justifiait, en matière de statut personnel, même en absence d'un accord entre la *lex patriae* et la *lex domicilii*, s'il traduisait l'accord entre la loi nationale et la loi de la situation des immeubles; ce que revient, de toute évidence, à souligner l'importance du rattachement à cette dernière loi.

Au-delà du principe de l'harmonie internationale des décisions, une autre idée inspire aussi la réglementation du renvoi dans le Code Civil Portugais — celle de la conservation des actes juridiques (*favor negotii*). Cette idée se présente avec un double versant. D'une part, et comme nous l'avons déjà dit ci-devant <sup>76</sup>, en matière de forme, le renvoi de la loi du lieu de célébration de l'acte à n'importe quelle autre loi est accepté à condition que ce dernier ordre juridique permette de préserver la validité de l'acte qui serait nul à l'égard de la

---

<sup>72</sup> La loi nationale est la loi compétente en matière de statut personnel (article 31, n° 1).

<sup>73</sup> *Supra*, note 69.

<sup>74</sup> Voir Ferrer Correia, "La question du renvoi dans le nouveau Code Civil Portugais" (*cit. supra*, note 69), p. 359-362 et Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, note 1), p. 199-201 et 203-216.

<sup>75</sup> Il s'agit de la tutelle, la curatelle, les rapports patrimoniaux entre époux, la puissance paternelle, les rapports entre adoptant et adopté et les successions à cause de mort.

<sup>76</sup> Voir *supra*, n° 2, *in fine*, et note 14.

*lex loci celebrationis*<sup>77</sup>. D'autre part, et au-delà de cet effet positif du principe du *favor validitatis*, l'article 19, n° 1, lui reconnaît en outre un effet neutralisant le renvoi. Cette disposition prescrit d'écarter le renvoi permis par les règles des articles 17 et 18 au cas où le renvoi conduirait à la nullité ou à l'inefficacité d'un acte juridique (ou à la méconnaissance d'un état) qui sans le renvoi serait valable ou efficace. La solution ayant pour but le développement du commerce international, elle suppose donc que les parties aient placé la confiance dans la validité de l'acte. On ne peut donc la justifier que si elles ont pu croire à l'application de la loi désignée par la *lex fori*, ce qui implique qu'elles auraient été en contact avec ce dernier ordre juridique au moment de la célébration de l'acte<sup>78</sup>.

Enfin, l'article 19, n° 2, écarte aussi le renvoi chaque fois que la loi applicable est désignée par les parties elles-mêmes. Si l'autonomie des parties est à l'origine de la compétence de l'ordre juridique, le respect de la volonté qu'elles ont exprimé (et qui reste dans ces conditions le fondement de la règle de conflit) écarte tout naturellement le renvoi.

C'est l'inspiration des solutions du Code Civil Portugais dans les principes de l'harmonie des solutions et du *favor validitatis* et surtout la fidélité qu'elles témoignent au principe de l'égalité de traitement<sup>79</sup>, qui fait sa singularité parmi les autres constructions où il arrive rarement que le renvoi au premier et au deuxième degrés dépendent des mêmes conditions<sup>80</sup>.

## 10. Développements concernant la doctrine de l'ordre public

Si, comme nous l'avons constaté<sup>81</sup>, l'originalité est un des traits les plus marquants de la position du système de droit international privé portugais, en matière de renvoi, c'est au contraire l'héritage de Savigny qui est surtout présent dans le domaine de l'ordre public.

---

<sup>77</sup> Voir les articles 36, 2, et 65, 1, du Code Civil. Ce résultat ne se produira cependant pas si la loi qui régit la substance de l'acte exige, sous peine de nullité ou d'inefficacité, l'observance d'une certaine forme, même pour les actes pratiqués à l'étranger (articles 36, 1 et 2, et 65, 2).

<sup>78</sup> Dans ce sens, Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, note 1), p. 217-219.

<sup>79</sup> Dans ce sens, Ferrer Correia, "Une codification nationale à l'épreuve du principe d'égalité: le code civil portugais de 1966", "revisited" (*cit. supra*, note 38), p. 82-84.

<sup>80</sup> Dans le sens où le renvoi est plutôt conçu comme moyen de maximiser l'application de la loi du for, voir Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata em direito internacional privado* (*cit. supra*, note 22), p. 226 et s.

<sup>81</sup> *Supra*, n° 9.

En effet, lorsque l'article 22 du Code Civil dispose, dans son n° 1, que "les dispositions de la loi étrangère désignée par la norme de conflit ne seront pas applicables lorsque de son application résulterait la violation des principes fondamentaux de l'ordre public international de l'État portugais", c'est bien évidemment une conception défensive qui est mise en avant. Il n'est pas question de promouvoir par l'affirmative les valeurs de l'ordre juridique du for mais, tout simplement, d'écarter à titre exceptionnel l'application de la loi étrangère si celle-ci se heurte d'une façon manifeste aux principes fondamentaux de ce système. Cette interprétation est encore renforcée par la règle du n° 2 de cet article, qui établit les conséquences de l'intervention de l'ordre public: seront applicables dans ce cas-là, en première ligne, "les normes les plus adéquates de la législation étrangère compétente", et seulement après, à titre subsidiaire, on fera recours aux "règles du droit interne portugais". Le caractère purement subsidiaire de l'application de la *lex fori* et la recherche dans la mesure du possible d'une solution à l'intérieur du système désigné par la règle de conflit renforcent ledit caractère exceptionnel de l'intervention de l'ordre public.

Cette caractéristique a d'ailleurs été soulignée par la doctrine<sup>82</sup> et par la jurisprudence<sup>83</sup>. Elle découle aussi du principe de l'égalité de traitement entre la loi du for et les ordres juridiques étrangers qui inspire le système de droit international privé portugais et qui tend donc à réduire au strict minimum toute intervention limitant l'application de la loi désignée compétente par la règle de conflit bilatérale<sup>84</sup>.

Les considérations précédentes concernant le rôle de l'ordre public dans le droit international privé portugais ne sont cependant à même de permettre la conclusion que ce système méconnaît des instruments tendant à promouvoir l'application de la loi du for ou même de lois étrangères. Tout simplement, ce n'est pas le mécanisme de l'ordre public qui remplit cette fonction, mais plutôt les règles d'application nécessaire et immédiate<sup>85</sup> ou certaines règles de droit

---

<sup>82</sup> Cfr. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 256 et 265.

