

UNIVERSITÉ ROBERT SCHUMAN STRASBOURG
L'ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES
Centre de droit privé fondamental

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ ROBERT SCHUMAN STRASBOURG

DISCIPLINE : DROIT PRIVÉ

Présentée et soutenue publiquement

Par

En Wei LIN

Le 26 janvier 2008

**LES SOURCES DOCTRINALES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
TAIWANAIS**

Directeur de Thèse

Monsieur Jean-Luc ELHOUEISS

JURY

Monsieur Jean Luc ELHOUEISS

Maître de conférences à Université Robert Schuman Strasbourg

Monsieur Louis PERREAU-SAUSSINE

Professeur à Université Nancy II

Monsieur Dominique Tai-Chuan. WANG

Professeur à Université Kainan (Taïwan)

LE TITRE : LES SOURCE DOCTRINALES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ TAIWANAIS

LE RÉSUMÉ :

Comparée à l'histoire des doctrines étrangères, la recherche en droit international privé taïwanais a débuté tardivement. À Taiwan, il n'existe pas traditionnellement une coutume de recherche en matière de droit international privé à cause des facteurs historiques. Les sources doctrinales sont, en l'occurrence, étrangères. Cela amène les internationalistes taïwanais adaptent fréquemment leurs visions afin de coordonner la diversité résultant du système juridique différent.

Pourtant, il n'existe à ce jour aucune études francophones qui offrent une analyse générale sur les doctrines du droit international privé taiwanais. Cette thèse tente donc de combler cette lacune. De plus, l'analyse relative à l'influence réciproque entre les théories étrangères et celles de l'école taiwanais nous bénéficie de réfléchir le fondement du droit international privé. La présente thèse sera consacrée à l'analyse d'influence de ces sources doctrinales sur le droit international privé taïwanais.

Cette étude précisera d'abord l'objet du droit international privé taïwanais et ensuite d'analyser sa méthodologie adoptée. En matière de l'objet du droit international privé taïwanais, La présente thèse estime que le domaine d'étude de la doctrine taïwanaise du droit international privé est plus vaste que par le passé. En ce qui concerne la méthodologie adoptée, à notre avis, la réflexion sur les valeurs du droit matériel apparaît inéluctable en matière de méthodologie du droit international privé.

LES MOTS CLÉS : Taïwan, droit international privé taïwanais, valeur prédominante, la méthode du droit substantiel, macro-droit international privé, substantialisation du point de rattachement, sino-taïwanais, darwainisme juridique.

TITLE : THE DOCTRINAL SOURCES OF THE TAIWANESE PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT :

Comparing with the history of the foreign doctrines, the study in the field of Private International Law started lately in Taiwan, where there is no tradition of research on Private International Law because of the historical factors. The doctrinal sources come from actually the foreign studies, which frequently brings the Taiwanese scholars to renew their visions in order to coordinate the diversity resulting from the different legal system.

However, there are no any French-speaking studies, which offer a general analysis on the doctrines of the Taiwanese Private International Law. Thus, this thesis tries to fill this gap. Moreover, the analysis relating to the reciprocal influence between the foreign theories and the Taiwanese studies will help us to reflect the basic idea of this discipline. Therefore, this thesis will also try to analyze the influence of these doctrinal sources on the Taiwanese Private International Law.

In the beginning, this study specifies the object of the Taiwanese Private International Law and then to analyze its adopted methodology. As regards the object of the Taiwanese Private International Law, the present thesis estimates that the field of study of the Taiwanese doctrines of the Taiwanese Private International Law is vaster than in the past. In the other hand, with regard to the methodology adopted, in our opinion, the idea of prevailing values, which come from the substantial law, will be the mainstream leading the methodology of the Taiwanese Private International Law.

KEY WORDS: Taiwan, Taiwanese Private International Law, prevailing value, the substantive law method, Macro-Private International Law, substantialization of connecting factors, competition of laws, Interst Analysis

DISCIPLINE : Droit privé

CENTRE DE DROIT PRIVÉ FONDAMENTAL

L'Escarpe - Salle 316, 11, rue du Maréchal Juin

B.P. 68, 67046 STRASBOURG CEDEX

Introduction

À Taïwan, le droit international privé apparaît comme un nouveau domaine d'étude, qui joue un rôle de plus en plus important dans le système juridique taïwanais. Aujourd'hui, de nombreux juristes taïwanais oeuvrent à la codification du droit international privé taïwanais¹. Même si le sens de cette évolution reste encore largement débattu, en particulier en matière de législation, la doctrine du droit international privé taïwanais est incontestablement entrée dans une nouvelle ère.

La doctrine du droit international privé taïwanais connaît, en effet, compte tenu de l'histoire contemporaine et de la situation politique internationale isolée de Taïwan, un développement singulier. Il convient donc tout d'abord de présenter brièvement Taïwan et son histoire.

Taïwan est le nom officiel de l'île de Formose, vaste île située à l'est de la côte chinoise (Province du Fou-Kien). « *E una ilha formosa !* » auraient été les premiers mots prononcés par les marins portugais qui découvrirent l'île en 1544. Et *formosa*, qui signifie *belle* en portugais, est demeuré longtemps le nom de l'île, jusqu'à ce que le nom chinois de *T'ai-wan*, qui signifie *terrasses sur la baie*, s'impose dans les relations internationales.

L'île émerge des eaux mouvementées de la mer de Chine à quelque cent cinquante kilomètres au large des côtes de la Chine méridionale, à cheval sur le tropique du cancer. Taïwan n'est séparé de la Chine que par le détroit de Formose, encore appelé détroit de Taïwan. Sa population est composée d'une dizaine de tribus malayo-polynésiennes, et des « Continentaux » qui sont venus massivement de tous

¹ En 1998, le Yuan judiciaire a mis en place une Commission chargée de réviser la loi de 1953, qui contient l'essentiel du droit international privé taïwanais. Dirigée par M. Han-Pao Ma, cette Commission a déjà présenté deux projets de révision de la loi de 1953. Pourtant, pour l'instant, la version finale de ce projet de droit n'a pas encore été adoptée. R.-C. CHEN, Propositions et tendance d'amendement de la loi de 1953, *Collection des actes de conférence des deux rives du détroit de Taïwan t.1*, 2005, pp.67-78 ; J.-F. HO, L'amendement de la loi de 1953 : perspectives en matière d'égalité des sexes et d'intérêt de l'enfant, *LM v.52*, 2001, p.4 ; C.-V. WANG, La nouvelle tendance d'amendement de la loi de 1953 : une perspective générale, *Collection des actes de conférence des deux rives du détroit de Taïwan t.1*, 2005, pp.1-31 ; C.-V. WANG, La révision de la loi de 1953, *HKLR n°31*, 2004, pp.1-46.

les coins de la Chine en 1949 (ils représentent près de dix pour-cent de la population taïwanaise). Le mandarin chinois est la langue officielle à Taïwan.

Bien que très proche du continent, Taïwan ne fut pas visitée par les colons chinois avant le XIV^e siècle. Au cours du XVII^e siècle, la Hollande, l'Espagne et le Portugal tentèrent de s'y implanter. Malgré quelques succès temporaires, les Hollandais furent chassés par le célèbre guerrier chinois Cheng-Cheng-Kung (les Hollandais l'appelèrent *Koxinga*) avec l'aide de plusieurs milliers de volontaires, après une longue guerre pour reprendre l'île qui ne se termina qu'en 1662. Cheng-Cheng-Kung défendait alors les intérêts de la dynastie des Ming, qui s'écroulait sous les coups des Mandchous. C'est seulement en 1886 que Taïwan fut rattachée comme province à l'Empire chinois (la dynastie des *Qing*, de 1885 à 1895), peu de temps avant d'être cédée au Japon à l'issue de la guerre sino-japonaise par le Traité de Simonosaki en 1895 (jusqu'en 1946).

Le premier gouvernement républicain chinois, dirigé par le Général Tchang Kaï Tchek ou Tchiang Kai-chek (lecture cantonaise de *Tsiang Kie-che*), a été combattu par l'Armée de libération populaire chinoise en 1949², et s'est ensuite exilé et installé à Taïwan.

En 1949, parmi les mesures adoptées par le président Tchang Kaï Tchek, un couvre-feu a été mis en place à Taïwan³. Pour renforcer son pouvoir de domination, le gouvernement dirigé par le parti nationaliste (*Guomindang*) a adopté une politique fermée en matière d'affaires étrangères. Cette attitude conservatrice et méfiante vis-à-vis de l'étranger a conduit à la mise en place d'un régime dictatorial, qui a profondément marqué la législation et la jurisprudence taïwanaises.

Face à l'adversité, le gouvernement taïwanais s'est appuyé sur l'aide des États-Unis pour défendre le territoire d'une éventuelle agression par le gouvernement

² La République de Chine a été fondée le 1er janvier 1912. Et le 1^{er} octobre 1949, les communistes chinois ont fondé la République populaire de Chine à Pékin (*Pei-King*).

³ Le couvre-feu n'a été supprimé qu'en 1987, par le président Lee Ten-Hui.

chinois⁴. Ce soutien explique, en outre, l'influence américaine sur la société taïwanaise, en particulier sur la culture, l'économie de marché, et la doctrine juridique. En effet, la guerre de Corée et la neutralisation du détroit de Taïwan par Truman contribuèrent à donner à l'île une garantie de survie en tant qu'entité politique, concrétisée en 1954 par le traité d'alliance avec les Etats-Unis. Grâce à l'aide américaine, la situation économique fut rapidement assainie. Dès 1958, la production était revenue au niveau d'avant-guerre. Une vaste réforme agraire permit aux paysans d'être tous propriétaires en 1960. Jusqu'en 1965, date à laquelle la mission américaine cessa d'exister, le taux de croissance du produit national brut fut de 7% par an.

Quand Taïwan fut livrée à elle-même, loin de retomber, ce taux atteignit 10% tandis que le revenu par habitant passait à 300 dollars, soit un des plus élevés d'Asie. Ce développement spectaculaire est notamment lié, depuis 1972, à la personnalité de Tchang Ching-Kuo, le fils de Tchang Kaï-tchek, qui lui succéda à la tête de Taïwan en avril 1975, comme Premier ministre. On parle aujourd'hui de « miracle économique » pour qualifier le développement taïwanais.

Les données du problème taïwanais ont cependant été bouleversées par l'adhésion de la Chine populaire à l'ONU en 1971, qui eut pour corollaire le départ de la République de Chine. Taïwan resta isolée sur la scène internationale⁵.

En fait, la société taïwanaise s'est complètement transformée en quelques décennies, pour passer de la société agricole à la société industrielle⁶. Cette

⁴ Les États-Unis ont alloué au gouvernement taïwanais de nombreuses aides financières. Entre 1951 et 1954, le programme d'aide américain s'est monté à plus de 375 millions de dollars américains. Et entre 1951 et 1968, c'est plus de un milliard et demi de dollars que Taïwan a reçu des États-Unis. P. LOROT et T. SCHWOB, Singapour, Taïwan, Hongkong, Corée du sud : les nouveaux conquérants ?, Hatier, 1997, p.36.

⁵ Notamment, Article "Taïwan", *Encyclopédie générale*, vol.11, Hachette, Paris, 1974, p.4324-4325 ; *Encyclopédie Tout l'univers*, volume 15, Hachette, Paris, 1974, p.3254-3255.

⁶ Le succès de l'économie taïwanaise, comme M. Cabesran l'a écrit, est fondé « *sur une réforme agraire (1951-1953) réussie, une politique de substitution d'importation, une industrialisation extrêmement rapide (à deux chiffres pendant plus de deux décennies - les années 60 et 70), une volonté d'expansion systématique d'exportation et un rôle essentiel de l'État dans la définition de la*

évolution sociale si rapide a obligé les juristes taïwanais à recourir, de manière systématique, aux diverses solutions disponibles en matière de droit privé⁷. De plus, la situation internationale singulière de Taïwan la place au milieu des grandes puissances que sont les États-Unis, le Japon et la Chine. Cette situation a peu à peu conduit les internationalistes taïwanais à adopter une approche visant à coordonner les différents systèmes juridiques. Le droit taïwanais ressemble ainsi, dans une certaine mesure, à « un musée » exposant les doctrines du droit international privé contemporain. La spécificité du droit international privé taïwanais résulte, en fait, de la concurrence entre les différentes sources doctrinales étrangères. C'est pourquoi notre étude se consacre à l'analyse de l'impact de ces sources étrangères sur le droit international privé taïwanais.

L'intérêt de l'étude. Force est de remarquer que le phénomène de la mondialisation et l'intense activité du marché asiatique ont suscité l'intérêt des internationalistes français⁸. Pourtant, il n'existe à ce jour aucune étude francophone qui offre une analyse générale de la doctrine du droit international privé taïwanais. Notre étude tente, par conséquent, de combler cette lacune.

Par ailleurs, il est à noter que la doctrine du droit international privé taïwanais s'est développée plus tard que celle des pays occidentaux. Les juristes taïwanais ont pu ainsi choisir librement les méthodes étrangères les plus « avancées » en la matière. Les doctrines étrangères les plus remarquables ont permis aux internationalistes taïwanais d'élaborer leurs propres théories. Et l'analyse des

stratégie de développement, par une planification indicative et aussi en s'appuyant sur les grandes entreprises nationalisées ». J.-P., CABESRAN, Taïwan, Chine populaire : l'impossible réunification, Dunod, 1995, p.22 s.

⁷ Par exemple, le tribunal taïwanais a introduit la notion de *punitive damages* dans un litige concernant l'accident de la circulation, qui provient du système juridique américain. Voir la décision du Tribunal de première instance de Taipei, Su n°2553, 1998. C.-F. CHEN, C.-W. CHEN, K.-L. SHAN et S.-H. HSU, La reconnaissance et la sanction du jugement américain en matière de pension "punitive damage", *Shuei-Lin*, 2004.

⁸ Par exemples, H. MUIR WATT, Globalisation des marchés et économie politique du droit international privé, *L'article de la mondialisation entre illusion et utopie*, *Archives de philosophie du droit*, t. 47, 2003, p. 243 ; B. AUDIT, Le droit international privé en quête d'universalité, *RCADI*, vol.305 (2003), p.23 ; P.-M. DUPUY, L'unité de l'ordre juridique international, *RCADI*, vol. 297(2002), p.25 ; E. LOQUIN, Les sources du droit mondialisé, *D&P* n°96, 2001, pp.70-77 ; H. MUIR WATT, Aspects économiques du droit international privé, *RCADI*, vol. 307, 2004, p.25-384.

relations et de l'impact des théories étrangères sur les théories de l'école taïwanaise nous conduit à nous interroger sur le fondement du droit international privé.

Afin de préciser l'objet de notre étude, une brève présentation de l'évolution historique de la doctrine de l'école taïwanaise en droit international privé s'impose (I), en particulier celle des principaux auteurs et de leurs ouvrages de référence. D'autre part, Taïwan dispose d'une loi spéciale en matière de droit international privé taïwanais. Par conséquent, nous présenterons dans un deuxième temps l'évolution de la législation taïwanaise en la matière (II).

I. L'histoire de l'école taïwanaise du droit international privé

Comparée à l'histoire des doctrines étrangères, la recherche en droit international privé taïwanais a débuté tardivement. En fait, aucune recherche en la matière n'a été entreprise à Taïwan pendant la période coloniale japonaise. L'étude du droit international privé n'a commencé que dans les années cinquante, après le retrait et la réorganisation du gouvernement national chinois à Taïwan. C'est *l'Université nationale de Taïwan* qui est la première institution à avoir mener des recherches sur le droit international privé à Taïwan.

Il est important de souligner, à cet égard, que ce sont les internationalistes chinois qui ont fondé la doctrine du droit international privé taïwanais. Parmi eux, se distinguent M. Yin-Chao Hung et M. Chung-Shei Mei, deux internationalistes de renom qui ont particulièrement influencé l'évolution du droit international privé à cette époque. M. Hung a été le premier président de la faculté de droit de *l'Université nationale de Taïwan*⁹. M. Mei, dont les travaux sont une véritable référence dans la doctrine taïwanaise, est également législateur. Il a notamment participé à l'élaboration de la *loi de 1953 relative à l'application du droit d'extranéité en matière d'affaires civiles* (ci-après la loi de 1953), – la source législative majeure du droit international privé taïwanais.

⁹ T.-S. WANG, L'évolution du droit taïwanais au XX^e siècle, *Yuan-Chao*, 2005, p.116.

De manière générale, les théories de MM. Yin-Chao Hung et Chung-Shei Mei s'inspirent de la théorie japonaise, notamment celle d'internationalistes japonais du début du XX^e siècle, comme la théorie de M. Saburo Yamada¹⁰. À cet égard, la théorie japonaise constitue le fondement commun de l'ancien droit international privé chinois et du droit international privé taïwanais¹¹. Il est à noter, toutefois, que la théorie japonaise s'est inspirée du système juridique de l'Europe continentale, c'est-à-dire principalement des théories française et allemande¹². Nous pouvons donc délimiter le contour des sources doctrinales du droit international privé taïwanais : il s'agit essentiellement des doctrines contemporaines des pays de l'Europe de l'Ouest. En effet, on ne peut entreprendre une recherche sur les sources doctrinales du droit international privé taïwanais sans recourir à l'approche comparative. Et force est de constater que l'évolution de la doctrine européenne contemporaine du droit international privé influence toujours la doctrine du droit international privé taïwanais.

Le mécanisme du droit international privé taïwanais a été établi par M. Han-Pao Ma au cours des années soixante. Le professeur Ma a construit un modèle théorique, qui a été mis en oeuvre dans la pratique, notamment dans la jurisprudence taïwanaise. Les disciples de M. Ma, tels que MM. Chun-Liang Lai et Ho-Chen Li, ont fidèlement suivi sa théorie et appliqué son approche dans certaines matières du droit international privé. La théorie de M. Ma a également été soutenue par le professeur Tei-Chen Liu et ses disciples, les professeurs Rong-Chwan Chen et Lei-Kung Lai. Ces derniers font partie de la Commission chargée de réviser la loi de 1953, et sont responsables de l'élaboration du projet de loi.

Au cours des années soixante-dix et quatre-vingt, l'école taïwanaise s'est

¹⁰ D. XU, Le droit international privé en Chine : une perspective comparative, *RCADI*, t. 270, 1997, p.107

¹¹ En ce qui concerne la relation entre les doctrines japonaise, chinoise et taïwanaise, voir le schéma dans l'annexe I. Le développement de la nouvelle doctrine du droit international privé chinois a pris une autre direction à partir de 1949. Pour une présentation plus détaillée, voir dans cette thèse, deuxième Partie, Titre 1, Chapitre premier, Section 2.

¹² S. YAMADA, Le droit international privé au Japon, *JDI*, 1901, p.632.

intéressée à la doctrine française. C'est en effet à cette époque que les internationalistes taïwanais qui avaient suivi des études en France sont retournés à Taïwan. Parmi eux figurent notamment les professeurs Zeu-Tung Ko et Ming-Ruu Tseng-Chen. Ils ont enrichi la doctrine du droit international privé taïwanais en introduisant les nouvelles théories françaises.

D'autres théories étrangères ont été importées au cours des années quatre-vingt, en particulier la nouvelle doctrine américaine, avec notamment l'analyse des intérêts gouvernementaux (*governmental interest analysis*) et la théorie du lien le plus pertinent (*the theory of the most significant relationship*). Les professeurs Chang-Ven Chen, Lon-Sjue Chen et Fong-Sien Kao prônent cette nouvelle doctrine américaine¹³. Ils préconisent l'utilisation de la nouvelle méthode du droit international privé, notamment en ce qui concerne la révision de la loi de 1953. Dans cette perspective, le professeur Lon-Sjue Chen a proposé une alternative à la théorie classique en basant sa théorie sur un autre fondement : il s'agit de *la théorie de la valeur prédominante*¹⁴.

Par conséquent, les sources doctrinales du droit international privé taïwanais s'avèrent être multiples et variées. L'abondance de ces doctrines présente un intérêt particulier en matière de droit international privé comparé : les sources doctrinales du droit international privé taïwanais offrent, en effet, un modèle d'évaluation des différentes solutions de droit. Elle invite aussi à reconsidérer le fondement du droit international privé et ses postulats, et à adapter l'approche traditionnelle de la question à ces nouvelles considérations.

II. L'évolution de la législation taïwanaise en droit international privé

Le système juridique taïwanais est généralement présenté comme un système

¹³ C.-V. CHEN, Le passé et le futur de la méthodologie en droit international privé (I), *LM*, v. 35, n° 6, 7, 1984, p.6, p.5 ; F.-S. KAO, L'évolution de la théorie américaine du droit international privé, 1990 ; L.-S. CHEN, La nouvelle théorie américaine du droit international privé, *Wu-Nan*, 1987.

