

Tadeusz Ereciński, *Prawo obce w sądowym postępowaniu cywilnym* [Le droit étranger dans la procédure civile], Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1981, 306 pages.

La littérature juridique polonaise s'est enrichie d'une publication très précieuse du domaine de la procédure civile internationale et du droit international privé. C'est la monographie de Tadeusz Ereciński int. *Le droit étranger dans la procédure civile*, consacrée aux problèmes de l'application du droit étranger par le juge polonais. C'est une problématique d'une grande importance, tant théorique que pratique qui présente simultanément un grand degré d'actualité dans la période contemporaine de développement des rapports juridiques internationaux.

Dans la littérature étrangère ont paru de nombreuses monographies sur ce thème (en particulier françaises — de C. David et I. Zaytay, et suisses — B. Vouilloz et J. Gentinetta). Dans la littérature polonaise ne lui ont été consacrées jusqu'à présent que de courtes élaborations, soit générales dans le cadre des manuels du droit privé international, soit fragmentaires, parmi elles l'esquisse de T. Ereciński *Iura novit curia w międzynarodowym postępowaniu cywilnym* [*Iura novit curia dans la procédure civile internationale*]. Le nouvel ouvrage de cet auteur

constitue donc la première monographie polonaise consacrée à l'application du droit étranger par le tribunal national, et — il convient d'ajouter — la première monographie sur ce thème dans la littérature des pays socialistes en général.

Le thème de l'ouvrage mentionné englobe une vaste problématique touchant deux domaines du droit : la procédure civile internationale et le droit privé international. L'ouvrage est visé principalement à la problématique de la procédure internationale, dans le domaine de laquelle entrent les problèmes tels que : le processus de l'établissement du contenu du droit étranger et l'ensemble des moyens servant à cette fin, la méthode d'application du droit étranger et son interprétation par le tribunal national ainsi que le contrôle de l'application du droit étranger au cours de l'instance. Cependant, l'ouvrage englobe aussi d'importants problèmes du domaine du droit international privé, que l'auteur a formulés (p. 8) dans les questions : pourquoi les tribunaux appliquent le droit étranger, quand les appliquent-ils, quel est le rôle du droit étranger dans l'ordre juridique national, et il examine aussi les problèmes de l'exclusion de l'application du droit étranger en vertu de l'action de la clause d'ordre public et en raison de l'impossibilité d'établir son contenu, ainsi que le problème des effets de cette exclusion.

L'auteur a entrepris la tâche ambitieuse d'élaborer non seulement l'ensemble de la problématique d'application du droit étranger par le tribunal national à partir du moment où il a été établi sur la base des règles de conflit, mais aussi les problèmes théoriques généraux, fondamentaux liés à l'application du droit étranger.

L'ouvrage analysé a, dans une grande mesure, un caractère intégral. C'est un ouvrage tant du domaine du droit international privé que du droit processuel international. En outre il entre dans le domaine de la théorie générale du droit, car le problème de savoir quel est le rôle du droit étranger dans l'ordre juridique national, n'est pas seulement un problème du domaine du droit international privé, mais possède une signification théorique générale en tant qu'élément de l'ordre juridique et de la science sur les normes juridiques.

L'auteur s'est basé non seulement sur la littérature polonaise, mais aussi dans une large mesure sur la littérature étrangère, ainsi que la législation étrangère, ce qui lui a permis de faire une profonde analyse comparative des problèmes considérés. L'auteur prend en considération tous les plus importants systèmes juridiques tant des pays occidentaux (Angleterre, France, RFA, Autriche, Italie, Suisse, Suède et USA) que des pays socialistes (URSS, Tchécoslovaquie, Hongrie, Yougoslavie). En procédant à l'analyse comparative, l'auteur ne se limite pas seulement aux comparaisons extérieures des institutions correspondantes, mais il entreprend un essai de formuler certaines conclusions générales et de révéler les relations entre les moyens processuels admissibles d'établissement du contenu du droit étranger et la possibilité de connaître et d'appliquer régulièrement les normes de ce droit.