<sup>83</sup> Voir notamment l'arrêt du 26 octobre 1994 du Supremo Tribunal de Justiça (in *BMJ*, 440 (novembre 1994), p. 253 et s.), où il est dit que la réserve de l'ordre public international vise simplement à empêcher un résultat choquant et intolérable à l'égard de la loi portugaise et non à formuler un jugement de valeur sur la norme ou l'ordre juridique étrangers. Cette affirmation renvoie à d'autres caractéristiques de l'ordre public, qui sont aussi soulignées par la doctrine: son contenu imprécis, sa fluidité et sa susceptibilité "d'être constamment remis à jour suivant les principes fondamentaux du droit portugais, les usages et les coutumes". Dans ce sens, Vasco Taborda Ferreira, "La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Portugal" (cit. supra, note 69), p. 627.

<sup>84</sup> Dans ce sens Ferrer Correia, "Une codification nationale à l'épreuve du principe de l'égalité: le code civil portugais de 1966", "revisited" (cit. supra, note 38), p. 84.

<sup>85</sup> Voir supra, n.º 3 et 8.

international privé matériel<sup>86</sup>. Ces règles déploient dans notre système une fonction similaire à celle des dispositions de l'article 7 (numéro 2 et numéro 1, respectivement) de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, le rôle de l'ordre public y étant proche de celui qui est réservé à ce mécanisme par l'article 16 de cet instrument conventionnel.

### 11. *Développements concernant la qualification*

La question de la qualification est probablement celle au regard de laquelle la position prise par le système codifié de droit international privé a présenté un caractère plus polémique. Une telle position, contenue à l'article 15 du Code Civil<sup>87</sup>, qui exprime une orientation pratiquement unanime dans la doctrine portugaise la plus représentative dans la deuxième moitié de notre siècle<sup>88</sup>, est énoncée dans les termes suivants: "La compétence attribuée à une loi ne comprend pas de dispositions autres que celles correspondant, par leur contenu et leur fonction dans cette loi, à la catégorie visée dans la règle de conflit".

---

<sup>86</sup> Nous pensons à la règle actuellement contenue à l'article 31, n° 2, de la loi n° 18/85, du 6 juillet 1985 (Loi du Patrimoine Culturel — mais on peut voir déjà l'article premier du Décret-loi n° 27 633, du 3 avril 1937). Ces dispositions considèrent nulles et non avenues les transactions effectuées en territoire portugais ayant pour objet des biens culturels mobiliers originaires d'un pays étranger, "si elles enfreignent les dispositions de la loi de ce pays régissant leur aliénation ou leur exportation". On réussit donc, par le biais de ces règles à faire respecter les *policies* des législations étrangères concernant la protection du patrimoine culturel. Voir, sur ce point, Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. supra, note 13), p. 718, note 728, Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado* (cit. supra, note 22), p. 1056, et "Le statut des biens culturels en droit international privé" (cit. supra, note 61), p. 192 et s. et Ferrer Correia, *A venda internacional de objectos de arte e a protecção do património cultural* (cit. supra, note 61), p. 52 et s.

<sup>87</sup> Pour la discussion critique de cette disposition, voir surtout Bertrand Ancel, "L'objet de la qualification", *Clunet*, 107 (1980), p. 227 et s., notamment p. 247 et s. et Stefan Grundmann, *Qualifikation gegen die Sachnorm. Deutsche-portugiesische Beiträge zur Autonomie des internationalen Privatrecht*, München, 1985, C. H. Beck, notamment p. 95 et s. Et, en général sur le problème de la qualification, voir, en dernier lieu, Christophe Bernasconi, *Der Qualifikationsprozess im internationalen Privatrecht*, Zürich, 1997, Schulthess Polygraphischer Verlag.

<sup>88</sup> Voir Ferrer Correia, "Das Problem der Qualifikation im portugiesischen IPR", *ZfRV*, 1970, p. 114 et s., "Une codification nationale à l'épreuve du principe d'égalité: le code civil portugais de 1966", "revisited" (cit. supra, note 38), p. 72 et s. et "Le principe de l'autonomie du droit international privé dans le système juridique portugais" (cit. supra, note 9), p. 122 et s., Isabel Magalhães Collaço, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 12), p. 141 et s., Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 102 et s. et note à l'article 2, in Ferrer Correia-Baptista Machado, "Conflitos de leis" [Conflits de Lois], *BMJ*, 136 (mai de 1964), p. 17 et s., p. 47-58.

Dans l'impossibilité d'analyser ici, dans toute sa complexité, les divers fondements de l'option faite par le législateur portugais<sup>89</sup>, nous nous bornerons à ses traits les plus significatifs.

L'aspect qui éloigne le plus la conception adoptée par le Code Civil portugais de celle qui est dominante dans la doctrine et les systèmes nationaux de droit international privé est le refus conscient de la qualification *lege fori*. Cette prise de position, qui traduit l'autonomie du système de droit international privé à l'égard de l'ordre juridique matériel, se justifie surtout par le respect dû au principe de l'égalité entre l'ordre juridique du for et les autres ordres étrangers. Elle s'enracine dans l'idée, acceptée par la doctrine majoritaire au Portugal, que seulement une structure se fondant sur ce principe peut aboutir à la réalisation de l'harmonie juridique internationale, objectif premier du droit international privé<sup>90</sup>.

La qualification *lex fori* écartée<sup>91</sup>, on ne pourra donc fonder la compétence d'une loi pour régir une situation internationale donnée sur la désignation par la règle de conflit du for dont la catégorie de rattachement, interprétée par référence à son droit matériel, peut être considérée comme s'adressant à cette situation<sup>92</sup>. Au contraire, le système juridique lié à une situation donnée par la circonstance de rattachement privilégiée par une règle de conflit sera compétent pour régir les matières qui s'insèrent dans la catégorie de rattachement prévue à une telle règle. Cela découle du fait que toute loi se rattachant à une situation internationale donnée a la vocation à la régir, vu qu'une telle situation rentrerait dans son domaine d'efficacité. Cette vocation se concrétiserait, pour ce qui est de l'ordre juridique du for et pour ce qui est d'une catégorie de rattachement particulière, chaque fois qu'une règle de conflit de ce système lui ferait référence. Dans ces conditions, ladite qualification primaire, dont le but est de fixer la compétence de la loi à appliquer se révèle inutile.