¹⁴ L.-S. CHEN, The Choice of Laws Rules Based on Substantive Law Methodology (I) (II), *TULR* n°21, 22, 2004, 2005, pp.185-242, pp.307-371 ; L.-S. CHEN, The Universally Shared Principles in Conflict of Laws, *FJLJ* n°3, 1984, p.418.

juridique de type continental. Le droit taïwanais, en particulier le droit privé, s'est inspiré du droit allemand. En ce qui concerne le droit international privé, la loi de 1953 est traditionnellement considérée comme la source principale du droit international privé taïwanais¹⁵. En effet, la loi de 1953 est une révision de la loi de 1918 *relative à l'application du droit*, promulguée par le gouvernement de Pékin (*Pei-King*) pendant la première guerre mondiale. Cependant, ce mode de règlement moderne ne permet pas toujours de résoudre les questions de droit privé internationales¹⁶.

Après la Deuxième guerre mondiale, les États-Unis et le Royaume-Uni ont aboli les traités qu'ils jugeaient inégaux avec la Chine. Le nouveau contexte international a incité le gouvernement national chinois à élaborer une nouvelle loi pour résoudre les litiges internationaux, dont le nombre s'est accru en Chine après la Deuxième guerre mondiale. En 1952, le ministère de la Justice a entrepris la rédaction d'un projet de loi en matière d'affaires d'extranéité. La nouvelle loi a finalement été adoptée par le Yuan législatif en 1953¹⁷.

Toutefois, le champ d'application de la loi de 1953 connaît certaines limites, et ne comprend pas la relation privé dite « quasi-internationale » dans le cas des relations entre la Chine et Taïwan¹⁸. En effet, la loi de 1953 ne s'applique pas aux affaires privées sino-taïwanaises, c'est *le règlement relatif aux affaires entre la région taïwanaise et la région continentale chinoise* de 1992 qui règle ce type d'affaires.

¹⁵ T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *San-Ming*, 3 éd., 2004, p. 20 ; H.-P. MA, Droit international privé, 2004, p. 41 ; Z.-T. KO, Droit international privé, Yuan-Chao, 2éd., 2004, p.38.

¹⁶ Par exemple, il reste certaines dispositions concernant « la concession de l'autorité judiciaire ». Cela ne correspond plus à la situation actuelle. Voir H-P Ma, Private International Law of the Republic of China : Past, Present and the Future, in *Private Law in the International Arena*, T.M.C. Asser Press, p. 413.

¹⁷ Le *Yuan* est l'organe central de l'administration de la République de Chine (Taïwan). L'administration de Taïwan est organisée selon trois niveaux : le niveau central est constitué de la présidence de la République, de l'Assemblée nationale et des cinq Yuans (exécutif, législatif, judiciaire, des examens et de contrôle). Voir <http://www.ly.gov.tw>

¹⁸ C.-S. MEI, Droit international privé, *San-Ming*, 9éd., 1989, p.61 s.

Le règlement de 1992 constitue le principal aboutissement des négociations engagées entre Taïwan et la Chine en novembre 1992. En effet, la politique isolée du gouvernement taïwanais a connu un tournant majeur à partir de 1987. Et en avril 1993, une « réunion *Koo-Wang* »¹⁹ a permis la signature d'un accord relatif à la garantie des droits et des intérêts légitimes des peuples taïwanais et chinois. Cet accord contient les principes de résolution des différends entre Taïwan et la Chine en matière d'affaires civiles.

À Taïwan, le règlement de 1992 est considéré comme un règlement spécial de la loi de 1953. Dans ce règlement, l'autorité du juge taïwanais est plus grande que dans la loi de 1953, et les dispositions en sont plus sévères²⁰. Différents facteurs expliquent cette évolution. D'une part, la tension entre Taïwan et la Chine ne s'est jamais relâchée pendant les dernières décennies. D'autre part, les relations d'affaires entre les deux rives du détroit sont empreintes d'un sentiment nationaliste, et d'une certaine préoccupation pour la sécurité nationale. Cette situation a conduit les juristes taïwanais à développer une théorie spécifique pour interpréter les relations complexes entre la Chine et Taïwan. Dans cette optique, les relations privées internationales peuvent être classées en deux catégories : la relation internationale *générale*, entre un Taïwanais et un étranger ou des étrangers ; et la relation internationale *spéciale* (ou selon certains auteurs, la relation *quasi-internationale*, ou encore *interrégionale*)²¹, entre un Taïwanais et un Chinois.

Par conséquent, il n'existe à l'heure actuelle, à Taïwan, aucun code du droit international privé. Il est ainsi difficile de délimiter le contour du *droit international privé taïwanais* en matière de législation. Et désormais, les internationalistes

¹⁹ Il s'agit du Sommet entre Wang Daohan, président de l'*Association pour les Relations à travers le Détroit* de Taïwan (ARATS) de Chine continentale, et Koo Chen-fu, président de la *Fondation des Échanges entre les Deux Rives* (SEF) de Taïwan.

²⁰ En matière de succession, par exemple, lorsque le successeur est originaire de la région continentale, l'article 67 du règlement de 1992 stipule que la succession est limitée à la somme de deux millions de dollars taïwanais.

²¹ Z. HUANG, Le conflit de droits interrégionaux privés, *Yung Zeng*, 1996, p.81 ; L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, 2001, p.488 ; L.-K. TUNG, Le droit international privé, 2002, p.473 ; T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Le droit international privé, *San-Ming*, 2^e éd., 2000, p.757.

Taïwanais ne limitent plus seulement leurs recherches au domaine traditionnel du droit international privé. L'adaptation de la doctrine classique du droit international privé par l'école taïwanaise est une tendance remarquable, qui permet d'esquisser la nouvelle forme du droit international privé.

Objectifs et plan de l'étude. À Taïwan, il n'existe pas de tradition de recherche en matière de droit international privé pour les raisons historiques que nous avons évoquées. Les sources doctrinales sont, en l'occurrence, étrangères. Et la concurrence entre les différentes doctrines étrangères s'est particulièrement renforcée au cours des dernières années avec le développement rapide de l'économie et de la société taïwanaise. Cette concurrence remet en question la doctrine classique du droit international privé et incite les internationalistes taïwanais à élaborer leurs propres théories pour s'adapter à ce nouveau contexte international.

Pour analyser cette réévaluation de la doctrine, nous utiliserons la méthode comparative classique. Ainsi, dans un premier temps, nous présenterons les différentes théories et solutions de droit proposées, et dans un deuxième temps, nous entreprendrons la comparaison et la critique de ces théories et solutions de droit. C'est le droit international privé taïwanais qui nous servira de référent pour comparer les convergences et divergences de ces doctrines provenant des pays occidentaux. Dans cette perspective, nous procéderons à une analyse approfondie des thèses étrangères ou locales, de manière à évaluer leur influence sur la question spécifique du litige d'extranéité.

L'approche comparative met en exergue le caractère protéiforme du droit international privé, et conduit à s'interroger sur la pertinence d'une définition unique de ce vaste champ d'étude de nos jours. En effet, cette question concerne essentiellement l'objet du droit international privé, qui reste un sujet largement débattu par les internationalistes. En France, par exemple, l'on distingue généralement trois domaines d'étude : les sujets de droits (la nationalité et la condition des étrangers), les conflits de juridictions, et les conflits de lois²². À Taïwan,

²² H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, p.17.

cependant, sous l'influence de l'école allemande, le problème de la compétence internationale est généralement exclu du champ d'étude du droit international privé²³.

Le conflit de lois reste considéré comme le domaine d'étude et de recherche par excellence en droit international privé taïwanais. Et l'évolution de la doctrine du droit international privé taïwanais concerne principalement cette question. Selon la théorie classique du droit international privé taïwanais, l'expression *conflit de lois* est employée pour désigner le droit international privé. Selon cette approche, l'étude de la doctrine du droit international privé taïwanais se concentre sur le conflit de lois, c'est-à-dire sur la manière d'appliquer le droit.

Dans ce contexte juridique, notre étude s'intéresse au rôle et à l'influence des théories étrangères sur le droit international privé taïwanais, et à l'analyse de ses sources doctrinales. Plusieurs questions jaillissent de cette réflexion : cette influence a-t-elle transformé le visage du droit international privé ? Les internationalistes taïwanais adhèrent-ils sans réserve à ces théories étrangères ? Quelle méthode préconisent-ils en droit international privé taïwanais ?

Nous tenterons, dans notre étude, de répondre à ces questions, en précisant, tout d'abord, l'objet du droit international privé taïwanais (Partie I), et en examinant ensuite la méthodologie retenue par l'école taïwanaise (Partie II).

Première Partie

L'objet du droit international privé à travers les sources doctrinales

Deuxième Partie

La méthodologie du droit international privé à travers les sources doctrinales

²³ H.-P. MA, Droit international privé, op. cit., p. 32.

PREMIERE PARTIE

L'OBJET DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ A TRAVERS LES SOURCES DOCTRINALES

La définition du droit international privé comme « ordre de système »²⁴ est concrète et déterminée. Pourtant, la diversité des doctrines du droit international privé laisse penser, en fait, que donner une définition propre à cette discipline est une tâche bien plus ardue.

L'évolution du droit international privé en Europe continentale de l'Ouest témoigne de cette difficulté. Longtemps, les internationalistes européens ont tenté de définir le droit international privé, sans jamais parvenir à la formulation d'une définition unique de cette discipline. Comme MM Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières l'ont souligné, la doctrine du droit international privé « demeure incertaine lorsqu'il s'agit de formuler une définition. La seule qualification sur laquelle tout le monde s'accorde est celle de « matière difficile » attribuée à cette discipline »²⁵. Sans doute est-ce la raison pour laquelle la plupart des auteurs commencent leur étude par une réflexion sur l'objet du droit international privé.

En l'occurrence, nous aborderons notre champ d'étude en utilisant deux perspectives : la première est un point de vue interne et ne vise que le droit international privé lui-même. Il s'agit des questions fondamentales concernant la nature du droit international privé dans la doctrine taïwanaise (Titre I). La seconde est un point de vue externe, et vise à comparer le droit international privé avec d'autres disciplines. Ainsi, cette approche en deux temps permettra de situer et de délimiter le domaine de recherche du droit international privé taïwanais. (Titre II)

²⁴ Cette expression est empruntée à M. H. Batiffol. L'expression « ordre de système » signifie que le droit international privé observe le caractère systématique du droit. H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, Paris, 2002 (1^{ère} édition en 1956), p.19, n°8.

²⁵ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, p. 1, n° 1. C'est peut-être une tradition de l'école française, depuis Bartin, d'éviter de définir le droit international privé au début d'un ouvrage. La définition du droit international privé est souvent remplacée par une réflexion sur l'objet du droit international privé ou par des exemples concrets.

Titre I Nature du droit international privé taïwanais

La recherche sur le droit international privé à Taïwan est récente. À l'époque de la colonisation japonaise, cette discipline était essentiellement subordonnée au droit international public²⁶. Ce n'est qu'en 1946, lorsque les internationalistes chinois se sont réfugiés à Taïwan, que la doctrine du droit international privé Taïwanais a été fondée. La doctrine chinoise s'est inspirée de manières directe et indirecte de la doctrine japonaise et des doctrines d'Europe continentale. Aussi, dans notre réflexion sur la nature du droit international privé, est-il intéressant de souligner que la doctrine du droit international privé taïwanais reflète dans une certaine mesure les idées des internationalistes européens²⁷.

Dans les pays d'Europe continentale de l'Ouest, la nature du droit international privé reste un sujet de discussion. Au cours du temps, les internationalistes européens ont pu élaborer leurs propres principes et méthodes en fonction des différentes connaissances et théories sur la nature du droit international privé. Il existe à ce sujet deux perspectives principales, que nous examinerons et discuterons dans les chapitres suivants : la doctrine publiciste, (Chapitre 1) et la doctrine privatiste (Chapitre 2).

²⁶ De 1933 à 1937, le Professeur japonais Sakutaru Tachi a enseigné le droit international public à l'Université de l'Empire à Taipei, (Après 1946, cette Université est devenue l'Université nationale de Taïwan), qui était aussi le seul institut de recherche de droit international à Taïwan pendant la période de la colonisation japonaise. Puis le Professeur Yamashita a succédé au Professeur Tachi. Tay-Sheng WANG, L'évolution du droit taïwanais au XX^e siècle, *Yuan-Chao*, 2005, p.140.

²⁷ À la fin du XIX^e siècle, les doctrines du droit civil et commercial japonais se sont généralement inspirées de la théorie et de la législation des pays européens. Le droit international privé au Japon considéré comme loi spéciale, nommée *Ho-rei*, a adopté en effet beaucoup de principes occidentaux. Ce type de législation a directement influencé les législateurs chinois au début du XX^e siècle. En ce qui concerne la notion générale du droit international privé japonais en 1899, voir S. YAMADA, Le droit international privé au Japon, *JDI*, 1901, p.639.

Chapitre I. Nature de la doctrine publiciste

Dans une réflexion sur la doctrine publiciste, il nous faut tout d'abord nous intéresser à la théorie principale et à son évolution. Du point de vue théorique, la doctrine publiciste se base sur la conception classique de la souveraineté, qui constitue l'un des principes fondamentaux communs au droit international public et privé. Du point de vue historique, la doctrine publiciste pourrait remonter au XIII^e siècle, avec la doctrine statutaire italienne²⁸. Le territorialisme hollandais a ensuite renforcé son fondement doctrinal au XVII^e siècle²⁹. Et cette thèse a été soutenue par les internationalistes européens jusqu'au début du XX^e siècle³⁰.

Comme la plupart des doctrines classiques ayant une longue tradition, la doctrine publiciste a connu une évolution et a été améliorée par ses partisans successifs. Ainsi, dans ce chapitre, nous nous attarderons sur deux aspects spécifiques de la doctrine publiciste : l'évolution, d'une part, de la doctrine publiciste internationale à la doctrine publiciste interne (Section 1); et d'autre part, l'influence de cette évolution sur la doctrine du droit international privé taïwanais (Section 2).

Section 1. De la doctrine publiciste internationale à la doctrine publiciste interne

L'assertion de la doctrine publiciste en droit international privé a un long passé. Cette idée pourrait avoir été empruntée à la doctrine statutaire primaire au cours du

²⁸ P. MAYER, L'État et le droit international privé, *Droit*, n°16, 1992, p.33s., spec. p.34.

²⁹ E.-M. MEIJERS, L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge, RCADI, 1934, III, p.547s., spec. p.663

³⁰ Par exemple, en ce qui concerne l'objet du droit international privé, Bartin a écrit : « *le droit international privé nous apparaît comme l'ensemble des règles destinées à concilier, en fixant les justes limites de chacune d'elles, les différentes souverainetés, dans leur double fonction législative et juridictionnelle de droit privé* ». E BARTIN, *Principes de droit international privé*, 1930, vol. 1, §55, p.112.

XIII^e siècle. Cette doctrine préconisait que le souverain devait régler parmi ses sujets, le problème du conflit de lois et résoudre les conflits de coutumes provenant de la souveraineté des diverses cités. Cette idée a également été soutenue par les auteurs français, glossateurs et postglossateurs. Au XVII^e siècle, elle a été reprise par les auteurs hollandais. Selon l'école hollandaise, le conflit de lois est considéré comme un conflit international de souveraineté. C'est la première fois que la doctrine publiciste, en droit international privé, assimile alors le conflit de lois au conflit international entre États souverains³¹.

Parallèlement à la doctrine publiciste internationale, la doctrine publiciste interne prend une position différente : la pensée se fonde sur la notion de souveraineté interne. La doctrine publiciste interne ne se consacre qu'au champ d'application de la loi du for. L'analyse ne concerne ainsi que la question de la répartition des compétences normatives de l'État dans les litiges internationaux. Le but du droit international privé consiste alors essentiellement à résoudre les problèmes de conflit de souveraineté interne.

Entre la doctrine publiciste internationale et celle publiciste interne, les internationalistes taiwanais retiennent généralement la seconde plutôt que la première. Nous estimons que cette position est conforme à la tendance observée par la théorie du droit international privé contemporain. Il convient donc de commencer notre démonstration en nous intéressant de plus près à l'influence de la thèse publiciste internationale sur le droit international privé, (§1) puis en examinant la thèse publiciste interne (§2).

³¹ P. MAYER, L'état et le droit international privé, *op. cit.*, p.35.

§ 1 La thèse publiciste internationale

Il existe, depuis longtemps, une théorie, à laquelle les juristes se consacrent en cherchant les principes et le contenu du droit international privé : cette théorie est celle d'un ordre juridique « supraétatique », qui est considéré comme le fondement à la fois du droit international public et du droit international privé. Et, dans la doctrine contemporaine de droit international privé, la thèse publiciste internationale s'est longtemps imposée comme le principal courant de pensée dans les pays européens³².

Or, en général cette thèse n'est pas acceptée par les internationalistes taiwanais. Au contraire, elle est considérée comme une fiction issue de la théorie. Nous tenterons donc de démontrer que cette idée fondamentale du droit public international résulte en fait de la confusion de deux disciplines, le droit international public et le droit international privé, en se fondant sur la présomption d'un ordre international supérieur (A). Ensuite, nous montrerons les inconvénients et lacunes de cette thèse pour expliquer le rejet des juristes taiwanais (B).

A. La présomption d'un ordre juridique supraétatique

Le concept d'ordre juridique supraétatique pourrait s'appliquer à la doctrine statutaire italienne. Cette doctrine préconise la détermination juridictionnelle du champ d'application des diverses catégories de lois, en fonction de leur objet « réel » ou « personnel »³³. Le fondement de la solution doit être recherché dans la nature et

³² Nous pouvons ainsi constater, surtout entre le XIX^e et le XX^e siècle, que beaucoup d'internationalistes européens étaient des publicistes, tels que Mancini et Anzilotti en Italie, Zieteman en Allemagne, et Pillet en France. B. AUDIT, Droit international privé, p.31, n° 41.

³³ D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, p. 172, n°262.

la qualité des statuts, en se référant aux textes du droit romain³⁴.

L'idée de « communauté de droit » dans la doctrine statutaire italienne a été reprise dans la doctrine statutaire hollandaise, qui invoque la courtoisie internationale (ou *comitas gentium*) pour justifier l'application de la loi étrangère. La courtoisie internationale, ou encore l'idée d'une réciprocité internationale, devient ainsi le nouveau fondement international remplaçant la solution traditionnelle préconisée par les italiens dès le XIII^e siècle, reposant sur l'idée d'une communauté de droit, en l'occurrence le droit romain. Cette notion de courtoisie internationale joue un rôle important dans la doctrine statutaire hollandaise. Nous pouvons appréhender sa fonction au sein de la doctrine hollandaise à travers les trois axiomes d'Huber :

1° Les lois de chaque État s'imposent dans les limites de son territoire et régissent tous ses sujets, mais n'ont aucune force au-delà ;

2° Doivent être considérés comme les sujets d'un État tous ceux qui se trouvent dans les limites de son territoire, qu'ils y soient fixés d'une manière définitive ou n'y aient qu'une demeure temporaire ;

3° Les chefs des États, par courtoisie, font en sorte que les lois de chaque peuple, après avoir été appliquées dans les limites de leur territoire, conservent leur effet en tout lieu, pourvu que les autres États, et leurs sujets, n'en reçoivent aucune atteinte dans leur pouvoir ou dans leur droit³⁵.

D'après Huber, l'idée de la *comitas gentium* ne dépend pas du bon plaisir du souverain de chaque pays, mais de l'intérêt commun et d'une convention tacite de

³⁴ B. AUDIT, Droit international privé, p. 60, n°73 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Droit international privé, p. 87, n° 86 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, p. 43, n° 58.

³⁵ Traduction de L. ARMAND, Introduction au droit international privé, Paris, Cotillon, t. II, 1892, p.107.

tous les peuples³⁶. M. Gutzwiller a précisé à ce sujet que la doctrine hollandaise, en particulier la thèse d'Huber, était une « *synthèse de la tradition italienne et de l'École de d'Argentré ; mais elle contient déjà l'esprit international de Grotius et des doctrines modernes sur la souveraineté*³⁷. » La *comitas gentium* est donc parfois considérée comme un synonyme de la règle du droit international public. Elle est en effet un lien qui unit tous les ordres juridiques des États. L'idée de la *comitas gentium* serait ainsi le fondement commun du droit international public et du droit international privé³⁸.

L'idée d'un ordre juridique supraétatique dirigeant la règle du droit international privé était le courant de pensée prédominant en droit international privé avant le XX^e siècle en Europe³⁹. Cette idée provient en effet d'une confusion entre le droit international public et le droit international privé, en assimilant le conflit de lois au conflit de souverainetés⁴⁰. Le droit international privé était donc considéré comme une branche du droit international public. Cette conception moniste conduisait ainsi les internationalistes à supposer l'existence d'un ordre juridique supérieur contrôlant la règle des conflits de lois.

Au XX^e siècle en Europe, le système du droit est envisagé comme une entité

³⁶ E.-M. MEIJERS, L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge, *op. cit.*, p.667 ; voir aussi BATIFFOL et LAGARDE, p.384, n°225s., ils précisent que « les termes *ex comitate* ont été malencontreusement traduits « par courtoisie », ce qui a donné à la doctrine ainsi présentée un retentissement générateur de discussions ardentes. (...) En réalité, les auteurs hollandais envisageaient sous ce vocable les intérêts généraux de la collectivité et des considérations d'humanité ».

³⁷ M. GUTZWILLER, Le développement historique du droit international privé, RCADI, 1929, IV, p.291s., spec. P.327.