La méthode de présentation des matières est originale et bien ordonnée, ce qui permet au lecteur de s'orienter facilement dans la problématique de l'ouvrage. Il est divisé en 4 chapitres, dont le premier englobe l'introduction à la problématique de l'ouvrage, le 11^o chapitre présente les principaux problèmes de l'application du droit étranger à la lumière des systèmes des Etats étrangers, le III^o chapitre présente la conception théorique concernant l'application du droit étranger par les tribunaux nationaux, en fin le IV^o chapitre, le plus vaste, englobe la présentation et l'analyse de la problématique de constatation du contenu et de l'application du droit étranger dans le système du droit processuel polonais.

Dans le I^{er} chapitre l'auteur touche la question controversée dans la doctrine du droit international privé, à savoir si la règle de conflit entre en jeu dans toutes les affaires instruites par le tribunal ou seulement dans les affaires avec élément étranger. L'auteur adopte le point de vue, justifié à notre avis, que les règles de conflit règlent uniquement les situations qui contiennent des éléments supplémentaires, autres que ceux qui résident dans les rapports juridiques internes. Dans ce chapitre l'auteur examine aussi et justifie la justesse du principe *legis fori processualis*.

Dans le II^e chapitre l'auteur présente l'application du droit étranger dans des systèmes juridiques étrangers choisis. Il le fait en prenant en considération les problèmes suivants : la position du droit étranger dans la procédure civile et le rôle du tribunal et des parties au cours de l'établissement de son contenu, les moyens juridiques servant à établir le contenu du droit étranger, les effets de l'impossibilité de constater la norme juridique étrangère, le contrôle de l'application du droit étranger par la plus haute instance judiciaire. L'auteur analyse chacun de ces problèmes à la lumière des législations : a) anglo-américaine, b) romaine, c) germanique, d) des pays socialistes. Chaque partie du chapitre exposant le problème indiqué se termine par un résumé et des conclusions ayant le caractère comparatif. La présentation des systèmes juridiques étrangers, selon le modèle adopté, est originale et très judicieuse. Elle donne au lecteur une orientation convenable et systématique sur les systèmes juridiques étrangers et met en relief les différences des conceptions adoptées dans les différents systèmes.

Le III^e chapitre englobe la problématique la plus théorique de l'ouvrage et est sans nul doute sa partie la plus importante et particulièrement précieuse. L'auteur y présente les conceptions théoriques concernant l'application du droit étranger par les tribunaux nationaux et distingue trois plans des considérations : a) téléologique, dans le cadre duquel on recherche une réponse à la question de savoir pourquoi les tribunaux nationaux appliquent le droit étranger, b) concernant le fondement juridique de l'application du droit étranger, c) ontologique, lié à l'analyse de la nature du droit étranger. L'auteur s'occupe le plus largement du troisième plan, présentant les théories concernant la nature du droit étranger (théories réceptionnistes, théories de la nature réelle du droit étranger). A la fin de cette partie, l'auteur aborde le problème du traitement du droit étranger dans la procédure civile.

Du point de vue de l'approche téléologique, l'auteur admet à juste titre que la nécessité d'appliquer le droit étranger résulte du principe de la coexistence et de la coopération des Etats à systèmes juridiques différents. L'auteur critique la théorie anglosaxonne des droits acquis (*vested rights*). En ce qui concerne la question du fondement de l'application des normes du droit étranger, l'auteur admet, conformément à l'opinion prépondérante de la doctrine, que ce fondement est la règle de conflit, et il rejette le point de vue adopté par certains auteurs, que cette règle remplace la volonté du législateur étranger. L'auteur constate que le droit étranger conserve toujours le caractère d'un droit et constitue la base de la solution des rapports juridiques litigieux, car en vertu de la règle de conflit, son efficacité est assurée sur le territoire d'un autre Etat. Cette thèse est essentielle dans tout l'ouvrage.