Simplement, l'article 15 du Code Civil précise que la compétence d'un ordre juridique<sup>93</sup> ne comprend que les dispositions qui, par leur contenu et la

---

<sup>89</sup> On peut consulter, à cette fin, les travaux cités à la note précédente.

<sup>90</sup> Voir *supra*, n° 3.

<sup>91</sup> Et il en va de même pour ce qui concerne la *primary characterization* de Robertson ou la *qualification de compétence* à laquelle se rapporte, par exemple, dans la doctrine italienne, Roberto Ago.

<sup>92</sup> Si on aurait suivi cette approche, et vu que les catégories du droit matériel ont un contenu différent dans les divers ordres juridiques, la désignation de la loi compétente changerait selon le contenu de ces catégories et la loi applicable à l'égard de chaque système de droit international privé serait distincte. L'absence d'harmonie juridique serait donc le corollaire "de l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois", soulignée par Bartin dans son célèbre article au *Clunet*, en 1897 (voir le volume 24 de cette revue, p. 225).

<sup>93</sup> Qui découle du mécanisme que nous venons de décrire.

fonction qui leur revient dans une telle loi, appartiennent à l'institut visé dans la règle de conflit <sup>94</sup>. La solution se justifie par le but d'éviter que la règle de droit matériel soit isolée de l'ensemble organique constitué par la législation à laquelle elle appartient. Et ce n'est donc que de cette deuxième opération <sup>95</sup> que s'occupe l'article 15 du Code Civil Portugais.

Cette méthode de qualification peut cependant être à la source de nouvelles situations de conflit <sup>96</sup>, d'antinomies juridiques, si plusieurs règles de conflit amènent à l'application, à des différents profils juridiques d'une même situation de fait, de règles nationales en elles-mêmes inconciliables (c'est ce qui arrive dans les cas de cumul juridique ou de *conflit positif de qualifications*). Ou, au contraire, à une lacune, au cas où aucune norme des lois ayant compétence pourra être appliquée, du fait de sa non-correspondance à la catégorie de rattachement de la règle de conflit du for qui désigne précisément un tel ordre juridique (situation appelée de *vacuum juridique* ou de *conflit négatif de qualifications* par la doctrine portugaise). Dans ces circonstances, on propose de régler ces conflits de qualifications, en principe, par le biais d'une hiérarchisation des différentes qualifications en conflit ou, le cas échéant, par recours à une perspective de droit matériel <sup>97</sup>.

Si la conception accueillie par le système de droit international privé portugais, au lieu de résoudre un conflit de qualifications par référence à une qualification *lege fori* nous propose plutôt une méthode à suivre en matière de qualification qui pourra déboucher également sur des situations de conflit <sup>98</sup>, on constatera qu'il s'agit là du prix à payer pour ne pas enfreindre, avec la démarche en général suivie, le principe d'égalité de traitement entre les différents ordres

---

<sup>94</sup> Pour préciser les dispositions légales de la loi désignée pouvant être intégrées dans une certaine catégorie de rattachement du droit de conflits du for, on aura donc égard au but qui leur est assigné dans le système juridique respectif.

<sup>95</sup> La doctrine s'y rapporte en parlant de *secondary characterization* ou de *qualification matérielle*.

<sup>96</sup> On constatera qu'au lieu de résoudre les conflits de qualifications, tels qu'envisagés par Martin, la méthode esquissée est, en fait, à l'origine de situations de conflits (positifs ou négatifs) de compétence parmi les divers ordres juridiques.

<sup>97</sup> Sur ce sujet, voir en particulier Isabel de Magalhães Collaço, *Da qualificação em direito internacional privado* (cit. supra, note 12), p. 237 et s., Ferrer Correia, "Considerações sobre o problema do método em direito internacional privado" [Considérations sur le problème de la méthode en droit international privé], in *Estudos Vários de Direito* [Études diverses de droit], Coimbra, 1992, Por ordem da Universidade, p. 309 et s., p. 334 et s. et Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 130 et s. En particulier, sur la perspective de droit matériel (le recours à l'adaptation), voir Marques dos Santos "Breves considerações sobre a adaptação em direito internacional privado" [Considérations à propos de l'adaptation en droit international privé], in *Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha* [Études en mémoire du professeur Paulo Cunha], Lisboa, 1988, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

<sup>98</sup> Voir supra, note 96.

juridiques et pour essayer d'atteindre, dans cette lancée, l'harmonie juridique internationale. Dans ces circonstances, nous croyons qu'une telle perspective, à laquelle la jurisprudence et la doctrine postérieures au Code Civil n'ont pas apporté des contributions significatives, mérite une réflexion.

## 12. Développements concernant le phénomène du dépeçage

Le droit international privé portugais n'encourage pas, en principe, l'application de différentes lois aux divers aspects d'une même prétention juridique, ce qui nous amène à dire qu'il ne favorise pas le mécanisme dit du *dépeçage*.

Cependant, nous rencontrons des exemples, en matière contractuelle, qui peuvent se rattacher à une telle orientation. D'abord, l'article 4, du Code Commercial<sup>99</sup>, qui prévoit à son numéro 1 que la substance et les effets des conventions sont régis, à moins que les parties décident le contraire, par la loi du lieu de célébration, dispose, à son numéro 2, que pour ce qui concerne les modalités d'exécution on aura égard à la loi du lieu d'exécution. Bien que nous soyons ici devant une situation de simple *prise en considération* (*Berücksichtigung*), et non de vraie *application* (*Anwendung*), il est certain qu'on s'approche du phénomène du *dépeçage*<sup>100</sup>.

Plus particulièrement, le principe de spécialisation introduit dans le code civil aboutit à qu'en matière contractuelle<sup>101</sup>, la capacité<sup>102</sup>, la forme<sup>103</sup> et la

<sup>99</sup> Sur la question de savoir si cet article est demeuré en vigueur après l'approbation du Code Civil, voir Simões de Oliveira, "Vigência das normas de conflitos contidas no Código Comercial após a entrada em vigor do Código Civil de 1966" [Permanence des normes de conflit du Code Commercial après l'entrée en vigueur du Code Civil de 1966], *Scientia Juridica*, 19 (1970), p. 37 et s. et Isabel Oliveira Vaz, "Da vigência das normas de conflitos contidas no Código Comercial após a entrada em vigor do Código Civil de 1966" [Permanence des normes de conflit du Code Commercial après l'entrée en vigueur du Code Civil de 1966], in *As Operações Comerciais* [Les Opérations Commerciales], Coimbra, 1988, Almedina, p. 125 et s.