³⁸ DICEY and MORRIS, The Conflict of Laws, 13^{ed.} (éditeur Lawrence Collins), London, Sweet & Maxwell, vol.1, p.5, n°1-010; voir aussi J.-L. ELHOUEISS, L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé, JDI, 1, 2003, p.39 s., spec. p.48.

³⁹ J.-L. ELHOUEISS, Personnalité et territorialité en droit international privé, thèse Paris II, 2002, p.261, n°436 ; F. RIGAUX, Le droit international privé face au droit international, RCDIP ; 1976, p.261 s.

⁴⁰ P. MAYER, L'État et le droit international privé, *op. cit.*, p.35.

composée de normes, organisées de manière hiérarchique⁴¹. La doctrine de Kelsen illustre cette idée. Et en ce qui concerne les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, ce grand juriste autrichien soutenait que : « (...) *les rapports entre État et communauté internationale, ou encore entre droit interne et droit international, sont des rapports systématiques, c'est-à-dire que ce sont deux éléments d'un seul et même système juridique. De la sorte, nous aurons établi l'unité du droit en tant que système de toutes les règles juridiques en vigueur, tant des règles de droit interne que de celles de droit international*⁴². » Cette thèse nous semble être caractéristique de la conception d'un ordre juridique supraétatique. Dans ce cadre, le droit international privé est alors considéré comme un droit secondaire, hiérarchiquement inférieur, dans le système moniste mondial, et qui doit être soumis au contrôle de l'ordre international supérieur.

Cependant, les internationalistes taiwanais rejettent unanimement cette conception. Il existe au moins deux raisons motivant ce rejet : tout d'abord, il faut souligner que le développement de la doctrine du droit international privé taiwanais a commencé tardivement par rapport aux pays occidentaux européens. Il manque à la doctrine taiwanaise la tradition de la recherche sur la théorie statutaire. Et c'est sans doute ce qui explique pourquoi l'idée d'une communauté de droit ou d'un ordre juridique supraétatique ne reçoit que peu d'écho parmi les internationalistes taiwanais. Ensuite, cette hypothèse peut être critiquée, et c'est ce à quoi nous allons nous employer dans la section suivante.

B. Les controverses à propos de l'idée d'un ordre juridique supra- étatique

L'idée d'un ordre juridique supraétatique soulève, du point de vue des internationalistes taiwanais, deux critiques principales. Dans la doctrine tout d'abord,

⁴¹ H. MUIR WATT, Aspects économiques du droit international privé, RCADI, t. 307, 2004, p.25, spec. p.39.

⁴² H. KELSEN, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, RCADI, 1926, IV, p.231 s..

la perspective privilégiée par presque tous les internationalistes taïwanais est particulariste, contrairement à la conception universaliste qu'implique un ordre juridique supraétatique⁴³. Le droit international privé taïwanais est ainsi qualifié de droit interne. Ensuite, dans la pratique à Taïwan, ni la jurisprudence ni la législation interne ne reconnaît l'idée d'un ordre juridique supraétatique. Les juristes taïwanais ne conçoivent pas le droit international public comme le sommet de la hiérarchie des normes, il est soumis au contrôle constitutionnel⁴⁴.

Les internationalistes taïwanais soutiennent que la vocation du droit international privé est de résoudre les litiges internes impliquant des éléments d'extranéité. Le juge saisi applique ses propres règles de conflit en fonction de la souveraineté interne du for. Le recours à la loi étrangère résulte en l'occurrence du règlement national d'un conflit de loi⁴⁵. Et dans ce contexte, la recherche d'un ordre juridique supraétatique reste un objectif qui laisse indifférent la plupart des internationalistes à Taïwan.

Force est de reconnaître, toutefois, que le lien entre le droit international public et le droit international privé est étroit. Les internationalistes taïwanais admettent, conformément à la doctrine française, que le traité constitue l'une des sources du droit international privé taïwanais⁴⁶. Mais cela ne veut pas dire pour autant que

⁴³ *A contrario*, la conception universaliste, comme la thèse de Savigny, qui croit en l'existence d'un ordre juridique commun supérieur aux ordres juridiques particuliers. SAVIGNY, Traité de droit romain, traduit de l'allemand par Ch. GUENOUX, Tome VIII, Paris, 1851, p.30-31.

⁴⁴ À Taïwan, l'interprétation faite lors de la conférence des Juges honorables (du 24 décembre 1993, n°329) établit que le traité a une force égale à celle de la loi interne. Selon le raisonnement de cette interprétation, les juristes taïwanais ont donc déduit que le traité ne pouvait pas violer les principes de la Constitution. C.-T. YO, Le rapport entre les traités et le droit international privé, *NCCULJ* v.1, 1998, p. 285, spec. p.330.

⁴⁵ H.-P. MA, Droit international privé, 2004, éd. nouvelle, p.17 ; Y.-C. HUNG, Droit international privé, *Ven-Hwa*, 4éd., 1988, p.14 ; C.-S. MEI, Droit international privé, *San-Ming*, 9éd., 1989, p. 10 ; Y.-C. SU, Droit international privé, *Wu-Nan*, 5éd., 2002, p. 7 ; M.-R. TSENG-CHEN, Théorie générale du droit international privé (partie générale), *Shuei-Lin*, 7éd., 2003, p. 12 ; T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *San-Ming*, 3éd., 2004, p.3.

⁴⁶ H.-P. MA, *op. cit.*, p.44 ; Y.-C. SU, *op. cit.*, p.36 ; T.-C. LIU et R.-C. CHEN, *op. cit.*, p.22 ; J.-Y. LIU, Droit international privé, *San-Ming*, 3éd., 2001, p.34 ; Z.-T. KO, Droit international privé, *Yuan-Chao*, 2éd., 2004, p. 45.

l'existence d'un ordre juridique supraétatique est affirmée. Au contraire, au moins deux arguments viennent étayer ce raisonnement.

En premier lieu, en vertu de l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi.* » Cet article, énonçant le principe « *pacta sunt servanda* », stipule que le traité est une convention entraînant des obligations réciproques à la charge des États contractants. On peut donc en déduire que les obligations des traités internationaux ne se bornent pas moins à la volonté de l'État. C'est l'État, le sujet du droit international public, qui confère en réalité une force contraignante à ces obligations internationales. Autrement dit, ces obligations sont essentiellement facultatives si l'État le décide. Elles ont acquis leur force obligatoire dans la mesure où l'État a exprimé formellement sa volonté de conclure le traité⁴⁷. Dans cette perspective, le contenu du traité fait partie du droit interne à travers la volonté de l'État⁴⁸.

En deuxième lieu, même si certaines formules sont devenues des principes communs à la majorité des États en droit international privé⁴⁹, cela ne veut pas dire que chaque État doit être obligé d'accepter ces formules⁵⁰. M. Ma a indiqué, dans son ouvrage de droit international privé, qu'un ordre juridique supraétatique reste une

⁴⁷ Sur ce point, il existe une analyse dualiste de l'ordre international et des ordres internes, MM. COMBACAU et SUR, *Droit international Public, Montchrestien*, 1993, p.56 ; La Cour de Justice Internationale de La Haye a rappelé dans l'affaire de la « Compétence des Tribunaux de Dantzig », le 3 mars 1928, CPJI série B, n°15 : « *selon un principe de droit international bien établi (...) (un) accord international ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux* ».

⁴⁸ De plus, pour expliquer la relation entre le droit international et l'État, nous souhaitons citer M. Elhoueiss : « *si l'accord unanime des États sur l'existence et la force obligatoire d'un principe du droit international ne se fait pas, il n'y a pas de principe international et encore moins de vocation ; la vocation du droit international n'est en réalité que celle de la société internationale et derrière elle, des États qui la composent ; les instruments d'édition d'une norme internationale existent et s'ils ne sont pas employés, c'est que les États refusent de le faire et donc refusent de créer du droit international.* », J.-L., ELHOUEISS, *op. cit.*, p.290, n°479.

⁴⁹ Par exemples, *lex rei sitae*, *locus regit actum* etc.

⁵⁰ H.-P. MA, *op. cit.*, p.17 ; Y.-C. SU, *op. cit.*, p.7.

hypothèse d'école. Affirmer l'existence de cet ordre n'est pas fidèle à la réalité⁵¹. En fait, il n'y a aucun principe de droit international public à l'origine de la législation interne en droit international privé. Le droit international privé n'est donc pas une branche du droit international public. Par conséquent, la nature interne du droit international privé semble difficilement contestable.

Cette thèse particulariste est généralement soutenue par les internationalistes taiwanais. En même temps, certains juristes taiwanais constatent également que l'influence des organisations non étatiques, en particulier dans le domaine du commerce international, est de plus en plus grande dans les transactions internationales⁵². La solution aux litiges internationaux ne se limite donc pas seulement aux normes étatiques, mais s'étend aussi à des normes non étatiques.

Le développement d'une société de commerce international encourage les juges et les arbitres à appliquer les règles non étatiques, telles que la *lex mercatoria*, les principes de l'entente amiable, ou encore les principes UNIDROIT⁵³. Dans certaines affaires commerciales internationales, les règles du droit interne, y compris celles du droit international privé, ne peuvent pas toujours fournir les solutions adéquates. C'est pourquoi certains auteurs taiwanais accentuent l'importance des règles non étatiques. Ces règles ont essentiellement un caractère universel, et se distinguent de la règle de conflit classique par leur méthode directe et matérielle.

Cependant, les règles non étatiques ne constituent pas pour autant des preuves de l'existence d'un ordre juridique supraétatique. En effet, les règles non étatiques n'ont pas de force obligatoire, c'est le juge en réalité qui a le pouvoir de déterminer

⁵¹ H.-P. MA, op. cit. p.19.

⁵² Z.-T., KO, La nouvelle tendance de méthodologie en matière contractuelle en droit international privé : critique à propos du droit sino-taiwanais, *NTULR* t. 23, 1993, p.277 ; Z.-T., KO, L'évolution de la règle de conflit, *FLR* n°107, 1999, p.106, spec. p.109 ; E.-F. LAN, L'introduction au droit international privé, 1995, p.82.

⁵³ Voir l'arrêt de la Cour suprême du 29 décembre 2005, *the Uniform Customs and Practices for Documentary Credits* (UCP) qui s'applique au lieu du droit civil taiwanais.

s'il convient d'appliquer ces règles ou non. De plus, ces règles occupent une place subsidiaire par rapport à celle du droit international privé. Leur rôle est de fournir au juge une solution qui puisse s'appliquer au problème, pour remplacer une solution inadéquate dans le cadre de la règle de conflit classique.

Par conséquent, la présomption d'un ordre juridique supraétatique ne peut être acceptée par les internationalistes taiwanais. Autrement dit, la thèse assimilant le conflit de lois au conflit international de souverainetés, – fondement de la thèse publiciste en droit international –, ne peut pas être soutenue par la doctrine du droit international privé taiwanais. En opposition à la thèse publiciste en droit international, il convient à présent d'analyser la doctrine publiciste interne en droit international privé.

§ 2 La thèse publiciste interne

Étant donné que la notion d'ordre juridique supraétatique ne peut être considérée comme une hypothèse acceptable dans la doctrine de droit international privé taiwanais, la confusion entre le conflit de lois et le conflit de souverainetés est dénoncée. Cependant, la doctrine publiciste ne se limite pas à la présomption d'un ordre juridique supraétatique.

De son côté, la doctrine publiciste en droit interne a une forte influence sur la doctrine taiwanaise. Ainsi, il convient de présenter, dans un premier temps, la position de la doctrine publiciste en droit interne sur la nature du droit international privé (A) ; et dans un deuxième temps, sur la vocation du droit international privé en matière de conflits de lois (B).

A. La nature du droit international privé selon la doctrine publiciste interne

En ce qui concerne la nature du droit international privé, la conception publiciste est différente en droit interne et en droit international. La conception de droit interne est principalement unilatérale⁵⁴; elle ne s'intéresse qu'à l'État dont la compétence est à déterminer. Autrement dit, il s'agit de rechercher le champ d'application de sa propre loi au lieu de recourir au droit international général. De ce point de vue, le droit international privé est considéré comme une branche du droit interne, ayant principalement comme sources la législation et la jurisprudence nationales, plutôt qu'un ordre international supérieur⁵⁵.

La doctrine publiciste en droit interne se fonde donc sur la notion de la souveraineté interne. L'expression « souveraineté interne » provient pour l'essentiel d'une autre discipline : le droit international public⁵⁶. En droit international public, il existe traditionnellement l'idée selon laquelle le terme « souveraineté » a, comme Janus, un double visage : d'un côté, la souveraineté intérieure ou interne, dans le sens où l'État est l'autorité suprême sur son territoire et pour ses membres ; et de l'autre la souveraineté extérieure ou internationale, dans le sens où les États ne sont soumis à aucun pouvoir supérieur mais au seul droit international⁵⁷.

Le dédoublement de la souveraineté est d'autant plus perceptible selon qu'on l'envisage comme une fonction positive ou comme une fonction négative: positive,

⁵⁴ Cependant, le mode d'application du principe de souveraineté pourrait être bilatéral. M. Lagarde précise à ce sujet que : « *les observations qu'on pourrait faire à propos des lois de police et des particularités de leur mode d'application ne remettent donc pas en question l'affirmation que le principe de souveraineté s'accommode mieux de règles unilatérales que de règles bilatérales. L'observation du droit positif montre cependant que le principe de souveraineté peut s'accommoder de règles de conflit bilatérales.* » P. LADARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI, 1986, p.9 s., spec. p.52.

⁵⁵ BATIFFOL et LAGARDE, p.39, n°26.

⁵⁶ P. REURER, Droit international public, Puf, 1993, p.20 ; J. TOUSCOZ, Droit international, Puf, 1992, 2e éd., p.67.

⁵⁷ A. TRUYOL SERRA, Souveraineté, Arch. PHIL. du droit, t. 35, 1990, p.313s., spec. p. 323 ; P.-L. LEON, L'évolution de l'idée de la souveraineté avant Rousseau, Arch. Phil. du droit, 1937, p.152s., spec. p. 164.

lorsqu'elle définit le champ des compétences législatives et juridictionnelles ; négative, lorsqu'elle confère l'autorité absolue d'exclure la moindre intervention des autres États⁵⁸.

Cette conception de la souveraineté rappelle aussi la position adoptée dans la doctrine nationaliste en droit international privé. D'après la doctrine nationaliste, le droit international privé n'est qu'un droit destiné à délimiter les compétences de son droit national, et dont les règles sont de simples règles de compétence. Dans ce contexte, le caractère du droit international privé est purement et strictement national⁵⁹. La conception publiciste interne est donc identique à celle de la doctrine nationaliste en droit international privé : il s'agit principalement de délimiter de manière unilatérale le champ d'application de la loi du for. La subordination du jeu de la règle de conflit au caractère international de la relation est ainsi une illusion, il faut revenir à l'indication de l'ordre juridique du for afin de déterminer la répartition des compétences de l'État.

D'après la doctrine publiciste interne, l'assimilation du conflit de lois au conflit de souveraineté doit être abandonnée. Cet argument n'est alors plus envisagé comme un conflit de souveraineté international, mais comme le processus permettant de déterminer les compétences normatives de l'État. Le droit international privé repose ainsi sur la notion de souveraineté interne.

C'est pourquoi le publiciste interne définit le droit international privé comme un ensemble de règles destinées à résoudre le problème de la répartition des compétences normatives de l'État. Toutefois, le droit international privé ne se limite pas à une discipline du droit privé interne. Au contraire, ses solutions ont vocation à s'étendre au domaine du droit public interne⁶⁰.

⁵⁸ J.-L. ELHOUEISS, *op. cit.*, p. 314, n° 511.

⁵⁹ J.-M. TRIAS DE BRES, Règles générales des conflits de lois, RCADI, 1937, IV, t. 62, p.1s., spec. p.27.

⁶⁰ Il s'agit de la question relative au champ d'application des principes du droit international privé, J.-L.

B. La vocation du droit international privé selon la conception publiciste interne

En ce qui concerne la vocation du droit international privé, la doctrine publiciste interne prend une position assez différente de la doctrine publiciste internationale. D'après cette dernière, la vocation du droit international privé est de résoudre les conflits de souveraineté internationaux. À cet égard, les principes du droit international public peuvent être pris en compte. Ils sont considérés comme des principes généraux s'appliquant à la relation internationale privée.

Nous avons vu que cette idée, dans la doctrine publiciste internationale, avait une origine historique et provenait de la théorie d'une « communauté de droit », considérée comme le fondement commun au droit international public et au droit international privé. Elle favorise ainsi une confusion entre les deux disciplines, comme l'atteste l'assertion de Pillet, selon laquelle « le droit international privé est un rameau issu du tronc du droit international public »⁶¹.

Au contraire, la doctrine publiciste interne adopte une position opposée en considérant que la vocation du droit international privé est de répartir les compétences normatives de l'État. Il est alors question du champ d'application des lois du for, c'est-à-dire, au sens général, le droit étatique dans son intégralité. Dans ce cadre, les principes du conflit de lois ne se limitent pas au droit privé, mais à l'ensemble du droit étatique.

Certes, sous le rapport de la doctrine publiciste internationale, les principes supérieurs d'un ordre international supraétatique s'appliquent à la relation privée internationale. Mais cet argument ne saurait être accepté par le publiciste interne car

ELHOUEISS, *op. cit.*, p.429 s., n°671. Le droit international privé est-il seulement destiné à résoudre des conflits de droit privé ? Cette question suscite toujours des querelles. P. LALIVE, Le droit public étranger et le droit international privé, *TCFDIP*, 1973-1975, Séance du 13 juin 1975, p.215 s. ; M.G. VAN HECKE, Droit international public et conflit de lois, *TCFDIP*, 1983-1984, Séance du 4 mai 1984, p.225 s..

⁶¹ A. PILLET, Traité pratique de droit international privé, 1923, t. I, p. 21.

il estime que les principes supérieurs ne sont qu'une fiction de la théorie. Sous cet angle, il n'y a pas véritablement de relation internationale. C'est en effet le droit interne qui qualifie la nature des rapports du droit de droit interne ou de droit international. La conception de la doctrine publiciste interne est donc particulariste. Elle s'efforce de trouver une solution, en fonction des ressources de son propre droit, à une relation privée interne en y intégrant les éléments d'extranéité⁶².

Autrement dit, la vocation du droit international privé consiste à répartir, de manière unilatérale, les compétences normatives de l'État. D'après Bartin, « *par son objet, le droit international privé nous apparaît comme l'ensemble des règles destinées à concilier, en fixant les justes limites de chacune d'elles, les différentes souverainetés, dans leur double fonction législative et juridictionnelle de droit privé* »⁶³. Ainsi, nous constatons que chaque État possède en fait ses propres règles de conflit de lois et de juridictions. Les litiges internationaux de droit privé sont portés devant une juridiction nationale, puis ils sont qualifiés comme ayant des caractères internationaux par le droit national. Il y a simplement une question de droit soulevé par le for, qui lui attache un élément d'extranéité et applique éventuellement un droit étranger.

En utilisant comme fondement la notion de souveraineté interne, le publiciste interne considère non seulement le droit international privé comme une projection du droit civil interne sur le plan international, mais encore il étend la sphère du droit international privé, comprenant les règles du droit public, du droit fiscal et même du droit pénal⁶⁴. Selon cette conception, le conflit de lois est régi par les principes de compétence normative de l'État, et plus précisément, par les principes de territorialité et de personnalité⁶⁵. En fait, chaque système juridique donne sa propre solution en

⁶² L'extranéité se présente ainsi, sous cet angle, comme une limite juridique au champ d'application dans l'espace de la loi du for. J.-L. ELHOUEISS, L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé, JDI, 2003, p39 s., spec. p.84.

⁶³ E. BARTIN, Principes de droit international privé, 1930, vol. 1, § 55, p. 112.

⁶⁴ J.-L. ELHOUEISS, *op. cit.*, thèse, p.429, n°671 s..

⁶⁵ *ibidem*, p. 491, n° 750 s..

matière d'affaires privées internationales. Pour le juge du for, il s'agit de délimiter le champ d'application du droit interne. La vocation du droit international privé est ainsi de trouver une solution au conflit de souveraineté interne.

Section 2. L'influence de la thèse publiciste sur la doctrine du droit international privé taïwanais

Nous avons déjà montré que les internationalistes taïwanais rejetaient de façon unanime l'existence d'un ordre international supraétatique régissant le droit international privé. Il est à noter qu'aujourd'hui la doctrine publiciste internationale n'a plus grande influence sur le droit international privé taïwanais. La confusion entre le droit international public et le droit international privé n'est pas justifiée d'après la doctrine du droit international privé taïwanais.

Au contraire, la thèse publiciste interne a, peu ou prou, été consacrée par certains juristes taïwanais. Ainsi, il convient dans un premier temps de s'interroger sur le rapport entre le droit international public et le droit international privé (§1), et d'aborder, dans un deuxième temps, la position des internationalistes taïwanais face à la thèse publiciste en droit international privé (§2).