Après avoir présenté les théories réceptionnistes, traitant le droit étranger comme un fait, l'auteur effectue l'analyse de ces théories et il s'incline vers le point de vue, que le problème de savoir si le droit étranger est un droit ou un fait, posé sous une forme aussi alternative, n'a pas de signification pour traiter le

droit étranger dans le procès. L'essentiel se ramène précisément au traitement du droit étranger dans la procédure civile. En cette matière, l'auteur représente l'opinion que le droit étranger ne perd pas le caractère de normes juridiques bien qu'à certains égards il soit traité autrement que le droit propre et n'ait pas tous les attributs qu'a le droit national. L'auteur exprime la thèse que « lors même que la nature du droit propre et étranger est semblable, sur le plan d'application judiciaire des normes du droit étranger apparaissent déjà des différences dans le nombre des qualités attribuées au droit propre et étranger ». Cependant, l'auteur rejette non seulement le point de vue que le droit étranger — à côté du droit national et du fait — est un *tertius genus* (comme l'admet C. David), mais aussi le point de vue représenté par plusieurs auteurs (Kegel, Schwind), que le droit étranger est un *tertium processuale*. De l'avis de T. Ereciński, les considérations sur la nature du droit étranger sont inutiles et la qualification de ce droit à l'une de ces catégories n'est pas nécessaire et ne donne pas de solution prête dans la sphère processuelle. Il admet définitivement que dans la procédure judiciaire le droit étranger est un droit et qu'il est à certains égards seulement traité autrement que le droit national.

En rapport avec ces énonciations, il convient de remarquer qu'il ne faut pas renoncer à l'essai de qualifier le droit étranger aux catégories susceptibles d'entrer en jeu pour le traitement du droit étranger dans le procès. Le droit étranger est sans nul doute, en tant que catégorie matérielle, un droit et il conserve son caractère dans le procès judiciaire, ce qui n'exclue pas nécessairement, qu'il ne puisse avoir, sur le plan processuel, partiellement d'autres qualités et être traité autrement que le droit national, bien que, d'autre part, non pas comme un fait. La justification du rejet par l'auteur de la conception *tertium processuale*, adoptée par d'importants représentants de la doctrine, ne semble pas être incontestable. L'auteur lui-même constate qu'en appliquant le droit étranger des différences apparaissent, en comparaison avec le droit national, par exemple les dispositions du droit étranger ne sont pas appliquées directement, mais par l'intermédiaire de la règle de conflit, l'application de la norme étrangère peut être écartée par la clause d'ordre public, le contenu de la norme étrangère peut ne pas être établi (ce qui est impossible lorsqu'il s'agit de la norme nationale), et les normes du droit étranger ne doivent pas être connues du juge et leur contenu peut être établi à l'aide de différents moyens, rapprochés des moyens de preuve, ce qui est impossible dans l'application du droit propre. « Des différences notables dans le nombre des qualités attribuées au droit propre et étranger » se manifestent donc, comme le constate à juste titre l'auteur lui-même. S'il en est ainsi, la question se pose de savoir si la quantité ne se transforme pas en qualité et si le poids de ces différences et les conséquences qui en découlent, ne justifient pas la reconnaissance du droit étranger sur le plan processuel — et seulement processuel — comme une catégorie distincte, ce *tertium processuale*. Evidemment, le problème est très discutable.

Le IV^e chapitre est consacré à la problématique de la constatation du contenu et de l'application du droit étranger dans le système procédural polonais. L'auteur examine entre autres le problème du droit étranger dans le contexte des principes fondamentaux de la procédure civile polonaise, le problème de la qualification et le problème du droit compétent pour apprécier les institutions procédurales, les moyens de constatation du droit étranger, l'interprétation des normes du droit étranger, l'impossibilité d'établir la norme étrangère, son exclusion par la clause d'ordre public, le contrôle d'instance et hors d'instance des normes du droit étranger

exercé par la Cour Suprême. L'auteur ne se borne pas aux considérations juridiques, mais il les développe par des argumentations théoriques générales. L'auteur touche aussi certains problèmes nouveaux, surgissant en rapport avec les institutions propres au système juridique polonais, par ex. le problème de savoir si, dans les affaires dans lesquelles le tribunal applique le droit étranger, peut-il adjuger *l'ultra petita partium*, ou peut-il invoquer les « règles de la vie en société ».

Le haut niveau théorique général de l'ouvrage de T. Ereciński, l'analyse perspicace et subtile des questions considérées, méritent d'être soulignés. L'auteur démontre une grande érudition, prenant en considération plus de 300 positions de la littérature, dont 90 % de la littérature étrangère (anglaise, américaine, française, allemande, russe, tchèque, italienne et autres fragmentairement). L'ouvrage de T. Ereciński peut être compté parmi, les principales élaborations du droit international privé et processuel polonais.

Jerzy Jodłowski