<sup>100</sup> Sur la différence entre *prise en considération* (*Berücksichtigung*) et *application* (*Anwendung*), voir Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, note 13), p. 699 et s., notamment p. 703, note 700.

<sup>101</sup> Pour une comparaison entre le régime établi dans la matière, dans le domaine conflictuel, au Portugal, dans le Code Commercial et dans le Code Civil de 1966, voir Moura Ramos, "Contratos internacionais e protecção da parte mais fraca no sistema jurídico português" (*cit. supra*, note 17), p. 333-335.

<sup>102</sup> Qui, d'après les articles 31, n° 1, et 25 est réglée par la loi nationale de l'intéressé.

<sup>103</sup> Bien que cet aspect soit soumis en principe à la même loi qui régit la substance et les effets des contrats, l'article 36 admet un principe de validation d'après lequel pourront être appliquées soit la *lex loci celebrationis* (voir *supra*, n° 2 et note 14), soit la loi à laquelle renvoie cette dernière loi (voir *supra*, n° 9 et note 77), au cas où les dispositions de ces ordres juridiques conduisent à la validité formelle du contrat.

substance et les effets des contrats<sup>104</sup> et des simples actes juridiques puissent être régis par des lois différentes, les effets à caractère réel étant encore soumis à un autre système juridique<sup>105</sup>. On constatera donc que la structure du code civil portugais de 1966, où les catégories de rattachement ont pour objet des questions de droit<sup>106</sup>, permet bien l'application de plusieurs lois à différents aspects d'une situation juridique une fois que des problèmes distincts faisant l'objet d'un traitement conflictuel autonome se présentent dans une même situation de fait. Et cette tendance a encore été encouragée avec la réception de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>107</sup>. Ce texte, en effet, au-delà de permettre aux parties de choisir la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat<sup>108</sup>, prévoit encore que, à défaut d'un choix valable de la loi fait par les parties, et le contrat étant donc régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, une part séparable du contrat présentant un lien étroit avec un autre pays puisse exceptionnellement être soumise à la loi de ce pays<sup>109</sup>. Enfin, la différence

---

<sup>104</sup> La compétence revient à cet égard, d'après l'article 41 du Code Civil, à la loi qui a été désignée par les parties ou que celles-ci ont eu en vue, bien que cette désignation ne puisse retomber que sur une loi dont l'application correspondra à un intérêt sérieux des déclarants ou est en connexion avec des éléments du contrat valables dans le domaine du droit international privé. Devant le silence des parties, l'article 42 fait recours à la loi de la résidence habituelle commune des parties (pour les quasi-contrats, il s'agira de la loi de la résidence habituelle des déclarants) et, à défaut, à la loi du pays de celui qui fait l'attribution patrimoniale, dans les contrats gratuits, et à la loi du lieu de célébration dans les restants contrats.

Ces règles, aussi bien que celles mentionnées à la note précédente, ont vu leur domaine d'application matérielle réduit après le 1er septembre 1994, du fait de l'entrée en vigueur de la Convention de Rome (voir *supra*, n° 4 et note 30).

<sup>105</sup> Il s'agit de la *lex situs*, la loi de l'État sur le territoire duquel se trouve la chose en question. Sur les problèmes de délimitation du domaine réciproque du statut contractuel et du statut réel, voir Ferrer Correia, "Conflitos em matéria de direitos sobre as coisas corpóreas" [Conflits de lois en matière de droits réels sur les choses corporelles], *RLJ*, 117 (1984-1985), p. 298 et s. et Lima Pinheiro, *A venda com reserva de propriedade em direito internacional privado* [La vente sous réserve de propriété en droit international privé], Lisboa, 1991, McGraw-Hill, notamment p. 94 et s.

<sup>106</sup> Voir à ce propos Isabel Magalhães Collaço, *Da qualificação em direito internacional privado* (*cit. supra*, note 13), p. 56 et s., Baptista Machado, *Âmbito de Eficácia et Âmbito de Competência das Leis* (*cit. supra*, note 8), p. 209 et s. et Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, note 9), p. 209 et s.

<sup>107</sup> Sur cet instrument conventionnel, voir Ferrer Correia, "Algumas considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais" [Quelques considérations sur la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles], *RLJ*, 122 (1989-1990), p. 289 et s. Pour une comparaison entre le régime établi par ce texte et celui du Code Civil portugais, en matière contractuelle, voir Moura Ramos, "Contratos internacionais e protecção da parte mais fraca em direito internacional privado português" (*cit. supra*, note 17), p. 335 et s. et Lima Pinheiro, *Contrato de empreendimento comum em direito internacional privado* (*cit. supra*, note 61), p. 591 et s.

<sup>108</sup> Voir l'article 3, n° 1, de cet instrument.

<sup>109</sup> Voir l'article 4, n° 1, de la Convention.



établie souvent, en matière de relations familiales, entre constitution et effets d'une situation juridique <sup>110</sup>, peut aussi amener à que des lois distinctes régissent des aspects différents d'un même rapport de la vie sociale maîtrisé par le droit.

S'il y a donc des exemples de ce qu'on appelle le *dépeçage*, il faut en réalité dire que la doctrine ne s'est pas montrée très enthousiaste à l'égard de ce phénomène <sup>111</sup>, en ce bornant à l'accepter comme conséquence d'un principe de spécialisation dans la désignation de la loi applicable et tout en soulignant qu'il ne devrait jamais nuire à la cohérence dans le règlement du rapport en question <sup>112</sup>. On s'accordera cependant à dire que la réception de la Convention de Rome, aussi bien que celle d'autres textes conventionnels ayant un objet plus limité, pourront amener à la généralisation d'une telle tendance. Il y va de même de l'introduction en droit portugais de certaines solutions conflictuelles adoptées au niveau communautaire et qui ne s'adressent aussi qu'à des aspects partiels et limités d'un rapport de droit donné.