§ 1 Le rapport entre le droit international public et le droit international privé

Aujourd'hui, la distinction entre le droit international public et le droit international privé est affirmée (A). L'autonomie observée du droit international privé conduit les juristes taïwanais à juxtaposer les deux disciplines dans leurs études (B).

A. La distinction des deux disciplines

La conception distinguant le droit international public du droit international privé a été affirmée par les juristes taïwanais⁶⁶. Cette conception est héritée principalement de la pensée juridique chinoise. Cette distinction apparaît, dans plusieurs ouvrages de droit international privé chinois, au début du siècle dernier⁶⁷. Les internationalistes chinois estiment qu'il existe au moins quatre arguments permettant d'établir une distinction entre les deux disciplines.

Le premier concerne le processus d'élaboration du droit : le droit international public est principalement basé sur la volonté des États, qui s'engagent à respecter certaines règles en concluant des traités internationaux, en recourant au principe « *pacta sunt servanda* ». Cependant, le processus d'élaboration du droit international privé doit se conformer au processus normatif interne. En effet, l'élaboration du droit international privé, autant que celle du droit civil, dépend de la volonté du législateur de chaque État. Autrement dit, la naissance du droit international privé procède de la souveraineté interne plutôt que de la volonté née des relations entre les États souverains⁶⁸. C'est pourquoi le droit international privé est qualifié de « loi interne ».

Le deuxième argument est que l'on peut établir une distinction entre les deux disciplines en fonction de leur contenu propre. Comme nous l'avons montré, le droit international public est basé principalement sur la volonté des États souverains. Ainsi,

⁶⁶ Nous pouvons trouver cette conception dans tous les ouvrages de droit international privé taïwanais, qui accentuent généralement la distinction entre le droit international public et le droit international privé. Il s'agit en l'occurrence d'une opinion qui s'est imposée dans la doctrine du droit international privé taïwanais.

⁶⁷ D.-L. CHOU, Théorie nouvelle du droit international privé, Chung-Hwa, 1931, p.7 ; Y.-Y. WANG, Droit international privé, Shan-Wu, 1932, p.3 ; C.-S. TENG, Droit international privé, Shan-Wu, 1930, p.9 s. ; C. LU, Théorie et pratique du droit international privé, Shanghai-Chung-Hwa, 1934, p. 25 s. ; C. CHAI, Droit international privé (précis), Chen-Chung, 1959, p.17 s..

⁶⁸ C. CHAI, *ibidem*.

le contenu du droit international public est généralement unanime et universel⁶⁹, contrairement au droit international privé. En réalité, chaque État dispose de son propre système juridique pour résoudre le problème du conflit de lois. Dans cette perspective, le droit international privé est essentiellement une discipline de droit interne. Et c'est ce qui explique que le contenu du droit international privé de chaque État soit varié⁷⁰.

Le troisième argument est que le sujet des deux disciplines est différent. En matière de droit international public, en général, le sujet de droit est l'État souverain. En revanche, en droit international privé, le sujet est essentiellement l'individu. Enfin, la solution présentée par le droit international privé est souvent la règle de conflits, c'est-à-dire une solution à caractère neutre, abstrait et indirect. En revanche, le droit international public utilise plutôt la règle matérielle, en élaborant directement les droits et les obligations en fonction du comportement des États contractants.

Ces arguments mettant en relief la distinction entre le droit international privé et le droit international public ont influencé les internationalistes taïwanais. En effet, la grande majorité des juristes taïwanais revendique cette distinction. Ils affirment ainsi que le droit international privé n'est pas essentiellement une branche du droit international public. M. Ja-Yi Liu a expliqué cette distinction : même s'il existe certaines règles en matière de conflit de lois, qui ont déjà été adoptées par la plupart des États, comme les principes de *locus regit actum* ou de *lex rei sitae*, cela ne signifie pas pour autant que les États ont l'obligation d'observer ces règles. Autrement dit, les principes adoptés par le droit international privé dépendent effectivement de la volonté du législateur ou du juge national. Chaque État est libre

⁶⁹ En vertu de l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice, les sources du droit international public comprennent : a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ; b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ; c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ; d) sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

⁷⁰ Nous pouvons de la même manière constater cette diversité à travers le problème du renvoi, selon l'analyse traditionnelle. Le renvoi est un moyen de résoudre un conflit de rattachement. Le jeu de renvoi provient en effet d'une divergence de contenu entre les règles de conflit du for internes et les règles à l'étranger.

d'adopter les principes qu'il juge les plus appropriés en matière de litige d'extranéité⁷¹.

M. Zeu-Tung Ko considère que l'expression « droit international public », donne l'impression de désigner l'opposé de « droit international privé ». Cependant, il faut distinguer les deux disciplines. Même si certaines matières ont été dégagées par le droit international public, dont les juristes ont constitué des disciplines assez proches du droit international privé, comme le droit du commerce international ou le droit économique international ; cela ne signifie pas pour autant que le droit international privé ait été dégagé par le droit international public. En effet, le droit international privé a une nature différente de celle du droit international public. Un droit privé unique n'est encore qu'une fiction à l'heure actuelle. En fait, chaque État élabore ses propres règles de conflit de lois grâce à sa législation et sa jurisprudence. Il n'y a pas en réalité de droit international privé supranational, c'est au contraire, le droit international public qui a vocation à être « universel⁷² ». Aussi, pouvons-nous constater l'existence du droit international privé français, allemand ou encore taïwanais, mais il n'est en l'occurrence pas question de droit international public⁷³.

Il semble donc que la distinction entre le droit international public et le droit international privé soit définitive dans la doctrine taïwanaise. Est-ce à dire que le droit international privé doit être subordonné au droit international public ? ou s'agit-il de deux disciplines complètement égales et indépendantes ? Pour répondre à ces questions, il convient de se pencher sur la place qu'occupe le droit international privé dans le système juridique taïwanais.

⁷¹ Voir aussi arrêt n°9 du 7 sept. 1927, *C.P.J.I.*, Série A, n°10, *RCDIP* 1928, p. 354, note Donnedieu de Vabres.

⁷² Z.-T., KO, Droit international privé, *op. cit.*, p8 s..

⁷³ Ibidem. En effet, il est aussi question de l'intitulé de la discipline du droit international privé. Pour certains auteurs taïwanais, le nom « droit international privé (*Private International Law*) » n'est pas approprié, car il provoque souvent un malentendu laissant entendre que le droit international privé est une branche du droit international public. Ainsi, ces auteurs proposent d'adopter un intitulé n'ayant pas cette connotation comme « loi d'application des affaires d'extranéité ». T.-C. LIU et R.-C. CHEN, *op. cit.*, p.10.

B. La juxtaposition des deux disciplines

À la question de savoir si le droit international privé est subordonné au droit international public, les auteurs de droit international privé taïwanais donnent sans exception une réponse négative. M. Han-Pao Ma nous indique que même si la nature du droit international privé est celle d'un droit interne, son rapport avec le droit international public est étroit. Le principe du respect de l'indépendance de la souveraineté a été reconnu en droit international public. Ce principe permet aux États souverains de conclure des traités garantissant la réciprocité en matière de transactions, de droits de l'homme ou encore d'investissements. Grâce à ces traités internationaux, le droit international privé peut consolider ou développer sa théorie fondamentale. Ainsi, il ne faut pas négliger l'importance de la relation réciproque entre les États souverains en matière de droit international privé. C'est pourquoi les traités internationaux sont considérés comme l'une des sources du droit international privé taïwanais⁷⁴.

La position de M. Ma est largement acceptée parmi les internationalistes taïwanais⁷⁵. Nous pouvons le constater dans un autre ouvrage pénétrant de M. Ja-Yi Liu, qui avance que le droit international privé est une discipline autonome du droit interne par rapport au droit international public. Selon cette approche, les deux disciplines s'influencent mutuellement. Elles coopèrent à l'élaboration d'ordres de systèmes internationaux : c'est tantôt le droit international public, tantôt le droit international privé, qui donne la solution définitive au litige d'extranéité. Dans le premier cas, les principes élaborés par le droit international public concernent par exemple la règle de l'immunité de juridiction. Dans le second cas, au contraire, c'est d'abord le droit international privé qui donne la solution, puis les États souverains concluent une convention internationale en adoptant cette hypothèse, comme en matière de règles de conflit de nationalités. Dans ce contexte, il est difficile d'affirmer

⁷⁴ H.-P. MA, *op. cit.*, p.19 s..

⁷⁵ Y.-C. HUNG, *op. cit.*, p.14; Y.-S. LIN, La doctrine et la pratique du Droit international privé, Taipei, 4 éd., 2004, p.9 s.; C.-S. MEI, Droit international privé, San-Ming, 9éd., 1989, p.10; LIU et R.-C. CHEN, *op. cit.*, p.14.

que le droit international privé est subordonné au droit international public. Les deux disciplines sont simplement égales⁷⁶.

En outre, le développement rapide du commerce international assure la juxtaposition des deux disciplines. Au cours des dernières décennies, la globalisation du monde a progressivement fait évoluer le rôle traditionnel des États souverains. Désormais, les États ne sont plus les seuls centres du pouvoir et de la protection de la personne humaine⁷⁷. Une nouvelle société internationale est en train d'émerger. Autrement dit, le développement de la société du commerce international étend le domaine de recherche du droit international privé. C'est pourquoi le niveau d'élaboration du droit international privé doit être réexaminé : les nouvelles solutions pourraient être trouvées en-dehors des droits étatiques. Ces droits non étatiques sont aujourd'hui nombreux, surtout en matière de commerce international, et régissent en réalité les cas de litige international. Aussi, dans la perspective de coordonner les relations privées internationales, l'extension du contenu du droit international privé apparaît-elle inévitable⁷⁸. Le caractère autonome du droit international privé se manifeste notamment dans les litiges internationaux en matière de droit civile. L'influence du droit international public sur le droit international privé est ainsi atténuée.

Nous pouvons aussi souligner le caractère autonome du droit international privé dans le cas des lois de l'État non reconnu. À ce sujet, la tendance suivie dans la doctrine du droit international privé est d'appliquer cette loi étrangère plutôt que de la refuser. Cette tendance se situe dans la ligne de pensée de la théorie de la juxtaposition des deux disciplines. En effet, la reconnaissance de l'État, en matière de droit international public, semble correspondre à l'application de la loi étrangère en droit international privé. Cependant, cette tendance connaît certaines limites en pratique, car le refus d'application de la loi en vigueur conduit souvent à des

⁷⁶ J.-Y. LIU, *op. cit.*, p.31 s..

⁷⁷ E. JAYME, Le droit international privé du nouveau millénaire : La protection de la personne humaine face à la globalisation, RCADI, t. 282, 2000, p.9 s., sepc. p. 20.

⁷⁸ Z.-T. KO, Droit international privé, *op. cit.*, p.11 ; Z.-T. KO, WTO, Globalisation and the Private International Law, *TLR* n°89, 2002, pp.40-49.

situations difficiles⁷⁹. C'est pourquoi beaucoup de pays ont préféré appliquer ces lois, et les internationalistes préfèrent éviter de recourir à la notion inappropriée du droit international public sur cette question⁸⁰. M. Zeu-Tung Ko estime que cette tendance correspond à la théorie du réalisme du droit international privé⁸¹. Si l'État souverain est donc toujours le sujet principal en droit international public, en droit international privé au contraire, l'État souverain se transforme progressivement et perd de son importance.

Par conséquent, il existe, selon les juristes taïwanais, au moins trois arguments permettant d'étayer la théorie de la juxtaposition des deux disciplines. En premier lieu, la théorie du droit international privé contemporain s'est développée récemment à Taïwan⁸². Les internationalistes taïwanais n'ont donc pas une tradition mêlant la doctrine du droit international privé à celle du droit international public. L'autonomie du droit international privé a ainsi été respectée par les internationalistes taïwanais.

En deuxième lieu, la dégradation importante de l'État souverain a conduit les juristes taïwanais à repenser le fondement du droit international privé. Ils considèrent désormais que le droit international privé ne se limite plus seulement au choix de la loi édictée par l'État⁸³. En adoptant une perspective fonctionnelle, ils estiment que

⁷⁹ BATIFFOL ET LAGARDE, p.430, n°256 s..

⁸⁰ Nous pouvons trouver la même opinion, par exemple, dans l'arrêt du 3 mai 1973, *Stroganoff-Scherbatoff*, la Cour de cassation française a précisé que « le défaut de reconnaissance d'un gouvernement étranger ne permet pas au juge français de méconnaître les lois de droit privé édictées par ce gouvernement, antérieurement à sa reconnaissance, pour le territoire sur lequel il exerçait effectivement son autorité ». *RCDIP*, 1975, p.426, note Y. Lequette ; *JDI*, 1974, p.859, obs. Goldman.

⁸¹ Z.-T. KO, *Droit international privé*, *op. cit.*, pp.11-12 .

⁸² La doctrine du droit international privé taïwanais n'a pas été systématisée avant la première publication de l'ouvrage « Droit international privé » de M. Han-Pao Ma en 1964. Dans cet ouvrage, M. Ma adopte une position particulariste. Il met en avant l'autonomie du droit international privé en critiquant la doctrine publiciste internationale. Il estime que le droit international public a en effet une vocation différente de celle du droit international privé. Ces deux disciplines sont indépendantes et coexistent. H.-P. MA, *op. cit.*, p.13 s..

⁸³ Z.-T. KO, *WTO, Globalisation and the Private International Law*, *op. cit.*, p44; J.-J. CHEN, *La nouvelle tendance du droit international privé*, mél. Les essais du droit international privé, *Wu-Nan*, 1996, p.47 s. p.51.

le droit international public joue un rôle essentiellement différent de celui du droit international privé : le premier concerne principalement les relations entre les États, et vise à résoudre les conflits internationaux de souveraineté. Le second ne s'intéresse qu'aux relations entre les individus, et a pour vocation de trouver des solutions aux litiges survenant dans les relations privées internationales.

En dernier lieu, les doctrines privatistes en droit international et en droit américain (États-Unis) ont influencé la doctrine traditionnelle taïwanaise en droit international privé⁸⁴. Ces doctrines rejettent radicalement tout lien entre le droit international public et le droit international privé. Désormais, au lieu de s'attacher à montrer la primauté du droit international ou du droit interne, les internationalistes taïwanais préfèrent prendre en compte la spécificité de chacune des deux disciplines en redonnant à l'une et à l'autre sa propre vocation.

Dans cette optique, le droit international public et le droit international privé coexistent l'un et l'autre en restant indépendants. Autrement dit, selon les internationalistes taïwanais, le droit international privé n'est pas subordonné au droit international public, même s'il existe une influence mutuelle assez forte entre les deux disciplines. Le conflit de lois ne peut ainsi être confondu avec le conflit de souveraineté international. En effet, la plupart des positions adoptées par les internationalistes taïwanais sont particularistes. Ainsi, il faut admettre que, même si les internationalistes taïwanais acceptent la théorie publiciste, ils l'adoptent plutôt dans le droit interne que dans le droit international. C'est ce que nous nous efforcerons de montrer dans le paragraphe suivant.

⁸⁴ Depuis les années 80, les internationalistes taïwanais ont effectué des recherches sur la nouvelle doctrine américaine du règlement des conflits. MM. Lon-Sjue Chen et Chang-Ven Chen ont été des pionniers en la matière, en important les nouvelles théories anglo-américaines de droit international privé à Taïwan.

§ 2 La position des internationalistes taïwanais face à la thèse publiciste

Il est à noter que certains internationalistes taïwanais ont consacré la thèse publiciste en droit interne. En effet, selon cette thèse, le droit international privé doit être classé comme faisant partie du droit public interne⁸⁵. La notion de souveraineté intervient toujours dans un litige ayant un caractère international. La tâche du juge saisi est ainsi de déterminer de manière unilatérale la compétence législative et la compétence judiciaire.

En outre, la théorie publiciste internationale en droit international privé conserve son influence sur les internationalistes taïwanais. Or, nous constatons que cette influence s'est modifiée : les internationalistes taïwanais ne tentent plus de chercher un ordre juridique supérieur par un « moyen extérieur », mais plutôt par un « moyen intérieur » permettant de trouver la valeur prédominante dans une situation spécifique.

Il convient donc d'étudier tout d'abord la position des internationalistes taïwanais face à la thèse publiciste de droit interne (A). Nous démontrerons ensuite l'influence de la thèse publiciste de droit international sur la doctrine du droit international privé taïwanais. (B)

A. La consécration de la thèse publiciste en droit interne

Nous avons montré comment la doctrine du droit international privé taïwanais rejetait la confusion entre le conflit de lois et le conflit de souveraineté international. Néanmoins, il faut préciser que certains internationalistes taïwanais acceptent la thèse publiciste de droit interne. MM. Tei-Chen Liu et Rong-Chwan Chen estiment que le droit international privé est essentiellement du droit public interne, car il traite la question du champ d'application de la souveraineté⁸⁶.

⁸⁵ T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *op. cit.*, p.3 ; T.-Y.LU, Droit international privé, *Chen-Chung*, 1984, p.12 ; Y.-C. HUNG, *op. cit.*, p.14.

⁸⁶ T.-C. LIU et R.-C. CHEN, *ibidem*.

L'intégration de la théorie publiciste interne dans la doctrine taïwanaise peut se vérifier dans deux situations particulières.

La première situation est celle du conflit de juridiction. À ce sujet, les juristes taïwanais acceptent généralement la doctrine française de Bartin, qui distingue deux types de compétence internationale : la compétence générale et la compétence spéciale⁸⁷. Le premier type de compétence est conforme en effet à la notion de souveraineté interne. Elle est une condition *sine qua non* de la compétence spéciale⁸⁸. Autrement dit, dans un litige international, le juge saisi doit tout d'abord localiser la compétence générale, puis préciser la compétence spéciale. La notion de souveraineté interne sert, en effet, de critère pour déterminer si le tribunal du for a la compétence internationale ou pas dans le litige international en question. Ce jugement est unilatéral car il ne tient compte que des règles de compétence internationale du for.

La deuxième situation est celle du conflit de lois. À ce sujet, MM. Tei-Chen Liu et Rong-Chwan Chen ont indiqué que le droit international privé ne régissait pas directement la relation privée internationale, et ne désignait que la loi applicable. Cette dernière peut être appréhendée selon deux niveaux⁸⁹.

Au premier niveau, il est question de loi applicable « abstraite ». C'est-à-dire la loi qui a été désignée par la règle de conflit du for. Cette loi est abstraite, car elle ne représente que la notion d'un ensemble du droit. Le juge saisi ne recherche pas le contenu (l'aspect matériel) de la loi applicable désignée par le droit international privé. La solution donnée n'est pas substantielle. Elle ne régit pas directement la relation privée internationale.

La loi applicable abstraite sert à désigner, en fait, l'ordre juridictionnel compétent dans le litige international. Ainsi, pour ce qui est de la répartition des

⁸⁷ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, p. 593, n° 441-2 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, p. 197, n° 277 ; T. VIGNAI, Droit international privé, Armand Colin, 2005, p.287, n°474.

⁸⁸ H.-P. MA, Droit international privé, op. cit., p.198 ; H.-S. LIN, La compétence internationale : au centre de la discussion sur le litige relatif à la propriété, *Mél. T-C LIU, Shuei-Lin*, 1998, pp. 120-135, spec.121 ; T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, op. cit., p.600.

⁸⁹ T.-C. LIU et R.-C. CHEN, op. cit., p.15.

compétences, le droit international privé a le caractère du droit judiciaire privé interne. Cela revient à dire que le droit international privé est une branche du droit public interne, car nous qualifions traditionnellement le droit judiciaire privé de droit public interne.

Au deuxième niveau, il est question de loi applicable « concrète ». Le juge saisi applique cette loi dans le litige international en suivant l'indication de la loi applicable abstraite⁹⁰. La loi applicable concrète est donc la loi matérielle. C'est une solution substantielle qui régit directement la relation privée internationale.

En théorie, la loi applicable désignée par le droit international privé ne se limite pas au droit privé. Au contraire, cette loi abstraite peut englober l'ensemble des règles matérielles internes, contenant le système entier du droit. Cependant, de manière générale cette approche n'est pas acceptée par les internationalistes taïwanais. Ils estiment que le juge saisi applique au litige international le droit public du for plutôt que le droit étranger. Or, il n'en reste pas moins que l'application des lois matérielles d'un État concerne les règles du droit privé⁹¹.

Toutefois, la notion de souveraineté interne intervient non seulement dans les règles de conflit de juridictions, mais elle peut aussi être adoptée dans les règles de conflit de lois. À cet égard, la notion de loi applicable « abstraite » semble justement correspondre à la doctrine publiciste de droit interne. Néanmoins, cette théorie ne remporte pas les suffrages des juristes taïwanais. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette situation.

La première raison est que la perspective du privatiste a une forte influence sur la doctrine du droit international privé taïwanais. La méthode de Savigny est toujours celle qui prévaut dans la doctrine taïwanaise⁹². Or, cette méthode ne tient compte

⁹⁰ Ainsi, à leur avis, le syllogisme judiciaire s'applique dans le litige international en deux temps : Le premier est lorsque le juge saisi applique le droit international privé du for, il détermine alors la loi applicable abstraite par l'indication de la règle de conflit. La seconde est dans l'étape où le juge saisi applique la loi applicable concrète. T.-C. LIU et R.-C. CHEN, *op. cit.*, p.16.