### 13. *Autres développements méritant une mention*

Il est difficile de choisir les aspects qui devraient faire l'objet d'une référence à ce stade. Toutefois, et en tenant compte des questions qui ont déjà été abordées dans les numéros précédents, et au vu de leur importance, nous nous limiterons à considérer quatre points: l'étendue de la catégorie statut personnel en droit international privé portugais et le régime particulier de reconnaissance des situations constituées par les intéressés à l'étranger dans ce domaine; l'influence des valeurs constitutionnelles sur les règles de conflits; l'importance d'un rattachement accessoire en matière de responsabilité extracontractuelle; et la perméabilité au droit de source internationale et communautaire.

a) Le droit international privé portugais connaît un régime spécial pour certaines matières dont le rattachement à la personne est très particulier, en les soumettant à la loi nationale <sup>113</sup> ou, dans le cas des apatrides, à la loi de la

<sup>110</sup> Voir les articles 49, 52 et 53 du Code Civil (pour ce qui concerne le mariage), 56 et 57 (pour la filiation) et 60, 1, 2 et 4, et 60, 3 (en matière d'adoption).

<sup>111</sup> Ainsi Vasco Taborda Ferreira, "La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Portugal" (*cit. supra*, note 69), p. 674-675.

<sup>112</sup> Se prononçant en faveur du *dépeçage*, avec cette restriction, voir Isabel Magalhães Collaço, *Da compra e venda em direito internacional privado* (*cit. supra*, note 61), p. 125 et s., Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, note 13), p. 470 et s. et Lima Pinheiro, *Contrato de Empreendimento Comum em Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, note 61), p. 658-666 et 674-677.

<sup>113</sup> Article 31, n° 1, du Code Civil.

résidence habituelle <sup>114</sup>. Si cette option est commune à d'autres systèmes juridiques <sup>115</sup>, on remarquera cependant que ce statut personnel comprend au Portugal, d'après l'article 25 du Code Civil, au-delà de la capacité <sup>116</sup> et de l'état des personnes, les rapports de famille et les successions à cause de mort. Cela veut dire que les situations qui peuvent être rattachées à ces branches du droit privé seront réglées par la loi nationale <sup>117</sup>, référence étant cependant faite, à titre subsidiaire, à la loi de la résidence habituelle <sup>118</sup>. On ne s'écartera de ces rattachements que dans les cas très limités où le principe de l'autonomie de la volonté est admis à jouer un rôle: en matière de régimes matrimoniaux <sup>119</sup> et d'interprétation du testament [article 64, a)].

---

<sup>114</sup> Article 32 du même code.

<sup>115</sup> Même si un changement peut être perçu à son égard. Voir, à ce propos, Henri Batiffol, "Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale", in *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leiden, 1961, A. W. Sijthoff, p. 295 et s.

<sup>116</sup> A titre exceptionnel, et en conséquence aussi du principe de la *Näherberechtigung* (cfr. *supra*, n° 9) même si maintenant dans une application directe, la capacité pour constituer ou transmettre des droits réels sur des biens immeubles est régie par la loi du lieu où ils se trouvent (voir l'article 47 du Code Civil).

<sup>117</sup> Voir les articles 26 (début et terme de la personnalité juridique), 27 (droits de personnalité) et 30 (protection des incapables) du Code Civil. Le code civil utilise encore le rattachement à caractère personnel pour ce qui concerne les personnes morales (article 33), même celles présentant un caractère international (article 34).

En matière de relations de famille, la loi personnelle régit la célébration du mariage, en ce qui concerne la substance de celui-ci (article 49) et aussi la forme (article 51), les rapports personnels (article 52) et patrimoniaux (article 53) des époux, le divorce (article 55) (voir Ferrer Correia, "Direito Internacional Privado Matrimonial. Direito Português" [Droit international privé matrimonial. Droit portugais], *RLJ*, 116 (1983-1984), p. 321 et s.), la filiation (articles 56 et 57) (voir Ascensão e Silva, "O estabelecimento da filiação em direito internacional privado português" [La constitution de la filiation en droit international privé portugais], *BFDUC*, 69 (1993), p. 647 et s.) et l'adoption (article 60) (voir Moura Ramos, "L'Adoption dans les principales législations européennes, II - Droit International Privé. Portugal", *RIDC*, 37 (1985), p. 845 et s. et Ascensão e Silva, *A constituição da adopção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos* [La constitution de l'adoption de mineurs dans les rapports privés internationaux: quelques aspects], Coimbra, 1996, thèse polycopiée). Et il arrive de même pour ce qui concerne les successions à cause de mort (articles 62 à 63).

<sup>118</sup> Cette situation se présente chaque fois que la règle de conflit prend en compte un rattachement commun à deux personnes — les époux ou les parents. Dans cette situation, et s'il n'y a pas un rattachement commun à la nationalité, on se rapportera à la loi de la résidence habituelle commune: c'est ce qui arrive en matière de relations personnelles (article 52) et patrimoniales (article 53) des époux, de divorce (article 55) d'effets de la filiation (article 57) et d'adoption (article 60) — Voir à ce propos les auteurs et ouvrages cités à la note précédente.

<sup>119</sup> On admet ici, et si la loi compétente est une loi étrangère, le choix d'un des régimes de biens prévus à la loi du for, si un des futurs époux au moins y a sa résidence habituelle (article 53, 3). La solution est une de celles, qui, exceptionnellement, ne peuvent se réclamer du respect du principe de l'égalité des ordres juridiques.

Mais ces rattachements n'ont un caractère impératif que dans les cas où il s'agit de la constitution d'une situation ou de la célébration d'un acte. S'agissant, au contraire, d'actes célébrés ou de situations constituées à l'étranger, leur reconnaissance est également admise si de tels actes ont été pratiqués au pays de la résidence habituelle du déclarant, en conformité avec la loi de ce pays, dès que celle-ci se considère compétente <sup>120</sup>.

La reconnaissance des droits acquis dans ces situations traduit l'équivalence entre les rattachements à la nationalité et à la résidence habituelle en matière de statut personnel <sup>121</sup> et découle de la préoccupation essentielle, que nous avons déjà signalée <sup>122</sup>, avec la continuité des situations juridiques individuelles à caractère hétérogène. Et elle confirme aussi le rôle instrumental et subordonné de la règle de conflit par rapport aux valeurs fondamentales servies par le droit international privé <sup>123</sup>.

b) La soumission du système conflictuel aux valeurs constitutionnelles constitue un aspect particulier de la matérialisation du droit international privé. En effet, si le système conflictuel se montre perméable à des valeurs à caractère matériel <sup>124</sup>, on ne saurait comprendre qu'il demeure immune à celles qui occupent le sommet de l'ordre juridique concerné <sup>125</sup>. La sensibilité existante à cet égard peut soit se manifester au niveau du contenu de l'ordre public international <sup>126</sup>, soit amener à reconnaître à des règles matérielles données qui

---

<sup>120</sup> Article 31, n° 2. Dans une interprétation extensive de cette disposition, la doctrine portugaise a admis qu'il suffit, pour que les actes en question soient reconnus au Portugal, qu'ils produisent leurs effets dans l'ordre juridique du pays de la résidence habituelle du déclarant. Voir dans ce sens Ferrer Correia, "La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales", in *Multitudo Legum. Ius Unum* (cit. supra, note 8), p. 285 et s., p. 315 et s., Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 175-178 et Moura Ramos, "Dos Direitos Adquiridos em Direito Internacional privado" (cit. supra, note 31), p. 215 et s.

<sup>121</sup> Voir aussi ce que nous avons dit supra, n° 9.

<sup>122</sup> Supra, n° 3.

<sup>123</sup> Que nous avons souligné en "Dos direitos adquiridos em direito internacional privado" (cit. supra, note 31), p. 213.

<sup>124</sup> Voir supra, n° 2.

<sup>125</sup> On peut aussi songer à une influence des valeurs constitutionnelles de la loi désignée compétente (*la lex causae*) qui pourrait amener à la non-application d'une disposition matérielle de cet ordre juridique qu'en porterait atteinte. Voir, à ce propos, Moura Ramos, *Direito internacional privado e constituição* (cit. supra, note 47), p. 235 et s. et dernièrement, Javier Maseda Rodríguez, *El control de la constitucionalidad de la ley extranjera*, Madrid, 1997, Eurolex.

<sup>126</sup> En effet, les valeurs constitutionnelles du for appartenant en principe à l'ordre public international de cet ordre juridique, toute disposition de la loi étrangère compétente qui leur serait contraire ne pourrait être appliquée, au vu de sa contradiction avec les principes de l'ordre public international de l'État du for. Voir notre *Direito Internacional Privado e Constituição* (cit. supra, note 47), p. 210 et s.

développent certaines valeurs constitutionnelles le caractère de règles d'application nécessaire et immédiate <sup>127</sup>. Mais, dans ces deux hypothèses, la façon dont une telle irradiation a lieu ne présente, à proprement parler, rien de spécifique, vu qu'elle suit ce qui est arrivé avec d'autres principes de droit matériel n'ayant pas de consécration constitutionnelle.

Il en va tout différemment d'une dernière possibilité existante à ce propos: celle qui se rapporte à l'influence de telles valeurs sur le choix fait par la règle de conflit, même si celle-ci garde son caractère purement localisateur <sup>128</sup> ou *jurisdiction-selecting*. Dans ces conditions, ce qui importe c'est de savoir si la teneur de la règle de conflit elle-même doit, dans l'option qu'elle fait, se tenir aux valeurs constitutionnelles et ne pas en porter préjudice.

C'est par rapport à cette autre possibilité que la position du droit international privé portugais mérite d'être soulignée. En effet, et anticipant le développement qu'a eu lieu dans d'autres systèmes juridiques <sup>129</sup>, les rattachements contraires aux principes constitutionnels <sup>130</sup> ont été écartés par la Réforme de 1977 <sup>131</sup>: la référence à la loi nationale du mari a été remplacée par celle de la loi des liens les plus étroits <sup>132</sup> et les règles de conflit concernant la légitimation et la constitution et les effets de la filiation hors mariage ont tout simplement été supprimées.

---

<sup>127</sup> Voir dans ce sens Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. supra, note 13), p. 789-792.

<sup>128</sup> Dans le sens de la sousdivision de Paolo Michele Patocchi. Voir son *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, 1985, Georg-Librairie de l'Université.

<sup>129</sup> Voir, pour ce qui concerne l'Allemagne, les décisions du 3 février 1982 du *Bundesgerichtshof* et du 22 février 1983 du *Bundesverfassungsgericht* à propos de l'article 15 de la loi d'introduction au BGB et, pour l'Italie, les décisions du Tribunal de Rome du 16 janvier 1984, du Tribunal de Palerme du 5 mai 1985 et de la *Corte Costituzionale* du 26 février 1987 à propos de l'article 18 des Dispositions préliminaires au Code Civil de 1942 et la décision de la *Corte Costituzionale* du 10 décembre 1987 qui tire la même conclusion pour ce qui concerne l'article 20 de la même loi. La EGBGB a été par la suite modifiée dans le sens décrit par une loi du 25 juillet 1985 et le Code Civil Italien par la loi n° 218, du 31 mai 1995.

<sup>130</sup> Il s'agissait du principe de l'égalité des époux (article 36, 1, de la Constitution dans sa version actuelle — 1997) et de celui de l'interdiction de la discrimination des enfants nés hors mariage (article 36, 4).

<sup>131</sup> Voir supra, note 1.

<sup>132</sup> Rappelons que ce rattachement n'était employé, en matière de rapports personnels entre les conjoints (article 52) et d'adoption par des personnes mariées (article 60, 2) lorsque les époux n'avaient ni la même nationalité ni la même résidence habituelle.

Même si le principe avait déjà obtenu de consécration au niveau doctrinal<sup>133</sup> et jurisprudentiel<sup>134</sup>, soit en Europe soit aux Etats-Unis<sup>135</sup>, on n’oubliera pas que la prétendue neutralité de la règle de conflit (qui, pour certains, était une conséquence de son caractère localisateur et technique) constituerait un obstacle à sa reconnaissance expresse au niveau législatif. Et que le système portugais a été l’un des premiers à franchir ce pas.

c) Le rattachement accessoire (à la loi de la nationalité commune ou, à défaut, à la loi de la résidence habituelle commune de l’agent et de la victime) est retenu par l’article 45, 3, du Code Civil, en matière de responsabilité extracontractuelle, comme correctif au caractère fortuit de la loi du lieu du principal fait générateur du dommage<sup>136</sup>, lorsque les personnes concernées se trouvaient occasionnellement<sup>137</sup> dans un pays étranger. D’après la même règle, cependant, l’application des dispositions de l’État local devant régir indistinctement toutes les personnes est réservée.