⁹¹ H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p.24 ; C.-S. MEI, Droit international privé, *op. cit.*, p.72 ; Y.-S. LIN, La doctrine et la pratique du Droit international privé, *Taipei*, 4 éd., 2004, p.11. L'opinion opposée, voir J.-Y. LIU, Droit international privé, *op. cit.*, pp. 59-62.

⁹² H.-P. MA, La méthode d'application du droit dans le litige international, Recueil *JW* vol. III, 1992, p.1 ; H.-P. MA, La méthode d'application du droit dans le litige international, *LM* V.41 n°10, 1982,

que du rapport de droit présumé, et s'intéresse peu à la notion de souveraineté interne. Même si les internationalistes Taïwanais connaissent la doctrine publiciste de droit interne, leur vision continue à se focaliser sur l'analyse du rapport de droit plutôt que sur la délimitation de la souveraineté interne.

La deuxième raison concerne l'autorité de la règle de conflit. En effet, la plupart des internationalistes taïwanais s'accordent avec la jurisprudence pour considérer que la règle de conflit doit être appliquée d'office dans le litige international⁹³. Les internationalistes taïwanais ne sauraient négliger, à cet égard, la loi de 1953, à condition qu'elle soit toujours envisagée comme une loi spéciale du droit international privé taïwanais. Ainsi, sauf dans certains cas spéciaux s'appliquant aux lois de police, les internationalistes taïwanais ont tendance à appliquer la règle de conflit au litige international. Or, cela exclut la possibilité d'appliquer d'autres lois, bien qu'elles restent envisageables en fonction de la doctrine publiciste de droit interne.

Enfin, sous l'influence de la théorie réaliste du droit international privé, les internationalistes taïwanais ont de plus en plus intérêt à déterminer la loi applicable par la méthode flexible du droit international privé. Depuis les années 80, les jeunes internationalistes taïwanais ont tenté d'établir un nouveau fondement au droit international privé taïwanais, en comparant les divers intérêts à prendre en compte dans le litige international⁹⁴. Et l'influence du réalisme a conduit les internationalistes taïwanais à se pencher à nouveau sur la doctrine traditionnelle. Cette tendance remet en cause la prépondérance de la théorie publiciste dans la doctrine du droit international privé taïwanais.

p.210 ; Y.-C. KUO, La méthode de recherche en droit international privé, *JNW* n°1803,14/11/1996 ; C.-V. CHEN, Le passé et le futur de la méthodologie en droit international privé (I) (II), *LM*, v. 35, n° 6-7, 1984, p.6, p.5.

⁹³ Voir par exemples les arrêts de la Cour suprême du 17 mars 1998 n°363, du 28 mars 2002 n°525 ; Z.-T. KO, Droit international privé, *op. cit.*, p.171 s. ; T.-C. LIU et R.-C. CHEN, *op. cit.*, pp.200, 214-216.

⁹⁴ Voir par exemples, C.-C.HSU, L'évolution de la théorie américaine en droit international privé : une analyse des jurisprudences en matière de délit international, *MLJ* v.44, 1998, p.34 ; C.-C.HSU, L'influence de la Cour suprême des États-Unis sur le droit international privé, *LJ* n°170, 1998, p.84-94 ; L.-K. LAI, La doctrine 'The Most Significant Relationship' en droit international privé, *LJ* n°187, 2002, pp.1-62 ; E. W. LIN, La comparaison de la méthodologie en droit international privé, *THLR*, V.17 ; 2002, p.347 ; M.-R. TSENG-CHEN, L'analyse de la doctrine américaine du droit international privé, *CYLR* v. 61, 1995, pp.13-23 ; K.-P. WU, La nouvelle tendance du droit international privé, *MLJ* v.48, 2002, pp.20-30.

B. L'influence publiciste internationale sur la doctrine du droit international privé taiwanais

Nous avons vu que la doctrine publiciste internationale en droit international privé n'était pas acceptée par les internationalistes taiwanais. Cependant, l'idée d'un ordre juridique supérieur n'a pas totalement perdu de son influence. En effet, certains internationalistes taiwanais prennent position dans ce sens. Ils envisagent cette idée comme une source permettant de trouver une solution appropriée dans le litige international.

M. Han-Pao Ma a montré qu'il n'y avait pas de principes supraétatiques en droit international privé aujourd'hui. Le droit international privé est en réalité le droit interne car chaque État a son propre droit international privé. La diversité de chacun de ces droits est mise en relief, en particulier, lorsque l'on observe des pays qui ont adopté des systèmes juridiques différents⁹⁵. En effet, il ne suffit pas de juger un litige international sous l'angle du droit interne seulement. La vocation du droit international privé consiste à déterminer la loi applicable en fonction de la nature du litige international.

Ainsi, nous pouvons en déduire que le fondement du droit international privé doit prendre en compte au moins deux éléments : la justice internationale et l'approche réaliste. Autrement dit, même si le droit international privé est du droit interne, son hypothèse doit prendre en compte la tendance de l'ordre juridique interétatique. En bref, la vocation du droit international privé est de veiller à l'harmonisation des décisions des différents pays.

Dans son ouvrage « La nouvelle théorie américaine du droit international privé », M. Lon-Sjue Chen, fait prévaloir, de la même façon, une notion similaire à l'idée d'un ordre juridique supérieur. M. Chen pose une question : si le droit international privé n'est pas purement du droit interne, étant donné qu'il est amené à réfléchir sur

⁹⁵ H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p.19.

des éléments internationaux pour harmoniser les décisions des différents pays en la matière, comment peut-il être mis en oeuvre sans prendre en compte un ordre juridique international *de facto* ?⁹⁶

À son avis, la règle de conflit universelle n'est pas une fiction, au contraire, elle existe *de facto* dans la pratique. La preuve concrète de cette existence se trouve dans la jurisprudence et le droit positif des différents pays. Il est vrai qu'il n'existe pas en pratique d'autorité internationale supérieure élaborant une règle de conflit universelle. Or, nous pouvons trouver cette règle dans l'hypothèse de la recherche de la valeur prédominante (*the prevailing value*) dans le litige international⁹⁷.

À notre avis, la recherche d'une règle de conflit universelle revient à poursuivre l'objectif d'un ordre juridique supérieur. Mais, l'hypothèse de son existence est nuancée. Les internationalistes taïwanais préfèrent une vision réaliste à une vision théorique. Ils sont réalistes car ils dégagent les principes universels de la jurisprudence ou du droit positif, plutôt que des développements de la doctrine à propos d'une communauté de droit⁹⁸.

Il semble donc que la position des internationalistes taïwanais soit paradoxale : d'un côté, ils estiment qu'il n'existe pas d'autorité supérieure aux États souverains ; d'un autre côté, ils soutiennent l'idée selon laquelle il existe des principes universels. Toutefois, nous pouvons percevoir la différence entre la doctrine publiciste internationale et celle des internationalistes taïwanais. Cette dernière s'intéresse aux relations privées plutôt qu'aux relations entre États. La conception des internationalistes taïwanais se fonde sur la notion de la souveraineté internationale.

⁹⁶ L.-S. CHEN, La nouvelle théorie américaine de droit international privé, *Wu-Nan*, 1987, p.22-23.

⁹⁷ L.-S. CHEN, La nouvelle théorie américaine du droit international privé, *Wu-Nan*, 1987, p.120 s. En ce qui concerne la signification de la valeur prédominante, voir aussi C.-C. HSU, La théorie de « substantialisation » de la valeur prédominante, *CYLR* V.66, 2000, p.2

⁹⁸ La notion de communauté de droit existe depuis l'époque où les statutaires italiens ont développé leur doctrine. J.-L. ELHOUEISS, L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé, *op. cit.*, p.48 s. ;

En revanche, cette perspective est plus proche de la doctrine privatiste que de la doctrine publiciste.

En outre, les difficultés de Taïwan dans le domaine diplomatique ont conduit les internationalistes taïwanais à éviter la notion de souveraineté internationale. Car en ce qui concerne les affaires politiques, il semble que les internationalistes taïwanais préfèrent avoir une approche de la nature du droit international privé se voulant purement juridique, plutôt qu'une approche impliquant des critères politiques. Ainsi, la notion de souveraineté internationale touche plus ou moins aux problèmes sensibles concernant la situation internationale de Taïwan, qui demeure un sujet délicat en histoire et en droit. En résumé, la distinction entre le droit international public et le droit international privé est généralement préconisée par les internationalistes taïwanais. Les incertitudes liées à la notion de souveraineté internationale ont conduit les internationalistes taïwanais à adopter d'autres méthodes pour élaborer un nouveau fondement du droit international privé⁹⁹.

En conclusion, les internationalistes taïwanais ont tendance à suivre le courant principal du droit substantiel afin de diminuer le coût judiciaire dans le litige international. Ils considèrent que l'ordre juridique supérieur doit être déduit de la pratique internationale. Il est vrai que la notion d'un ordre juridique supérieur est parfois ambiguë, mais c'est justement la tâche du juriste d'essayer de tracer son contour dans le cas de l'individu. Cela explique pourquoi les études du droit international privé comparé et de la jurisprudence se développent de plus en plus dans la doctrine du droit international privé taïwanais.

Chapitre II. Nature de la doctrine privatiste

L'État est depuis toujours considéré comme le protagoniste du droit international

⁹⁹ En ce qui concerne le caractère apolitique du droit international privé taïwanais, voir L.-K. LAI, La nature du droit international privé, LM n°51, 2000, p. 660, spec. p. 686. M. Lai insiste pour exclure l'intervention politique non seulement dans la règle de conflit de lois, mais encore dans la reconnaissance de l'effet du jugement étranger. Son opinion a été adoptée dans le projet de la révision du droit de 1953, dans l'article 4, qui écrit : « Le juge peut appliquer la loi étrangère en fonction de la désignation de cette loi (la loi de 1953), même s'il n'existe pas la reconnaissance diplomatique réciproque entre le pays étranger et la République de Chine. »

privé¹⁰⁰. La doctrine publiciste a conduit les internationalistes à rechercher une solution dans le cadre du conflit de souveraineté. Le droit international privé, pour sa part, a pour objectif de concilier les différents droits souverains. Dans cette optique, le droit international privé apparaît comme une règle de répartition des compétences de l'ordre juridique de chaque État.

La doctrine privatiste du droit international privé défend une position différente de la doctrine publiciste. Elle ne considère plus l'État comme étant le principal protagoniste dans le conflit de lois et de juridictions. Au fondement de la doctrine privatiste, on retrouve la théorie préconisée par Savigny, reprenant le raisonnement traditionnel de la doctrine statutaire italienne. Cette théorie a permis à la fois de renverser la vision traditionnelle qui assimilait le conflit de lois au conflit international de souveraineté, et d'affirmer que la vocation du droit international privé était de régir la relation privée internationale en tant que telle.

Nous nous pencherons donc, tout d'abord, sur la doctrine privatiste. (section 1). Et nous étudierons ensuite son influence sur la doctrine taïwanaise (section 2).

¹⁰⁰ P. MAYER, L'État et le droit international privé, *Droits*, n°16, 1992, p.33.

Section 1. La présentation de la doctrine privatiste

La théorie de Savigny est toujours considérée comme un modèle dans la doctrine privatiste de droit international privé. Pour l'essentiel, cette théorie propose une approche universelle et préconise une méthode bilatérale pour résoudre les cas de litige privé internationaux. Elle apparaît ainsi comme une approche radicalement différente de la doctrine publiciste du droit international privé. Cette divergence peut être appréhendée grâce à l'analyse du caractère spécifique (§1) et de la vocation principale de la doctrine privatiste (§2).

§ 1 Le caractère spécifique de la doctrine privatiste

À la différence de la doctrine statutaire, la théorie de Savigny rejette le lien avec la doctrine prédominante en droit international public¹⁰¹. Elle place la relation privée au centre de la réflexion, de manière à déterminer la règle de droit qui est la plus appropriée à la situation de litige international, à travers le mode de la règle de conflit. La règle de conflit désigne ici la loi ou règle de droit applicable en fonction du critère de rattachement, et fait partie intégrante de l'ordre juridique étatique.

La méthode utilisée par Savigny est principalement bilatérale. Elle est neutre, abstraite et indirecte¹⁰². En droit international privé, cette méthode est dite « classique ». Or, depuis les années soixante, la théorie américaine du « lien le plus pertinent ou le plus significatif » (« *the most significant relationship* ») a permis d'envisager la doctrine privatiste sous une nouvelle lumière. Mais cette nouvelle théorie, même si elle propose au juge une méthode plus souple que la précédente,

¹⁰¹ B. AUDIT, Le droit international privé en quête d'universalité, *RCADI*, vol.305 (2003), p.23, spec. p.213.

¹⁰² P. MAYER et V. HEUZE, Droit international privé, p.93, n°114.

conserve, comme la méthode traditionnelle, une approche privatiste.

C'est pourquoi, nous étudierons tout d'abord la doctrine privatiste traditionnelle du droit international privé, (A) et ensuite le nouvel éclairage apporté par la théorie américaine. (B)

A. La présentation traditionnelle

La doctrine privatiste du droit international privé est présentée de manière traditionnelle dans la méthode de Savigny, qui consiste à rechercher le lien entre le droit et le rapport de fait. Savigny a retenu une hypothèse différente de la théorie statutaire en préconisant de « *déterminer pour chaque rapport de droit le domaine du droit le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport*¹⁰³ » ou encore « *le domaine du droit auquel ce rapport appartient de nature (où ce rapport de droit a son siège)* »¹⁰⁴.

En général, la démonstration proposée par Savigny s'effectue en deux temps : elle identifie tout d'abord la relation privée en fonction de la communauté de droit, puis elle localise le rapport de droit d'après son siège¹⁰⁵. Or en Allemagne à l'époque de Savigny, le droit commun en vigueur est le droit romain. La notion de communauté de droit n'est donc pas abstraite. Le juriste allemand considérait ainsi que toutes les nations héritières du droit romain étaient unies.

La notion de communauté de droit peut aussi être dégagée du christianisme. La

¹⁰³ SAVIGNY, F-K von, « System des heutigen Römischen Recht », t. VIII, 1849 (trad. GUÉNOUX, Ch. traité de droit romain, 1851), §348, pp.30-31.

¹⁰⁴ B. AUDIT, *ibidem*, p.214.

¹⁰⁵ J.-L. ELHOUEISS, L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé, *JDI* 1, 2003, p.39, spec. p. 50.

communauté de civilisation et l'existence de règles communes doivent permettre d'arriver à des solutions uniformes¹⁰⁶.

D'après Savigny, la démarche à suivre ne doit pas se préoccuper des intérêts ni des devoirs des États, mais de la localisation du rapport de droit. Cela signifie que ce n'est pas au législateur de décider des situations qu'il entend régir, mais c'est au contraire la situation qui doit permettre de déterminer le législateur idoine¹⁰⁷. Et à ce titre, les rapports de droit, ou encore « la catégorie de rattachement », occupent un rôle important dans la méthode de Savigny¹⁰⁸. Le siège du rapport de droit doit être identifié en fonction de l'élément considéré comme étant le plus caractéristique de la situation du litige¹⁰⁹.

À cet égard, la méthode de Savigny propose d'examiner les cas de collision en fonction de la nature intime et de la nécessité de chaque rapport de droit, sans prendre en compte les limites des différents États et de leurs lois¹¹⁰. Depuis longtemps, la doctrine statutaire se prévaut du territorialisme comme d'une excuse pour éviter l'application de la loi étrangère. Pourtant, l'approche des rapports de droit a remis en question la position prédominante en la matière. Autrement dit, le juge saisi peut désormais appliquer comme solution au litige international tantôt la loi du for, tantôt la loi étrangère.

La méthode de Savigny se démarque ainsi de la tradition statutaire du droit

¹⁰⁶ H. BATIFFOL et P LAGARDE, Droit international privé, p.398, n°237.

¹⁰⁷ B. AUDIT, Le droit international privé en quête d'universalité, *op. cit.*, p.215.

¹⁰⁸ Cependant, cette localisation sans autre précision n'est pas toujours claire. En général, Savigny tient compte des principes du droit romain en accordant une certaine prépondérance à deux de ces principes : la volonté des intéressés et la compétence judiciaire normale. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, Droit international privé, p. 102, n° 99.

¹⁰⁹ Par exemple, le domicile de la personne, le lieu de situation de la chose, le lieu de conclusion d'un acte juridique, etc.. B. AUDIT, Droit international privé, p.72, n° 89.

¹¹⁰ H. BATIFFOL et P LAGARDE, p.399, note 3.

international privé, en s'affranchissant de la notion du champ d'application de la souveraineté. Toutefois, il faut reconnaître que cette méthode n'est pas dépourvue d'inconvénients. Elle est fondée en effet sur le postulat d'une communauté de droit, devant conduire à ériger un critère commun pour qualifier la situation de fait du rapport de droit international. Et ce critère de qualification commun est discutable¹¹¹. Les particularistes du droit international privé ont avancé l'idée selon laquelle la relation en cause n'était jamais véritablement internationale, mais simplement interne ou étrangère au for¹¹². Autrement dit, le droit international privé n'en reste pas moins du droit interne¹¹³, car la notion du rapport de droit n'est que le fruit d'une analyse de droit interne. Il semble donc que cette méthode méconnaisse le caractère international de la relation dans le litige privé¹¹⁴.

Par ailleurs, la méthode préconisée par Savigny a été critiquée pour son procédé systématique, quasi mécanique. Le rattachement retenu ne permet pas de trouver la règle de droit la plus appropriée à la situation considérée. C'est pourquoi depuis les années trente les internationalistes américains militent pour une réforme de la méthode traditionnelle. Il est question non seulement d'une réflexion sur le critère et la catégorie de rattachement, mais également d'une recherche sur la règle de droit la plus pertinente correspondant à la véritable localisation de la situation¹¹⁵.

¹¹¹ J.-L. ELHOUEISS, Retour sur la qualification *lege causae* en Droit international privé, *JDI*, 2005, p. 281, spec. p.285, n°6.

¹¹² J.-L. ELHOUEISS, L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé, *op. cit.*, pp. 51-52.

¹¹³ Nous citons ainsi M. Joe Verhoeven : « *Il n'y a pas un ordre juridique international "privé", il y a un ordre juridique international "public" (...) Le droit international privé n'en demeure pas moins un droit "national" et comme tel il coexiste nécessairement avec le droit international public.* » J. VERHOEVEN, Droit international public et droit international privé, où est la différence ?, *Arch. Phil. du droit*, 1987, t. 32, p.23 s.

¹¹⁴ Cela explique la nécessité de la recherche sur le problème de la coordination entre les différents systèmes juridiques. Concernant le respect des institutions étrangères, voir J.-L. ELHOUEISS, Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé, *JDI*, 2005, p.281 et s. ; La conception de coordination, H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, *RCADI*, vol. 139, 1973, pp.79-147 ; BATIFFOL, H., Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux, *RCADI*, t. 120 I, 1967, p. 165 ; PICONE, P., Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, *RCADI*, vol. 276, 1999, p.9.

¹¹⁵ P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *RCADI*,

B. La nouvelle approche

La théorie américaine du « lien le plus significatif ou le plus pertinent » (« *the most significant relationship* ») définit une nouvelle approche de la doctrine privatiste du droit international privé. Cette théorie se base sur une philosophie réaliste, et dont les principaux débats remontent aux années soixante¹¹⁶.

Les internationalistes américains considèrent qu'il n'est pas raisonnable de prétendre résoudre un conflit de lois par un moyen abstrait. Se prévalant du réalisme, les internationalistes américains ont proposé d'autres méthodes pour remplacer la méthode classique du droit international privé.

Ces nouvelles méthodes permettent d'écarter la règle de droit désignée par la règle de conflit, lorsque cette règle ne correspond pas à la véritable localisation de la situation. Les nouvelles théories américaines varient à ce sujet. Toutefois dans le cadre de notre étude, nous n'avons retenu que la thèse dite du « lien le plus significatif », préconisée par le professeur Willis Reese.

Lorsqu'il était rapporteur du *Restatement of the Conflict of Laws* de 1971 (ci-après le *Second Restatement*), le professeur Reese a recommandé à ce sujet le

vol.196 (1986-I), p.11 et s..

¹¹⁶ La théorie classique du droit international privé américain se fonde sur deux doctrines principales : le droit acquis (*Vested rights*) et le *Comity*. Dès le début du XIX^e siècle, Joseph Story a importé les théories d'Europe continentale aux Etats-Unis. Cependant, depuis les années trente, cette méthode classique a été critiquée sans relâche par les internationalistes américains comme Cook, Cavers et Lorenzen. Ensuite en 1934, dans son rôle de rapporteur général du *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, Joseph Beale a préconisé la méthode classique qui se fonde principalement sur le territorialisme et la doctrine du droit acquis. Mais, la méthode de Beale n'était pas satisfaisante selon certains internationalistes américains. Ainsi, depuis les années soixante, les internationalistes américains comme Currie, Reese, Juenger et Leflar ont successivement présenté de nouvelles méthodes pour déterminer la règle de conflit, et ce mouvement a été appelé « la révolution américaine ». B. Audit, Droit international privé, p.107, n°120 ; B. HANOTIAU, Le droit international privé américain, LGDJ, 1979.

raisonnement du juge Fuld dans le célèbre arrêt *Babcock v. Jackson*¹¹⁷. Toutefois, si le professeur Reese a accordé un certain crédit aux nouvelles théories présentées par B. Currie et ses disciples, ce n'est pas sans réserve. Son approche se traduit en effet par une méthode privilégiant le compromis.