La solution, qui correspond à celle prônée aux États-Unis par la *center of gravity approach*, confirme le caractère localisateur de la grande majorité des règles de conflit du Code Civil portugais<sup>138</sup>. Et apparaît comme une conséquence du principe de proximité qui en constitue le fondement<sup>139</sup>. Le législateur portugais, vu la préférence qu’il a montrée à l’égard des objectifs de sécurité juridique par rapport à ceux de flexibilité<sup>140</sup>, n’a pas fait usage de clauses d’exception ouvertes, s’étant donc limité à la formulation, dans ce seul

<sup>133</sup> Voir surtout l’étude de Gunther Beitzke, *Grundgesetz und Internationalprivatrecht*, Berlin, 1961, Walter de Gruyter; et plus tard, Tito Ballarino, *Costituzione e Diritto Internazionale Privato*, Padoue, 1974 et Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e Constituição* (cit. supra, note 47), p. 194 et s.

<sup>134</sup> Voir surtout la décision du 4 mai 1971 du *Bundesverfassungsgericht* allemand.

<sup>135</sup> Voir, par exemple, Ross, “Has the conflict of laws become a branch of constitutional law?”, *Minnesota Law Review*, 15 (1931), p. 161 et s., J. A. Martin, “Constitutional limitations on choice of law”, *Cornell Law Review*, 61 (1976), 185 et s. et A. von Mehren - D. Trautman, “Constitutional control of choice of law. Some reflections on Hague”, *Hofstra Law Review*, 10 (1981), p. 35 et s.

<sup>136</sup> Ou de celui où le responsable aurait dû agir. Ces deux rattachements sont ceux qui sont repris par l’article 45, 1, du Code Civil, en général, en matière de responsabilité extracontractuelle.

<sup>137</sup> Le Supremo Tribunal de Justiça a considéré comme rencontre occasionnelle “un séjour dépourvu de grande stabilité et permanence, plutôt à titre transitoire ou de passage, c’est-à-dire pour durer pendant une période limitée, restreinte à la réalisation d’un objectif ou d’une activité peu prolongée” — voir arrêt du 8 novembre 1979, in *BMJ*, 291 (décembre 1979), p. 456 et s.

<sup>138</sup> Voir supra, n° 7.

<sup>139</sup> Voir Moura Ramos, “Les clauses d’exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — Portugal” (cit. supra, note 29), p. 278.

<sup>140</sup> Voir supra, n° 4.

cas, d'une clause d'exception spéciale à caractère fermée <sup>141</sup> — dont le contenu est fourni par ce rattachement accessoire <sup>142</sup>.

d) Enfin, il convient de souligner que le droit international privé applicable au Portugal n'est plus, dans une mesure assez importante, le résultat de la décision solitaire du législateur portugais. Il faudra relever que le droit conventionnel de la Conférence de La Haye y occupe une partie très importante dans le domaine du droit des mineurs et de celui de la procédure civile <sup>143</sup> tandis que les conventions communautaires ont également remplacé, dans une large mesure, les règles de conflit du Code Civil en matière de contrats <sup>144</sup> et aussi les règles de conflits de juridictions du Code de procédure civile <sup>145</sup>.

D'autre part, il faut avoir à l'esprit que ce ne sont pas seulement des dispositions contenues dans les instruments conventionnels internationaux que de nos jours s'ajoutent aux règles de droit commun portugais. Le Portugal étant membre, depuis le 1er janvier 1986, des Communautés européennes <sup>146</sup>, les règles édictées par des actes communautaires de droit dérivé font aussi partie de notre ordre juridique <sup>147</sup>. Sans qu'il soit question de faire le bilan de l'apport de ces règles au système portugais de droit international privé <sup>148</sup>, nous

---

<sup>141</sup> Voir Moura Ramos, *loc. cit.*, note 139, p. 281.

<sup>142</sup> Que d'une certaine façon, quoique identifié seulement avec la loi de la résidence habituelle commune des contractants, apparaît aussi en matière contractuelle, dans les cas où les parties n'ont pas fait usage, d'une façon valable, de leur pouvoir de choisir la loi applicable (voir l'article 42, 1, du Code Civil, dont le domaine d'application est aujourd'hui drastiquement réduit par la Convention de Rome).

<sup>143</sup> Voir Moura Ramos, "The impact of the Hague Conventions on portuguese private international law" (*cit. supra*, note 2), p. 80-81.

<sup>144</sup> Nous parlons de la Convention de Rome, en vigueur au Portugal, comme nous l'avons dit (*supra*, n° 4 et note 30) depuis le 1er septembre 1994.

<sup>145</sup> En effet, la compétence internationale et la reconnaissance des décisions étrangères sont aujourd'hui régies au Portugal, depuis le 1er juillet 1992, et dans une large mesure, par la Convention de Bruxelles de 1968 et la Convention de Lugano de 1988 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Et même le droit commun portugais dans ces matières a récemment fait l'objet d'un certain alignement avec ces instruments conventionnels. Voir à ce propos la révision du code de procédure civile opérée par le décret-loi n° 180/96, du 25 septembre 1996 (en vigueur depuis le 1er janvier 1997) et Moura Ramos, *A reforma do direito processual civil internacional* [La réforme du droit de procédure civile internationale], Coimbra, 1998, Coimbra Editora.

<sup>146</sup> Et de l'Union Européenne depuis le 1er novembre 1993.

<sup>147</sup> Pour une énumération des dispositions de ce type intéressant le droit international privé, voir Moura Ramos, "Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao direito internacional privado" (*cit. supra*, note 46), n° 1.

<sup>148</sup> A propos de ce qui arrive à cet égard dans un aspect concret, voir notre travail cité *supra*, à la note 7.

nous limiterons à ce stade à souligner cette situation, qui atteint également les autres pays membres de ces organisations internationales, et dont les répercussions sont différentes dans chaque cas.

#### 14. Conclusion

L'énumération que nous venons de faire des principaux apports dont le droit international privé portugais a fait l'objet au cours de ce siècle <sup>149</sup>, nous conduit à la conclusion qu'un progrès certain s'est réalisé. Un progrès qui a été surtout le fait de la réflexion doctrinale qui a précédé la codification de 1966, qui a même été considérée la plus perfectionnée de celles appartenant à la deuxième génération <sup>150</sup>.