L'exemple suivant illustre cette nouvelle méthode. Le *Second Restatement* prévoit une disposition proposant au juge une liste de facteurs devant servir à déterminer la règle de droit applicable lorsqu'il n'existe pas de directive officielle permettant de désigner la règle de conflit¹¹⁸. M. Reese précise à ce sujet que « *les questions du choix de droit sont certes intéressantes, mais les tribunaux doivent se prononcer sur une foule d'autres questions. Ils ne devraient pas adopter une règle en particulier sans avoir mesuré la difficulté qu'implique son application. (...) L'accent mis sur toutes ces valeurs est nécessaire pour expliquer les décisions*

¹¹⁷ 12 N. Y. 2d 473; 191 N. E. 2d 279 (1963).

¹¹⁸ *Second Restatement*, sous-section 2 de la section 6, §6 "Choice of Law Principles"

- (1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.
- (2) When there is non such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include
 - (a) the needs of the interstate and international systems,
 - (b) the relevant policies of the forum,
 - (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
 - (d) the protection of justified expectations,
 - (e) the basic policies underlying the particular field of law,
 - (f) certainty, predictability and uniformity of results and
 - (g) ease in the determination and application of the law to be applied.

juridictionnelles telles qu'elles sont prises aujourd'hui. »¹¹⁹

Nous pouvons brièvement relever les principaux points de divergence entre la méthode classique et la nouvelle méthode préconisée par le professeur Reese : la première méthode met en place un mécanisme rigide, indirect et neutre afin de déterminer la règle de droit applicable; tandis que la seconde méthode préfère utiliser un moyen plus souple, direct et parfois subjectif afin de déterminer la règle de fond dans le litige international.

La théorie du renvoi et la question de la qualification ne sont plus aussi déterminantes dans la nouvelle méthode, car il s'agit de désigner directement la règle de fond qui s'applique en tenant compte de toutes les circonstances de la relation en question, et ce, peu importe le rattachement de droit prévu par les règles de conflit.

Cependant, même si la thèse du lien le plus significatif se démarque de la théorie classique de la règle de conflit, son approche n'en reste pas moins privatiste. MM. Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières évoquent, dans leur ouvrage commun, cette nouvelle méthode comme une forme « d'impressionnisme juridique », « *d'abord parce qu'elle s'oppose au classicisme de la méthode traditionnelle, ensuite parce qu'elle procède par petites touches, comme l'École impressionniste en matière picturale* »¹²⁰. Ainsi, la nouvelle méthode – d'une seule petite touche à un ensemble harmonieux de touches – ne fait qu'ajouter d'autres critères au rattachement de droit.

À l'aide de la liste de facteurs proposée par le *Second Restatement*, le juge

¹¹⁹ « *Choice of law questions are surely interesting, but courts have many other questions to decide. They should not adopt a given rule without paying heed to the difficulty that would be involved in applying it. (...) Emphasis on all of these values is necessary to explain the decisional law as it actually exists.* » W. L. M. REESE, *The Second Restatement of Conflict of Laws Revisited*, *Mer. Law Rev.*, V. 34, 1983, p.501, spec. pp. 508-509.

¹²⁰ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de AREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, p. 161, n° 134.

peut alors directement déterminer la règle de fond du litige international. Toutefois, si la nouvelle méthode semble prendre le contre-pied de la théorie classique de la règle de conflit, son approche demeure privatiste, car elle invite à analyser au cas par cas la relation privée internationale. La nouvelle méthode s'intéresse davantage à la situation de fait plutôt qu'à la recherche du champ d'application du droit étatique : et c'est bien là le credo de la doctrine privatiste du droit international privé.

§ 2 La vocation du droit international privé selon la doctrine privatiste

Selon la doctrine privatiste, le droit international privé a vocation à résoudre le contentieux des relations privées internationales. Cette approche renverse radicalement la perspective de la doctrine publiciste du droit international privé, qui fonde traditionnellement son raisonnement sur la notion de souveraineté.

Dans cette optique, le droit international privé n'est plus considéré comme la règle de répartition des différents droits souverains. Au contraire, c'est la situation conflictuelle en tant que telle qui devient l'objet même du droit international privé.

Et force est de remarquer que la théorie de Savigny mettait déjà en exergue la convergence naturelle entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative¹²¹. Son approche se veut universelle, car au fondement de la théorie de Savigny se trouve la notion de communauté de droit, qui a conduit les disciples de Savigny à rechercher des principes généraux communs, afin de les ériger en principes internationaux.

Dans les faits, l'approche de Savigny ne s'est pas toujours traduite de la même manière à cause de la grande diversité des systèmes juridiques¹²². Plusieurs raisons peuvent expliquer ces variations.

La première raison est que, comme dans le droit civil interne, le droit

¹²¹ P. HEBRAUD, De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître, *RCDIP*, 1968, p.205 s., spec. p.233.

¹²² Le Professeur Picone avance que l'évolution de la méthode de Savigny connaît au moins trois modalités différentes de localisation des rapports de droit : la localisation directe, la localisation conditionnée, et la localisation par « autorattachement ». P. PICONE, Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, *RCADI*, 1999, t. 276, p. 9, spec. p.38 s..

international privé a la même vocation à régir la relation privée. Toutefois, cette relation privée a un caractère spécifique. Or, de prime abord le droit international privé ne semble pas avoir de caractéristique propre, car il traite des mêmes institutions que le droit civil interne : comme le mariage, le divorce, le contrat, l'adoption, ou encore le testament. Pourtant, l'appréhension de ces institutions de droit n'est pas la même dans chaque État sur le plan international. Comme Bartin l'a souligné, « *les règles de conflit sont des règles nationales, dans chaque pays, au même titre que les institutions de droit interne dont elles circonscrivent le domaine. Elles leur restent liées comme institutions elles-mêmes sur le plan du droit international* ». Il faut reconnaître que l'État possède en fait son propre système juridique, et ses institutions reposent sur l'ensemble des règles de droits indissociables.

Cette variété des concepts juridiques explique ainsi l'occurrence de situations de conflit de lois ou de conflit de juridictions. À ce sujet, nous pouvons citer l'exemple de la répudiation : les pays d'Europe de l'Ouest, en général, ne connaissent pas cette institution. La répudiation implique l'intervention de l'ordre public dans la plupart des cas, et soulève certaines difficultés en matière de qualification et d'égalité en droit des époux¹²³.

Il existe par ailleurs d'autres institutions qui rencontrent les mêmes difficultés, comme la polygamie, le *kefala*, ou encore le *trust*¹²⁴.

Ainsi, force est de reconnaître que l'objet du droit international privé a en effet un caractère spécifique par rapport au droit interne, car il comporte toujours un élément international. De la divergence des lois entre différents États résulte une certaine concurrence. Et cette concurrence existe non seulement entre la loi du for et

¹²³ B. Audit, Droit international privé, p.573, n° 668 s.; P. MAYER et V. HEUZE, Droit international privé, p. 425, n° 588.

¹²⁴ Le *trust* est une institution traditionnelle du système juridique anglo-américain, pourtant il est inconnu de la plupart des autres droits civils. B. AUDIT, Droit international privé, p.74, n° 92 ; D. HAYTON, Introduction to the Principles of European Trust Law, in *Modern International Developments in Trust Law* 19 (David Hayton ed. 1999).

la loi étrangère, mais aussi entre les différentes juridictions.

À cet égard, deux questions se sont posées en droit international privé : Quel est l'État ou quels sont les États dont les liens avec les faits sont tels qu'il est juste et raisonnable de lui (ou leur) reconnaître une compétence normative¹²⁵? Et quelle méthode efficace pouvons-nous adopter pour déterminer la règle de droit la plus appropriée à la situation donnée dans le litige international?

Pour répondre à ces questions, il faut commencer par traiter la loi du for et la loi étrangère sur un plan d'égalité. Dans la perspective de la doctrine privatiste, ce n'est pas la méthode unilatérale qui est retenue dans la plupart des cas. La méthode préconisée consiste à élire un critère permettant de justifier un lien raisonnable entre la situation donnée et le droit sur le plan international. Autrement dit, cette solution n'a pas recours à la délimitation du champ d'application de la souveraineté, au contraire, elle s'intéresse à la nature intrinsèque de la relation donnée, afin de désigner la règle de droit applicable dans le litige international. Cette méthode requiert une certaine neutralité de manière à pouvoir être utilisée dans tous les systèmes juridiques.

Le caractère neutre procède en effet de l'esprit international du droit international privé. M. Hébraud explique que « *l'assise fondamentale du droit international privé est apparue comme résidant dans l'interpénétration des différents systèmes, avec pour corollaire l'aptitude de tout juge à connaître de tous litiges et le devoir d'appliquer la loi adéquate ; la rupture du lien entre le juge et son droit devient l'articulation essentielle du mécanisme ; la pratique de cette dissociation, considérée comme signe d'esprit international, frappe de suspicion le recours à la lex fori* »¹²⁶. Ainsi, la loi du for comme la loi étrangère doivent avoir une chance égale de s'appliquer dans le litige international.

¹²⁵ F. A. MANN, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, *RCADI*, 1964, t. 111, p. 1, spec. p.34; P. MAYER, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence (III), *RCDIP*, 1979, p.542.

¹²⁶ P. HERBRAUD, op. cit, p.233.

En tant qu'institution neutre, le droit international privé doit comprendre des principes généraux communs, de manière à permettre au juge saisi de recourir à un critère prévisible et stable pour déterminer la loi applicable en la matière. La prévisibilité, en particulier, est importante dans la relation juridique internationale. M. Lalive soutient dans ce sens, dans son cours à l'Académie de La Haye, que « *les individus parties à une « relation internationale » ou désireux d'en établir une qui soit stable éprouvent un besoin de sécurité d'autant plus grand qu'ils ont en général conscience de s'aventurer dans l'inconnu, (...) Schématisant, on peut dire du commerce international qu'il repose sur le crédit, c'est-à-dire sur la confiance, donc sur la prévisibilité. (...) Il n'en reste pas moins que le commerce international a besoin de certitude et que la contrariété actuelle des législations constitue un état de choses qui « choque la raison »* »¹²⁷. Le besoin de prévisibilité conduit donc les internationalistes à incliner pour la méthode classique, celle-ci étant plus prévisible et plus facilement identifiable pour le juge saisi. Même si la nouvelle théorie se base sur le réalisme en ne recourant pas à la notion de communauté de droit, sa vocation reste la même : il s'agit toujours pour le droit international privé de rechercher une solution adaptée à la nature des relations privées internationales. Il est vrai qu'en l'absence d'un ordre juridique « supraétatique », le droit international privé est souvent élaboré par les législateurs et sanctionné par les juridictions de chaque État¹²⁸. Pourtant, la dualité inhérente à la relation privée internationale, possédant à la fois un caractère interne et un caractère international, lui donne en fait une vocation spéciale par rapport au droit privé interne. Et cette vocation spéciale ne doit pas être négligée.

Nous considérons donc, dans le sens de la doctrine privatiste, que l'une des vocations du droit international privé est de rechercher un moyen de contribuer à l'harmonisation internationale des décisions. Dans cette perspective, les principes préconisant l'uniformisation dans le litige international apparaissent utiles, voire indispensables.

¹²⁷ P. LALIVE, Tendance et méthode en droit international privé, *RCADI*, vol : 155, 1977, p. 1, spec. p.69.

¹²⁸ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, pp. 12-13, n°2.

Section 2. L'influence de la doctrine privatiste

La doctrine privatiste du droit international privé a une forte influence sur la doctrine taïwanaise du droit international privé. Cette influence se manifeste à travers deux courants de pensée au sein de la doctrine taïwanaise. Le premier courant regroupe les internationalistes taïwanais qui acceptent complètement la thèse de la doctrine privatiste du droit international privé¹²⁹ (§1). En effet, inspirés par la doctrine privatiste les internationalistes taïwanais ont concentré leurs recherches sur la règle de conflit de lois.

Le deuxième courant rassemble les partisans d'une nouvelle approche de la doctrine privatiste du droit international privé (§2). Cette nouvelle approche consiste à effacer la frontière entre le droit public et le droit privé, et contribue à atténuer progressivement l'opposition entre les deux disciplines dans la doctrine du droit international privé taïwanais.

§ 1 La conception du droit international privé dans la doctrine privatiste

Nous avons déjà montré que la doctrine taïwanaise n'avait pas adopté la théorie préconisée dans la doctrine publiciste pour des raisons historiques. En revanche, la doctrine privatiste a une forte influence sur la doctrine taïwanaise. Cette influence s'exprime dans les ouvrages des internationalistes chinois qui se sont réfugiés à Taïwan dans les années quarante, ainsi que dans la législation taïwanaise. Ainsi, peu à peu, la doctrine privatiste s'est imposée comme la théorie prédominante dans la doctrine taïwanaise.

Et en matière de règle de conflit de lois, la doctrine taïwanaise a principalement recours à la méthode de Savigny. De manière à appréhender la conception du droit international privé dans la doctrine privatiste taïwanaise, nous procéderons en deux temps : nous nous intéresserons, tout d’abord, à la définition et au contenu du droit international privé (A), puis à la vocation du droit international privé (B), proposés dans la doctrine privatiste.

A. L’identification du droit international privé

La première question que l’on peut se poser concerne la nature du droit international privé. Dans les années quarante, les internationalistes chinois à Taïwan ont tenté de répondre à cette question en proposant une définition de la discipline. M. Chung-Shei Mei a ainsi défini le droit international privé comme « *une règle de droit qui détermine le champ d’application du droit privé du for et du droit privé étranger* »¹³⁰. Cette définition est brève et abstraite. M. Mei explique que l’objet du droit international privé doit être focalisé sur la relation privée impliquant des éléments d’extranéité. Le droit international privé ne s’applique qu’à la relation privée, mais cela ne veut pas dire pour autant qu’il ne soit qu’un droit matériel. D’après M. Mei, lorsque le droit international privé désigne la loi applicable dans le litige, il n’a pas besoin de prendre en compte la question matérielle du litige. Le droit international privé n’affecte pas directement le droit substantiel, il ne fait que désigner la loi applicable dans le litige international.

Étant donné qu’il n’existe pas, en pratique, un droit international privé « universel », M. Mei a adopté une perspective particulariste. Selon cette approche, le droit international privé taïwanais est essentiellement du droit positif, – constitué par la loi de 1953 principalement – , plutôt qu’une théorie issue de la doctrine¹³¹. La loi de 1953, en effet, est bel et bien du droit international privé taïwanais, car, si l’on

¹³⁰ C.-S. MEI, Droit international privé, *San-Ming*, 9 éd., 1989, p.8. (La 1^e édition en 1946, publié par *Da-Dung*)

¹³¹ Ibidem, pp.8-9 ; 52-53.

veut délimiter le champ d'application du droit privé interne dans le litige international, il faut se référer à cette loi.

Et dans l'ensemble, le contenu de la loi de 1953 est conforme à la doctrine privatiste. Ses vingt-cinq articles énumèrent de manière systématique les critères de rattachement à prendre en considération en fonction de chaque situation de rapport de droit. Pourtant, cette loi ne dispose d'aucune règle relative à la compétence internationale. D'après M. Mei, dans le cas d'un conflit de juridictions, il faut recourir à la règle du droit judiciaire privé¹³².

M. Ying-Chao Hung, acceptant dans son principe la définition présentée par M. Mei, a regroupé les problèmes du droit international privé dans deux catégories : le conflit de juridictions et le conflit de lois. En pratique, M. Hung considère que les problèmes de conflit de juridictions doivent être régis par le droit judiciaire privé. Quant aux problèmes de conflit de lois, dans la pratique ils sont réglés par la loi de 1953. Pour ce qui est de la réflexion théorique, il soutient néanmoins que les deux types de problèmes doivent être envisagés dans l'étude du droit international privé¹³³.

Le fondement de la théorie de M. Hung est aussi privatiste ; sa position sur le problème de l'applicabilité de la loi étrangère permet de l'affirmer. M. Hung avance en effet que ce problème concerne la nature de la relation donnée. L'application de la loi étrangère signifie que le juge saisi considère que cette loi correspond à la nature de la relation donnée. Plus précisément, on suppose *a priori* que le critère de rattachement est adapté à la nature du rapport de droit, puis d'après ce critère, on détermine si la loi étrangère peut être appliquée au litige international¹³⁴.

¹³² M. Mei soutient que : « en théorie, les questions relatives à la délimitation du champ d'application de compétence internationale, à l'effet du jugement étranger ou à la faillite internationale sont différentes de celles du droit international privé. (...) La recherche liée à ces questions doit être laissée aux autres disciplines particulières, au droit judiciaire privé international ou au droit de la faillite internationale, qui sont plus appropriés que le droit international privé. » *ibidem*, p.72.

¹³³ Y.-C. HUNG, *Droit international privé, Ven-Hwa*, 4^{éd.} 1988, p.6.

¹³⁴ *Ibidem*, p.35. La même opinion voir H.-P. MA, Droit international privé, 2004, édition nouvelle, (la

L'application de la loi étrangère n'a ainsi rien à voir avec la délimitation des droits souverains des États. Il semble donc que la théorie de M. Hung s'inspire de la doctrine privatiste du droit international privé.

L'approche adoptée par MM. Mei et Hung a influencé leurs disciples. M. Han-Pao Ma a ainsi défini le droit international privé comme « *une règle de droit qui s'applique au litige impliquant des éléments d'extranéité. Cette règle détermine le champ d'application du droit privé du for ou du droit privé étranger* »¹³⁵. Cette définition interprète en effet la règle du conflit de lois comme synonyme du droit international privé. Pour ce qui est de la méthode permettant de déterminer la règle de conflit, M. Ma suit fidèlement la méthode classique et les dispositions de la loi de 1953¹³⁶.

Sur la question de la compétence internationale, M. Ma soutient qu'il faut distinguer le problème du conflit de lois et celui de la répartition de la compétence internationale ; ce dernier étant principalement régi par le droit judiciaire privé. Toutefois, considérant que ce problème reste lié au conflit de lois, M. Ma le commente en corollaire dans son ouvrage de droit international privé.

Dans les années soixante et soixante-dix, l'opinion de M. Ma a été soutenue de façon générale par les internationalistes taïwanais¹³⁷. Mais, l'étude systématique de la doctrine de la compétence internationale en droit international privé taïwanais n'a été engagée à Taïwan que dans les années quatre-vingt¹³⁸. C'est à cette époque que

1^e édition en 1964), p.214 ; J.-Y. LIU, Droit international privé, 3^eéd., 2001 (la 1^e édition en 1971), pp. 65-71 ; C. LU, Théorie et Pratique du droit international privé, *Shanghai-Chung-Hwa*, 1934, p.84 ; C.-S. TANG, Droit international privé, *Shan-Wu*, 1930, p.48, K.-Y. CHEN, Théorie générale du droit international privé, *Ming-Chi*, 1933, p.2.

¹³⁵ H.-P. MA, *ibidem*, p.4.

¹³⁶ H.-P. MA, La méthode d'application du droit dans le litige international, *LM V.41 n°10*, 1982, p.210

¹³⁷ Voir par exemple, K.-Y. CHEN, Théorie générale du droit international privé, *Ming-Chi*, 1933, p.2 ; S. Ho, Droit international privé, *Taipei-Lian-Ho*, 12^eéd., 1979, p.7.

¹³⁸ À Taïwan, le premier ouvrage relatif à la doctrine de la compétence internationale a été publié en 1986, par le professeur Lon-Sjue Chen. L.-S. CHEN, Le commentaire de la compétence internationale

l'accélération de la modernisation de la société taïwanaise et le développement du commerce international ont poussé les internationalistes taïwanais à étendre leurs recherches à d'autres domaines du droit : comme l'arbitrage international, le droit du commerce international ou encore le droit maritime international¹³⁹. Les internationalistes taïwanais ont alors tenté de combiner les différentes disciplines avec le droit international privé. Il convient de noter, cependant, qu'en matière de conflit de lois, la plupart des internationalistes taïwanais continuent à utiliser la méthode classique.

En somme, la doctrine privatiste est traditionnellement considérée comme le courant de pensée de référence par la doctrine du droit international privé taïwanais. Et la méthode retenue par la doctrine taïwanaise est en général celle de Savigny : certaines catégories de rattachement permettant d'établir un lien étroit entre la loi et la situation de rapport de droit sont envisagées *a priori*, puis la loi applicable est déterminée en fonction du critère de rattachement. Les phases d'application de la règle de conflit sont ainsi chronologiques.

B. La vocation du droit international privé selon les internationalistes taïwanais

D'après la plupart des internationalistes taïwanais, la fonction du droit international privé est d'apporter une solution spécifique au problème du conflit de lois international. M. Ma précise à ce sujet que « *l'objet du droit international privé est de rechercher la loi ou la règle de droit la plus appropriée en fonction de la nature du litige international. (...) En général, il ne se base que sur la justice internationale et sur la nécessité réelle. Autrement dit, même si le droit international privé est du droit interne, il est inadapté pour le juge saisi qui ne réfléchit que sur l'intérêt étatique ou se limite à étendre le champ d'application de la loi du for. (...) Pour atteindre ce but (la justice internationale et la nécessité réelle), le droit international privé doit faire*

en droit international privé, Wu-Nan, 1986.

¹³⁹ Z.-T. KO, Droit international privé, Yuan-Chao, 2éd., 2004, p.242 s. ; E.-F. LAN, L'introduction du droit international privé, 1995, p.102 s. ; L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, 2001, pp. 33-39.

*des efforts pour réaliser l'harmonisation internationale des décisions*¹⁴⁰. » Ainsi, les internationalistes taïwanais envisagent la vocation du droit international privé au moins sous un double aspect : apporter une solution spécifique qui soit stable et prévisible dans la perspective d'une harmonisation internationale des décisions ; et prendre en compte la notion de justice, ou encore d'équité, dans le cas individuel.

En ce qui concerne l'exigence d'une solution stable et prévisible, les internationalistes taïwanais estiment que dans la mesure où la méthode de la règle de conflit est neutre et objective, la décision doit être universelle, et ce, quel que soit le lieu du litige¹⁴¹. La méthode préconisée par Savigny permet de satisfaire à cette exigence. C'est pourquoi, à l'heure actuelle, les internationalistes taïwanais ne veulent pas renoncer à la méthode classique de la règle de conflit, car ils restent convaincus que cette méthode permet de trouver une solution appropriée contribuant à l'harmonisation internationale des décisions.

Mais si les internationalistes taïwanais se réclament de la doctrine classique, cela ne veut pas dire nécessairement que leur perspective soit universaliste. Au contraire, la plupart des internationalistes taïwanais ont pris conscience de la diversité des systèmes juridiques sur le plan international. Ils reconnaissent le fait que chaque État détermine son propre droit international privé, car il fait partie du système juridique national. La perspective des internationalistes taïwanais est donc particulariste.

L'objectif qu'ils poursuivent est de coordonner les systèmes juridiques des différents États indépendants. Ils considèrent que le problème du conflit de lois résulte en fait de la diversité des systèmes juridiques. Cette diversité entraîne non seulement un problème de qualification, mais aussi un problème de renvoi, ou encore d'exception d'ordre public. Dans tous les cas, le droit international privé doit s'atteler à résoudre ces problèmes. Et dans ce contexte, une théorie en matière de

¹⁴⁰ H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p.311 s.

¹⁴¹ *Ibidem*, p.312.

coordination internationale s'avère nécessaire¹⁴².

D'après M. En-Fong Lan, il faut prendre en considération le fait que le droit international privé soit une branche du droit privé interne. L'un et l'autre possèdent des caractéristiques juridiques semblables, et c'est le même courant de pensée doctrinal qui inspire ces deux disciplines. Mais, la spécificité du droit international privé réside dans les éléments d'extranéité inhérents à la relation conflictuelle, permettant au juge saisi d'éventuellement appliquer la loi étrangère. Or, c'est cette spécificité qui distingue le droit international privé du droit privé interne. Il est vrai que le droit international privé a vocation, à l'instar du droit privé interne, à résoudre les litiges survenant dans les relations privées. Dans le cas de cette relation privée, le juge saisi doit prendre en compte le « contexte juridique (*legal milieu*) », de manière à évaluer le caractère international du litige et à rendre une justice d'ordre international. D'après M. En-Fong Lan, seul le droit international privé, en particulier grâce à la méthode classique de la règle de conflit, peut apporter une solution appropriée au litige international¹⁴³. De façon générale, cette approche du droit international privé est caractéristique de la position adoptée par l'ensemble des internationalistes taiwanais.

En ce qui concerne la justice internationale, M. Rong-Chwan Chen reprend la démonstration de M. Symeonides, qui soutient que la vocation du droit international privé est de rendre une « justice des conflits (*conflicts justice*) »¹⁴⁴. L'objet de la « justice des conflits » n'est pas de résoudre le problème de droit matériel, mais de déterminer si la loi applicable obéit à une procédure juste et raisonnable¹⁴⁵. D'après

¹⁴² T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, San-Ming, 3^e éd., 2004, p.557 s.

¹⁴³ E.-F. LAN, L'introduction au droit international privé, 1995, pp. 36-39.

¹⁴⁴ Symeon C. Symeonides, ed., Private International Law at the End of the 20th Century : Progress or Regress?, *Kluwer Publishers International*, 1999, p.45.

¹⁴⁵ Par exemple, l'article 13 de la loi de 1953 dispose que le régime matrimonial est régi par le droit national du mari au moment où le mariage a été célébré. Du point de vue du droit matériel, cette disposition ne respecte pas le principe de l'égalité des époux. Pourtant sous le rapport de la justice des conflits, l'effet du droit substantiel n'est pas pris en compte. Nous tentons seulement de déterminer si cette disposition respecte ou non les principes de la règle de conflit. R.-C. CHEN, Les idées nouvelles en matière de législation du droit international privé, *TLR* n°89, 2002, p. 50.

M. Chen, une méthode juste et raisonnable consiste à justifier le lien le plus étroit possible entre la loi applicable et la relation donnée. Le droit international privé est en fait une plate-forme de l'internalisation : la loi étrangère est alors traitée au même titre que la loi du for. Et afin de rendre une justice des conflits, il est indispensable que la politique juridique ou la conception du droit de chaque État soit respectée.

Au terme de cette revue sur la vocation du droit international privé, nous pouvons constater que les internationalistes taïwanais prennent traditionnellement la même position que les privatistes. Toutefois, le développement de la doctrine du droit international privé et l'évolution de la société taïwanaise ont amené les internationalistes à reconsidérer leur approche à la suite du tournant des années quatre-vingt. Nous allons donc examiner en quoi consiste ce changement.

§ 2 Le développement de la doctrine privatiste

Les années quatre-vingt représentent une période charnière dans la doctrine du droit international privé taïwanais. C'est au cours de cette période que les internationalistes taïwanais ont, pour la première fois, introduit les nouvelles théories américaines dans leurs recherches sur le droit international privé. Et c'est à la même époque que la politique du gouvernement taïwanais s'est ouverte sur le monde. Dans ce contexte, l'évolution de la société a incité les juristes taïwanais à s'interroger sur le rôle du droit international privé.

Aujourd'hui, nous pouvons constater que la doctrine du droit international privé taïwanais a modifié son approche traditionnelle inspirée de la doctrine privatiste. D'après notre analyse, ce changement résulte non seulement de l'ambiguïté existant entre le droit public et le droit privé (A), mais aussi de la prise de conscience du caractère spécifique du droit international privé (B).

A. L'ambiguïté entre le droit public et le droit privé

La distinction entre le droit public et le droit privé, préconisée par le courant de pensée prédominant dans les systèmes juridiques d'Europe continentale, a généralement été reprise par les juristes taïwanais. Mais avec l'évolution de la société, cette distinction est progressivement devenue ambiguë. Il y a au moins deux raisons qui permettent d'expliquer cette évolution.

La première est que cette ambiguïté provient de la difficulté à donner une définition intrinsèque du droit public et du droit privé. Or, les juristes taïwanais ont adopté la définition du droit privé proposée par la doctrine française. De manière représentative, le professeur Patrick Courbe décrit le droit privé comme l'« *ensemble des règles qui gouvernent les rapports des particuliers entre eux ou avec les collectivités privées telles que les sociétés* »¹⁴⁶. Autrement dit, le critère de distinction entre les deux disciplines dépend en fait du sujet de droit. En règle générale, si l'un des sujets de droit concernés est un organisme de l'État ou le gouvernement, le droit sera qualifié de droit public plutôt que de droit privé.

Mais cette définition n'est pas assez précise car il existe des branches intermédiaires, comme le droit du travail dans lequel l'intervention de l'État est une affaire courante. Il est donc difficile de qualifier cette discipline de droit public ou de droit privé. À ce sujet, certains juristes taïwanais prônent la création d'une troisième catégorie de droit, le droit « social ». Cette difficulté à définir de façon précise le droit privé suscite des débats sur la nature du droit international privé. Certaines questions posées par les internationalistes taïwanais sont récurrentes : le droit international privé est-il du droit privé ou du droit public ? du droit procédural ou du droit matériel ? du droit interne ou du droit international ? Il est difficile de répondre à ces questions en fonction des catégories traditionnelles du droit.

¹⁴⁶ P. COURBE, Introduction générale au droit, DALLOZ, 9^e éd., 2005, p.13. La même définition est formulée par Ulpian, qui distingue le droit public et le droit privé en fonction du critère du rapport entre les sujets de droit. Pourtant, cette définition suscite toujours des débats. J. MAURY, Règles générales des conflits de lois, RCADI, t. 57, III, 1936, p.329, spec. p.407 s..

D'après M. En-Fong Lan, le droit international privé ne peut être défini de manière appropriée en fonction de critères traditionnels, car il implique en fait différentes disciplines. Le droit international privé est une discipline mixte car elle concerne toutes les règles relatives à la relation privée comportant un élément d'extranéité. À cet égard, il est à noter qu'il s'agit d'un droit ayant des implications complexes dans l'ordre juridique interne. Il peut à la fois être considéré comme faisant partie de l'ordre juridique privé, et être qualifié de droit public¹⁴⁷. C'est pourquoi, le droit international privé ne peut jamais être identifié complètement à du droit public ni à du droit privé.

La deuxième raison de cette ambiguïté est la mutation du rôle de l'État. Aujourd'hui, l'intervention de l'État dans les relations privées est de plus en plus fréquente, et mêle à la fois l'intérêt public et l'intérêt privé. La frontière entre les deux disciplines devient plus floue, car les juristes taiwanais délimitent souvent cette frontière en fonction de leur propre finalité, privilégiant tantôt l'intérêt privé tantôt l'intérêt général. M. Zeu-Tung Ko a montré à ce sujet que l'évolution récente de la doctrine du droit international privé ne se limitait plus à la réflexion sur la méthode de la règle de conflit de droits privés. La notion de « loi d'application immédiate » présentée par le juriste français M. Francescakis illustre cette évolution. Cette loi d'application immédiate prend en considération l'intérêt général ou encore les objectifs politiques, et évite le recours à la règle de conflit en appliquant directement le droit matériel dans certains litiges internationaux¹⁴⁸. Selon cette approche, le droit international privé ne régit plus simplement la relation privée, il a aussi pour fonction de protéger l'intérêt général de l'État. Autrement dit, le droit international privé est considéré comme un instrument du législateur. Il faut donc repenser la position du droit international privé face au rôle de l'État de nos jours.

L'ambiguïté entre le droit public et le droit privé conduit aussi les

¹⁴⁷ Le droit international privé organise la règle de procédure et détermine l'obligation matérielle. On le décrit comme du droit judiciaire privé. C'est pourquoi le droit international privé est qualifié de droit public, car selon les juristes taiwanais, le droit judiciaire privé est du droit public. E.-F. LAN, L'introduction au droit international privé, *op. cit.*, p.36 ; voir aussi H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, pp. 15-25.

¹⁴⁸ Z.-T. KO, Droit international privé, *Droit international privé*, *op. cit.*, p.23 s..

internationalistes taïwanais à privilégier une approche plus ouverte que par le passé. Depuis les années quatre-vingt, certains internationalistes taïwanais ont pu importer les nouvelles théories américaines dans la doctrine du droit international privé taïwanais, sans rencontrer d'opposition excessive de la part des autres auteurs. La théorie de Brainerd Currie sur les « intérêts gouvernementaux » a ainsi été débattue par les internationalistes taiwanais, et leur critique a porté sur l'instabilité du fondement doctrinal ainsi que sur le mélange des intérêts publics et privés¹⁴⁹. Les internationalistes taïwanais défendent l'idée selon laquelle on ne peut plus considérer le droit international privé comme une branche du droit privé interne. Au contraire, ce droit doit être appréhendé davantage comme une discipline autonome.

Par conséquent, nous pouvons tirer deux conclusions de l'ambiguïté du droit international privé. La première est que cette ambiguïté incite les internationalistes taïwanais à concevoir le droit international privé comme un instrument du législateur, permettant au juge d'apporter une solution appropriée au litige international. Cette approche pragmatique a conduit les juristes à élargir leur sphère de recherche sur le droit international privé taïwanais. La deuxième conclusion est que, pour dépasser cette ambiguïté, certains internationalistes taïwanais plaident en faveur d'une recherche sur la politique et la valeur essentielle du droit¹⁵⁰. Autrement dit, peu importe la distinction entre le droit public et le droit privé, le droit international privé – défini comme l'ensemble des règles relatives aux affaires privées comportant un élément d'extranéité – a vocation à exprimer la politique du législateur interne. Cette approche renverse radicalement la perspective préconisée dans la doctrine privatiste traditionnelle, car la loi applicable n'est alors plus déterminée en fonction de la nature de la relation donnée, mais en fonction de la politique juridique ou encore de la conception du droit de l'État concerné.

¹⁴⁹ À propos des commentaires des internationalistes taiwanais sur la théorie de Currie, voir L.-S. CHEN, La nouvelle théorie américaine du droit international privé, *Wu-Nan*, 1987, p.47 s. ; F.-S. KAO, L'évolution de la théorie américaine du droit international privé, 1990, p. 35 ; C.-C. HSU, L'évolution de la théorie américaine en droit international privé : une analyse des jurisprudences en matière de délit international, *MLJ* v.44, 1998, p.34 ; M.-R. TSENG-CHEN, L'analyse de la doctrine américaine de droit international privé, *CYLR* v. 61, 1995, pp.13-23 ; E. W. LIN, La comparaison de la méthodologie en droit international privé, *THLR*, V.17 ; 2002, p.347.

¹⁵⁰ L.-S. CHEN, La nouvelle théorie américaine de droit international privé, *op. cit.*, p. 103 s. ; L.-S. CHEN, The Universally Shared Principles in Conflict of Law, *FJJLJ* n°3, 1984, p.418 ; C.-C. HSU, The theory of substantiation of connecting factors, *CYLR* V.66, 2000, p.2

B. Le caractère spécifique du droit international privé

En général, presque tous les internationalistes taiwanais optent pour la méthode de Savigny en matière de conflit de lois¹⁵¹. Or, la méthode de Savigny n'est pas la seule méthode qui soit utilisée dans le litige international. Le professeur Ming-Ruu Tseng-Chen affirme que le droit international privé a un caractère spécifique – l'internationalité – qui permet de le distinguer du droit interne¹⁵². À cet égard, la relation en question n'est pas le seul objet de recherche du droit international privé. Le caractère international du droit international privé conduit les internationalistes taiwanais à prendre en considération d'autres facteurs, car le droit international privé doit non seulement apporter une solution à la situation singulière du litige, mais aussi coordonner ou relier cette solution aux différents systèmes juridiques concernés. D'après le professeur Tseng-Chen, même si le droit international privé ressemble à du droit interne, on ne peut négliger son caractère international. Le droit international privé a ainsi vocation à résoudre le cas particulier d'un litige et à atténuer la situation de conflit international. Plus précisément, il est question de prendre en compte l'intérêt de la société internationale de manière à promouvoir et à susciter la coopération entre les États. La nécessité de cette coopération devrait être invoquée en particulier lorsqu'un État subit une forte pression politique et commerciale de la part d'un autre État. Le professeur Tseng-Chen cite à ce sujet l'exemple de l'évolution du droit international privé des États d'Amérique latine : à cause du déséquilibre de leur développement économique, ces États sont amenés à modifier leur propre droit international privé ou à ratifier des conventions internationales pour attirer les investissements étrangers¹⁵³.

¹⁵¹ Certains internationalistes taiwanais, comme MM. Lon-Sjue Chen, Chang-Ven Chen et Chao-Ching Hsu critiquent la méthode de Savigny et proposent de la remplacer par une autre méthode. Pourtant à Taïwan, la méthode continue à être utilisée par la plupart des internationalistes taiwanais. Cela s'explique, comme nous l'avons montré, par l'influence de la législation, et par la facilité d'application de cette méthode pour les praticiens taiwanais.

¹⁵² M.-R. TSENG-CHEN, Théorie générale du droit international privé (partie générale), Shuei-Lin, 2^{éd.}, 2003, p.104 s.

¹⁵³ TSENG-CHEN, L'analyse de la doctrine américaine de droit international privé, *op. cit.*, p.22 s..

Ainsi, il semble que la perspective du professeur Tseng-Chen appartienne au courant pragmatique, voire utilitariste. Une opinion différente sur la nature du droit international privé a été présentée par le professeur Lei-Kung Lai, en dehors du débat traditionnel. Le professeur Lai défend l'idée du caractère « apolitique » du droit international privé¹⁵⁴. Ce caractère serait bel et bien le critère qui permettrait de distinguer le droit international privé du droit international public. Selon le professeur Lai, le caractère apolitique du droit international privé s'exprime à travers différents aspects.

En ce qui concerne la compétence internationale, tout d'abord, si les parties sont taïwanaises, peuvent-elles désigner le tribunal d'un État à défaut de la reconnaissance diplomatique du gouvernement taïwanais ? Sur cette question, la réponse du professeur Lai est positive. Mais, la jurisprudence taïwanaise semble défendre une position contraire¹⁵⁵. De la même façon, on peut se demander si, en matière d'application de la loi étrangère dans le litige international, le juge saisi peut refuser d'appliquer la loi élaborée par un État non reconnu. D'après le professeur Lai, la réponse est à l'évidence négative. Pourtant, la jurisprudence taïwanaise opte pour la réponse contraire¹⁵⁶.

Le professeur Lai soutient l'idée selon laquelle, dans le litige international, le juge ne peut refuser la compétence désignée par la volonté des parties, ni l'application d'une loi étrangère élaborée par un État non reconnu, à cause du caractère apolitique du droit international privé. Il justifie son raisonnement en donnant deux raisons principales. La première est que la difficulté de la situation diplomatique de Taïwan devrait inciter les juristes à opter pour une approche plus pratique que par le passé. *De facto*, il y a très peu de pays qui entretiennent une relation diplomatique formelle avec le gouvernement taïwanais, il convient donc d'adopter une perspective réaliste sur ces questions. La deuxième raison est que la vocation du droit international privé est de déterminer la loi applicable dans le litige

¹⁵⁴ L.-K. LAI, La nature du droit international privé, LM n°51, 2000, pp.660-686, spec. p.682.

¹⁵⁵ Arrêts de la Cour suprême KAN n°96,1975 ; TAI-SHAN n°3096, 1980.

¹⁵⁶ Voir l'arrêt de la Cour suprême TAI-SHAN n°3620,1982.

international d'après une série d'hypothèses à envisager. Si le principe de reconnaissance réciproque en politique peut être invoqué dans tous les litiges impliquant des éléments d'extranéité, cela revient, dans une certaine mesure, à réfuter le rôle du droit international privé. Quoi qu'il en soit, si le facteur politique intervient dans le litige international, la plupart du temps le résultat n'est pas applicable en pratique et reste contesté¹⁵⁷.

Toutefois, l'idée du caractère apolitique du droit international privé ne nous semble pas complètement juste. Il est vrai que l'application de la loi d'un État non reconnu se base sur une conception réaliste. Pourtant, Cette application n'a rien à voir avec la nature du droit international privé. Au contraire, dans la plupart des cas, le juge saisi est compétent pour décider s'il veut exclure ou appliquer la loi étrangère en fonction de la politique adoptée par son gouvernement. C'est pourquoi nous constatons, par exemple en France, qu'il existe plusieurs décisions attestant du refus d'appliquer des lois soviétiques avant la reconnaissance par la France du gouvernement des Soviets¹⁵⁸. Si le droit international privé possède un caractère apolitique, le juge saisi n'a pas la possibilité d'exclure l'application de la loi étrangère en raison de l'absence de reconnaissance diplomatique. La seule raison pouvant inciter le juge à tenir compte de la loi en vigueur est une exigence pratique plutôt qu'une considération sur la nature intrinsèque du droit international privé. De plus, le juge peut toujours écarter l'application de la loi étrangère au nom de l'ordre public. Et la notion d'ordre public est essentiellement une considération politique, qui est toujours considérée comme faisant partie du droit international privé. C'est pourquoi, nous estimons que la démonstration du professeur Lai confond la cause et l'effet.

Toutefois, il semble que la nouvelle tendance au sein de la doctrine privatiste soit de plus en plus proche de la théorie réaliste. De ce point de vue, le droit international privé est un instrument « de synthèse ». D'une part, il régit la relation privée internationale en apportant une solution appropriée au litige international ; d'autre part, il préconise d'ajuster le rôle de l'État dans la relation internationale afin

¹⁵⁷ L.-K. LAI, La nature du droit international privé, *op. cit.*, p.686 ; L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, 2001, pp. 193-200.