La caractéristique la plus marquante de cette codification est le développement de sa partie générale où s'affirme une conception cohérente et intégrée inspirée par un principe d'égalité entre l'ordre matériel du for et les autres systèmes étrangers <sup>151</sup>, véhiculée par des règles de conflit bilatérales à caractère rigide et cherchant à réaliser surtout l'harmonie juridique internationale, vue comme un moyen indispensable à l'obtention de l'objectif suprême du droit international privé — la continuité et la stabilité des situations juridiques interindividuelles à rattachement multiple. La partie spéciale de ce texte est

<sup>149</sup> Pour établir la comparaison avec la situation actuelle, on se référera à l'ouvrage de Machado Vilela, *Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado* [Traité Élémentaire (Théorique et Pratique) de Droit International Privé], v. I (1921) et II (1922), Coimbra, Coimbra Editora.

<sup>150</sup> Ainsi Tito Ballarino, "Lineamenti comparati delle riforme del diritto internazionale privato nell'Europa centro-orientale", in *Current trends of conflict of laws in central-eastern Europe*, 1984, Università degli Studi di Trieste, p. 31 et s. L'auteur inclut aussi dans ce groupe, parmi d'autres, les lois polonaises de 1926 et 1965, la loi brésilienne de 1942, la loi tchèque de 1964, la loi albanaise de 1962 et la loi espagnole de 1974.

<sup>151</sup> Au-delà des manifestations de ce principe que nous avons déjà cité (en matière de renvoi (*supra*, n° 9), ordre public (*supra*, n° 10) et qualification (*supra* n° 11) et pour ce qui concerne la structure bilatérale des règles de conflit — *supra*, n° 5), on remarquera également que d'après l'article 23, 2, du Code Civil, l'impossibilité de connaître le contenu de la loi étrangère (de même que celle de concrétiser la circonstance de rattachement) ne déclenchent pas tout de suite le recours à la *lex fori*, l'application de la loi subsidiairement compétente étant toujours prévue.

A propos du renvoi, Alfred von Overbeck ("Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé", in *Recueil des Cours*, 176 (1982 - III), p. 9 et s., p. 141 et s.) souligne qu'un principe altruiste est le seul déterminant des solutions de la loi portugaise, dans le sens où elles ne favorisent nullement l'application de la *lex fori*, s'efforçant simplement de réaliser l'harmonie internationale, quel que soit le juge saisi (p. 134).

cependant moins réussie, avec des défaillances en matière contractuelle <sup>152</sup>, une insuffisance de spécialisation dans le domaine des obligations (soit contractuelles soit extracontractuelles), un système équilibré en matière de droits réels et une construction en matière de statut personnel que, prolongeant au niveau conflictuel des lignes de force du système matériel du for <sup>153</sup>, a toutefois réussi un traitement original et de nette inspiration universaliste pour ce qui est des situations constituées à l'étranger.

L'évolution postérieure au Code Civil n'a pas mis en cause l'acquis de la partie générale, même si, à côté du système formé par elle, d'autres inspirations sont apparues. C'est le cas de l'affirmation de certaines valeurs matérielles, qui se sont imposées soit par des règles d'application nécessaire et immédiate (ici en rupture avec le principe d'égalité de traitement entre les différents ordres juridiques <sup>154</sup>), soit par des règles de droit international privé matériel, soit par un choix de la loi *effect-oriented*. Si les nouvelles orientations méthodologiques ont donc été retenues par le système, c'est la partie spéciale qui n'a pas fait l'objet du même approfondissement. Il est vrai que les lacunes et les insuffisances qu'on peut déceler à cet égard ont été d'une certaine façon remplies par la réception de certains instruments internationaux, comme la Convention de Rome en matière contractuelle et certaines conventions de La Haye dans le domaine du droit des mineurs. Cependant, le droit de la responsabilité délictuelle demeure peu développé, un besoin de spécialisation des règles existantes étant ressenti et, en matière de statut personnel, l'attachement à certaines orientations chères au droit matériel du for <sup>155</sup> demeure très contestable. Mais l'essor des nouvelles

---

<sup>152</sup> Comme le fait d'avoir recours à la *lex loci celebrationis*, dans le cas où les contractants n'avaient pas fait un choix de la loi et n'avaient pas de résidence habituelle commune (article 42).

<sup>153</sup> Un changement d'orientation sur le plan du droit matériel a eu lieu avec la réforme de 1977, dans le sens de l'égalité entre les époux et la fin de la discrimination à l'égard des enfants nés hors mariage), et il y a eu des répercussions sur le plan des règles de conflit. Mais d'autres solutions conflictuelles sont restées liées à la conception du droit matériel qui avait présidé à l'élaboration du code civil — voir, par exemple, l'article 51, 3, du code civil qui considère comme mariage catholique, indépendamment de la forme légale de la célébration de l'acte selon la loi locale, tout mariage à l'étranger d'un portugais en conformité avec les lois canoniques.

<sup>154</sup> Mais cette rupture n'est pas totale, une fois que le système reconnaît la possibilité de prendre en compte les règles d'application nécessaire et immédiate étrangères (voir *supra*, n° 10 et surtout note 86).

<sup>155</sup> Voir ce que nous avons dit *supra*, aux notes 118 et surtout 153. Il y va de même de l'article 55, 2, du Code civil qui, soulignant que le rattachement en matière de divorce étant à caractère mobile, en cas de changement de la loi (personnelle) compétente pendant le mariage, "seul peut servir à fonder une action de divorce ou séparation un fait qui était déjà relevant au moment de sa vérification". La solution suppose évidemment une conception du divorce vu comme une sanction d'un comportement donné plutôt que comme un remède pour un lien matrimonial en crise (dans ce sens voir aussi Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. *supra*, note 1), p. 415-418); une conception qui n'était même pas celle du droit matériel portugais au moment de l'entrée en vigueur du Code civil de 1966.



tendances méthodologiques présentes aussi dans les règles inspirées par la construction européenne, témoigne d'une syntonie avec des valeurs essentielles <sup>156</sup> qui s'affirment également dans les autres ordres juridiques et renforce l'appartenance du système de droit international privé portugais au *common core* de ses congénères dans les autres États.

Dans ces circonstances, le bilan de l'apport de la théorie et de la pratique du droit international privé portugais dans notre siècle ne saurait, à notre avis, ne pas être considéré comme très positif.

---

<sup>156</sup> Comme celui de la protection de la partie faible soit le consommateur, soit le travailleur et celle de la défense de la concurrence (voir *supra*, n° 3).