¹⁵⁸ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, p.431, n°256.

de concilier les différents intérêts sur le plan international. Dans une certaine mesure, la doctrine privatiste a toujours autant d'influence sur la doctrine du droit international taïwanais, mais elle introduit progressivement une considération politique sous la forme de l'intérêt public. Cette tendance a des conséquences, directes ou indirectes, sur l'évolution du domaine de recherche et sur la méthodologie de la doctrine du droit international privé taïwanais.

Titre II Le domaine du droit international privé taïwanais

Le domaine de recherche du droit international privé est toujours l'objet de débats. Dans la plupart des doctrines d'Europe continentale, la recherche en droit international privé s'intéresse traditionnellement au conflit de lois. En Allemagne, le problème du conflit de lois est même considéré comme le sujet d'étude exclusif du droit international privé¹⁵⁹. En France, en revanche, le domaine de recherche du droit international privé est plus vaste. Quatre matières sont généralement prises en compte par les internationalistes français : les conflits de lois, les conflits de juridictions, la condition des étrangers et la nationalité¹⁶⁰.

Influencée par le territorialisme hollandais, la doctrine anglo-américaine a davantage mis l'accent sur les problèmes de conflit de juridictions par rapport à la doctrine d'Europe continentale¹⁶¹. Et la prépondérance du problème du conflit de juridictions atténue en effet l'importance du problème du conflit de lois. À Taïwan, il existe des positions très variées à ce sujet parmi les juristes taïwanais. Deux observations principales permettent d'expliquer cette situation.

Premièrement, force est de constater que l'étendue du domaine de recherche en droit international privé dépend de la position théorique retenue quant à la nature du droit international privé. En la matière, la théorie préconisée dans la doctrine publiciste est différente de celle adoptée dans la doctrine privatiste. Nous tenterons donc de montrer, dans le premier chapitre, l'influence des différentes positions théoriques relatives à la nature du droit international privé sur le champ d'étude du droit international privé.

¹⁵⁹ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Droit international privé, p.5, n°4 s.

¹⁶⁰ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, p.13, n°3 s.

¹⁶¹ Nous pouvons citer à ce sujet l'ouvrage classique de droit international privé anglais, de Dicey et Morris, *Conflict of Law*, qui souligne que « *The English rules of the conflict of laws differ from those adopted in many continental European countries in one important respect. There are many situations in which, if English court has jurisdiction, it will apply English domestic law. (...) Thus, in English conflict of laws, questions of jurisdiction frequently tend to overshadow question of choice of law.* » Dicey & Morris, Conflict of Laws, Lawrence Collins ed., London, Sweet & Maxwell, 13 ed., p.4, n°1-005.

Deuxièmement, l'objet de la recherche en droit international privé est aussi influencé par l'évolution de la société internationale. En particulier de nos jours, l'intensification des relations internationales a fait naître une réflexion nouvelle sur la discipline du droit international privé. La fonction et le domaine de recherche du droit international privé semblent ainsi être liés. C'est pourquoi, dans le second chapitre, nous examinerons le lien entre la fonction et le domaine du droit international privé.

Chapitre I. L'influence de la position théorique de la doctrine sur la nature du droit international privé

Les internationalistes taïwanais découpent le domaine du droit international privé en deux catégories principales¹⁶² : le « micro-droit international privé » et le « macro-droit international privé ». Le premier ne s'intéresse qu'au conflit de lois. Le deuxième offre un champ d'étude plus vaste et comprend non seulement le conflit de lois, mais aussi les conflits de juridictions, de nationalité, d'immunité de l'État, de condition des étrangers, ainsi que l'arbitrage international, le droit judiciaire privé international et le droit du commercial international.

Comme nous l'avons montré précédemment, il existe deux approches principales de la question de la nature du droit international privé, et qu'incarnent, dans une certaine mesure, la doctrine publiciste et la doctrine privatiste. Chacune de ces doctrines a une influence spécifique sur le problème de la définition du champ d'étude du droit international privé. Pour la doctrine publiciste, le problème se pose en termes de détermination du champ d'application de la souveraineté. Selon cette grille d'analyse, le domaine du droit international privé ne couvre que les matières correspondant à la théorie de la souveraineté. Alors que pour la doctrine privatiste, c'est la relation privée internationale qui est au centre de l'analyse. Toutefois selon ces deux approches, le domaine du droit international privé reste limité aux matières traditionnelles or, il convient de remarquer qu'il peut aussi inclure des recherches sur des institutions considérées comme « non souveraines », comme l'arbitrage international ou la *lex mercatoria*.

La doctrine sur la nature du droit international privé a ainsi un impact considérable sur la définition du domaine du droit international privé. Afin d'examiner les catégories délimitées par les internationalistes taïwanais à la lumière de ce constat, nous nous pencherons tout d'abord sur la notion de « micro-droit international privé » (Section 1), puis sur celle de « macro-droit international privé »

¹⁶² Cette dichotomie est souvent adoptée par les internationalistes chinois, et a une forte influence sur les recherches de certains internationalistes taïwanais. À ce sujet, le professeur Lei-Kung Lai a adopté une triple division du droit international privé : le « microdroit », le « droit medium » et le « macrodroit ». Néanmoins, nous ne retiendrons pour notre démonstration que la distinction entre « micro et macro » droit.. L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, 2001, p.15 s.

(Section 2).

Section 1. Le « micro-droit international privé »

Depuis la genèse du droit international privé à Taïwan, la conception du « micro-droit international privé », inspirée de la doctrine chinoise, s'est toujours imposée comme le courant principal de la doctrine taïwanaise¹⁶³. Même si les internationalistes taïwanais ont pris conscience du rôle non négligeable des autres matières dans le système du droit international privé, leurs recherches restent, de manière traditionnelle, orientées sur le problème du conflit de lois.

Ainsi, « conflit de lois » continue d'être employé comme synonyme de droit international privé à Taïwan. Pourtant, les questions liées au conflit de lois et considérées comme accessoires, comme la nationalité, le domicile, voire la condition des étrangers, sont également évoquées dans les études de droit international privé taïwanais. Une identification du champ d'étude que recouvre l'expression « micro-droit international privé » s'impose donc (§1).

Force est de remarquer, par ailleurs, que la coutume tendant à privilégier la recherche en matière de conflit de lois est en fait héritée de la doctrine privatiste. Il convient donc de clarifier la relation entre le « micro-droit international privé » et la doctrine privatiste (§2).

¹⁶³ Avant le tournant des années quatre-vingt, la plupart des auteurs présentaient le droit international privé comme le conflit de lois. C.-S. TANG, Droit international privé, *Shan-Wu*, 1930, pp.44-46 ; C. LU, Théorie et pratique du droit international privé, *Shanghai-Shan-Wu*, 1934, p.8 ; C.-S. MEI, Droit international privé, *Shan-Ming*, 9 éd., 1989 (1^e éd. en 1945), p.5 ; Y.-C. HUNG, Droit international privé, *Ven-Hwa*, 4éd., 1988 (1^e éd. en 1980), p.5 ; H.-P. MA, Droit international privé, 2004 (1^e éd. en 1964), pp. 30-36 ; S. HO, Droit international privé, *Taipei-Lian-Ho*, 12éd., 1979. (1^e éd. en 1964), p.7 ; Y.-S. LIN, La doctrine et la pratique du droit international privé, Taipei, 4^e éd., 2004 (1^e éd. en 1995), p.11.

§ 1 L'identification du « micro-droit international privé »

Selon la plupart des internationalistes taiwanais, le sujet d'étude central du « micro-droit international privé » est la recherche du conflit de lois (A). Dans cette optique, toutes les matières intéressant peu ou prou le problème du conflit de lois sont intégrées au champ d'étude du droit international privé.

D'un autre côté, certains juristes taiwanais proposent la création d'une nouvelle discipline : le « droit judiciaire privé international ». Toutefois, le domaine de recherche de cette nouvelle discipline reste sujet à débats à Taïwan¹⁶⁴.

Ainsi, certains juristes taiwanais soutiennent qu'il faut distinguer le droit judiciaire privé international du droit international privé, alors que d'autres défendent la thèse contraire. De ce débat émergent deux questions décisives en la matière : les domaines de recherche de ces deux disciplines sont-ils identiques ? Et quel est l'intérêt de cette distinction ?

Afin de répondre à ces questions, nous proposons d'examiner le contenu du droit judiciaire privé international (B).

A. Le conflit de lois comme unique objet d'étude

La définition du droit international privé donnée par M. Han-Pao Ma illustre

¹⁶⁴ En effet, l'expression « droit judiciaire privé international » est, selon les juristes taiwanais, traduite de l'expression allemande « *Internationales Zivilprozessrecht* ». La traduction correcte serait « le droit procédural civil international ». Pourtant, comme le débat concernant la désignation du droit judiciaire privé en atteste, nous pensons que l'expression « droit judiciaire privé international » est plus proche du sens originaire. Concernant le débat sur la terminologie du droit judiciaire privé, voir P. JULIEN et N. FRICERO, Droit judiciaire privé, LGDJ, 2001, Paris, p.1 ; quant à la définition du droit judiciaire privé du point de vue des juristes taiwanais, voir T.-Z. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *San-Ming*, 3 éd., 2004, p.174 s., C.-M. LIN et R.-C. CHEN, Droit judiciaire privé, *San-Ming*, 4^e éd., 2005, p.85.

l'approche suivie par certains internationalistes taïwanais . Il le décrit comme « *une règle de droit qui s'applique au litige impliquant des éléments d'extranéité. Cette règle permet de déterminer le champ d'application du droit privé du for ou du droit privé étranger* »¹⁶⁵ . Dans ce contexte, le domaine du droit international privé s'intéresse exclusivement au problème du conflit de lois. Et d'après M. Ma, cette définition du « micro-droit international privé » s'inspire principalement de la doctrine allemande¹⁶⁶ .

En matière de conflit de lois, les internationalistes taïwanais affirment traditionnellement que les normes du droit international privé font partie du droit privé taïwanais. Autrement dit, l'application des normes de droit international privé est circonscrite. Il nous faut donc clarifier en quoi consiste cette limitation.

Tout d'abord, cette limitation est propre à la doctrine privatiste. Selon cette doctrine, le juge saisi doit prendre en compte l'applicabilité potentielle du droit privé étranger, il a donc recours à la méthode bilatérale. Toutefois, en cas de conflit de droit public, le droit public étranger est rarement pris en compte, car c'est l'unilatéralité qui est le caractère principal dans ce type de conflit¹⁶⁷ . Ensuite, dans la théorie générale du droit privé à Taïwan, le droit commercial est considéré comme un droit civil spécial. À cet égard, la notion de droit privé devrait logiquement comprendre le droit civil et le droit commercial, et le conflit de lois devrait désigner non seulement le conflit de droit civil, mais aussi le conflit de droit commercial.

Malgré tout, le conflit de lois demeure le principal sujet d'étude dans la doctrine du droit international privé taïwanais. Et l'étude du droit international privé taïwanais

¹⁶⁵ H.-P. MA, Droit international privé, *op.cit.*, p.4.

¹⁶⁶ H.-P. MA, Droit international privé, *op.cit.*, p.34.

¹⁶⁷ Traditionnellement, les juristes continentaux confèrent au droit public un caractère territorial et unilatéral. L'unilatéralité et la territorialité du droit public excluent la règle de conflit, dans laquelle la méthode utilisée est principalement bilatérale. Pourtant, il reste certaines zones grises en discussion, comme en particulier la possibilité pour le droit public de se « bilatéraliser ». P. LALIVE, Le droit public étranger et le droit international privé, TCFDIP, 1973-1975, Séance du 13 juin 1975, p. 215 s. ; Ch. FREYRIA, La notion de conflit de lois en droit public, TCFDIP, 1962-1964, 29 mars 1963, p.103 s.

reste centrée sur le débat doctrinal en matière de règle de conflit, alimenté par les questions d'extranéité, de catégories et de critères de rattachement, de renvoi, ou encore d'exception d'ordre public.

C'est influencée par la doctrine nationaliste que la doctrine taïwanaise a consacré l'idée selon laquelle l'étude de la nationalité fait partie du champ d'application du droit international privé, alors que certains auteurs pensent au contraire que le problème de la nationalité devrait être appréhendé comme une question de droit public interne¹⁶⁸. Cette situation singulière est encore largement commentée dans les ouvrages de droit international privé taïwanais. Nous pouvons citer à ce sujet la loi de 1953, toujours en vigueur, qui a intégré la *lex patria* dans le domaine du statut de la personne. La nationalité est ainsi l'une des assises fondamentales de la doctrine du droit international privé taïwanais. Or à ce sujet, en vertu des articles 26 et 27 de la loi de 1953¹⁶⁹, les internationalistes taïwanais limitent leurs recherches au conflit positif ou négatif de nationalités¹⁷⁰.

Jouant un rôle non négligeable dans la détermination du statut de la personne, l'étude du domicile est également prise en compte dans la doctrine du droit international privé taïwanais. Toutefois dans les débats des internationalistes taïwanais, il est principalement question du conflit positif ou négatif plutôt que de la définition même du domicile. Pour ce qui est du critère du domicile, la doctrine

¹⁶⁸ C.-S. TANG, Droit international privé, *op. cit.*, p.46 ; H.-P. MA, Droit international privé, *op.cit.*, p.31 ; C.-S. MEI, Droit international privé, *op. cit.*, p.73.

¹⁶⁹ L'article 26 de la loi de 1953 stipule qu'« en vertu de cette loi, lorsque la loi nationale doit être appliquée, si la partie possède plusieurs nationalités, et si les nationalités ont été acquises successivement, la loi nationale est alors déterminée par la dernière nationalité acquise. Si la partie a acquis ses différentes nationalités en même temps, il faut dans ce cas appliquer la loi du pays ayant le lien le plus étroit avec la partie. Si, en vertu de la législation sur la nationalité de la République de Chine, la partie possède la nationalité de la République de Chine, il faut appliquer la loi de la République de Chine ». L'article 27 dispose que : « Dans le cas où la loi nationale doit être appliquée en vertu de la présente loi, si la partie est apatride, il faut appliquer la loi du lieu du domicile. Lorsque la partie n'a pas de domicile, c'est alors la loi du lieu de la résidence qui doit être appliquée. Si la partie a plusieurs domiciles, il faut appliquer la loi du lieu du domicile ayant le lien le plus étroit avec la partie. Si, la partie concernée a un domicile sur le territoire de la République de Chine, il faut appliquer la loi de la République de Chine ».

¹⁷⁰ Le « conflit négatif » fait référence au cas des apatrides, et le « conflit positif » à celui des personnes qui possèdent plusieurs nationalités.

taïwanaise considère de manière unanime qu'il doit être déterminé par la loi du lieu où il est situé¹⁷¹.

Dans le domaine circonscrit du « micro-droit international privé », le conflit de juridictions est un sujet d'étude annexe. Les partisans du « micro-droit » avancent l'idée selon laquelle le conflit de juridictions doit être appréhendé comme une recherche de droit judiciaire privé, ou plutôt de droit judiciaire privé international¹⁷². Dans la doctrine taïwanaise, le problème du conflit de lois est complètement indépendant du conflit de juridictions, ce dernier ne saurait donc décider d'une façon ou d'une autre de la résolution du conflit de lois. La distinction des deux sujets est considérée comme allant de soi.

Les juristes taïwanais affirment à cet égard que le conflit de juridictions est un problème de conflit de lois *a priori*. Le conflit de juridictions est à prendre en considération en effet, car sont en jeu les droits de la défense des parties au litige international. C'est pourquoi les internationalistes taïwanais ajoutent souvent un chapitre spécial dans leur ouvrage proposant une analyse du problème du conflit de juridictions. Malgré tout, l'étude de ce conflit reste à la marge dans la doctrine du droit international privé taïwanais.

Au XIX^e siècle, une autre problématique était considérée comme la question préalable à l'étude du conflit de lois, la condition des étrangers¹⁷³. Pour l'essentiel,

¹⁷¹ C'est la théorie de la territorialité (*Theory of territoriality*). H.-P. MA, Droit international privé, *op.cit.*, p.117 s. ; T.-Z. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *op. cit.*, p.114 s. ; Y.-S. LIN, La doctrine et la pratique du droit international privé, *op. cit.*, p.63 s..

¹⁷² M. MA précise que « *la désignation de la juridiction compétente est tout à fait différente de la question du conflit de droit privé, qui avec le problème de la reconnaissance de l'effet du jugement étranger sont des sujets de droit judiciaire privé international* ». H.-P. MA, *ibidem*, p. 31.

¹⁷³ En ce qui concerne le rôle de la condition des étrangers dans la doctrine classique du droit international privé au XIX^e siècle, M. Elhoueiss explique que « *Le triptyque extranéité préalable, catégorie de rattachement et critère de rattachement se présentent donc, au XIX^e et jusqu'au milieu du XX^e, comme un tableau en quatre parties : extranéité préalable personnelle, condition des étrangers, règle de conflit de lois elle-même organisée sous la forme d'une catégorie de rattachement et d'un critère de rattachement* ». J.-L. ELHOUEISS, L'élément d'extranéité préalable en droit international privé, JDI 1, 2003, p.39, spec. p.60.

cette question est généralement exclue du « micro-droit international privé ». Mais les internationalistes taiwanais ont opté pour une approche fonctionnelle en la matière : l'examen de la condition des étrangers est une étape préalable à l'étude du conflit de lois. C'est pourquoi cet examen préalable revêt un caractère intéressant pour la recherche dans la doctrine du droit international privé taiwanais¹⁷⁴.

Au terme de ce tour d'horizon sur la définition du champ d'étude du « micro-droit international privé », il se dégage au moins deux acceptations principales. Au sens strict, le « micro-droit international privé » est identifié au conflit de lois. Cette perspective est soutenue par les premiers auteurs en la matière dans les années quarante¹⁷⁵. Au sens général, le « micro-droit international privé » comprend non seulement le conflit de lois, mais aussi le conflit de juridictions et la condition des étrangers. Et c'est cette dernière acception qui est généralement retenue par les auteurs contemporains.

¹⁷⁴ H.-P. MA, *op. cit.*, p. 35 ; T.-Z. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *op. cit.*, p.27 s.

¹⁷⁵ C.-S. MEI, Droit international privé, *op. cit.*, p.5.

B. La discipline du « droit judiciaire privé international »

Contrairement au « micro-droit international privé », la discipline du droit judiciaire privé international ne s'est développée qu'au cours de ces dernières années à Taïwan. C'est donc une discipline tout à fait nouvelle pour les juristes taïwanais. M. Rong-Chawn Chen la décrit comme « *une notion doctrinale, un ensemble de solutions et de règles déterminant la procédure du litige impliquant des éléments d'extranéité. En fait, le droit judiciaire privé international n'est pas un Code. En termes de contenu, elle couvre les questions relatives à la compétence internationale (y compris celle de l'immunité d'État), à l'application des lois étrangères, à la condition des étrangers dans la procédure civile, à l'investigation, à la coopération judiciaire internationale, à la reconnaissance de l'effet de la procédure étrangère et au jugement étranger, ainsi qu'à l'arbitrage international.* »¹⁷⁶. On peut déjà percevoir, à la lueur de cette première description, l'existence d'une zone commune au droit international privé et au droit judiciaire privé international. La question qui se pose alors est qu'est-ce qui permet de différencier ces deux disciplines ?

En effet, la définition et le contenu du droit judiciaire privé international sont encore des sujets largement débattus par les juristes taïwanais. Certains auteurs, comme MM. Lei-Kung Lai et Hwa-Kai Tsai¹⁷⁷, affirment que le droit judiciaire privé international, dans sa nature, peut être assimilé au droit international privé. Plus précisément, le droit judiciaire privé international serait une branche du système du droit international privé *lato sensu*. D'autres auteurs, comme MM. Rong-Chawn Chen, Chung-Shei Mei, Han-Pao Ma, Ching-Miao Lin et Rong-Chung Chen¹⁷⁸, considèrent pour leur part que le droit judiciaire privé international est une discipline autonome par rapport au droit international privé. M. Rong-Chung Chen fait remarquer à ce sujet que : « *le droit judiciaire privé international se base sur le même fondement que*

¹⁷⁶ T.-Z. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *op. cit.*, p.599 s.

¹⁷⁷ L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporaine, *op. cit.*, p.469 ; H.-K.TSAI, La compétence internationale en matière patrimoniale, *NCCULJ* n°17, 2004, p.1.

¹⁷⁸ C.-S. MEI, Droit international privé, *op. cit.*, p.72 ; H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p.35 ; L.-S. CHEN, Traité de compétence internationale en droit international privé, *Wu-Nan*, 1986, préface à M. Han-Pao Ma, p.1 ; C.-M. LIN et R.-C. CHEN, Droit judiciaire privé, San-Ming, 4éd. 2005, p.85 s..

le droit international privé. Tout pays a son propre droit judiciaire privé. Lorsqu'un tribunal est saisi pour un litige d'extranéité, certaines questions juridiques sont inévitables en matière de procédure civile et le juge doit y répondre de manière raisonnable/proportionnée/équitable pour garantir la valeur juridique et la justice du for. La procédure du for n'est pas le seul critère à prendre en compte. Ainsi, alors que la recherche en droit international privé se concentre sur les questions matérielles, la recherche en droit judiciaire privé international traite des questions procédurales. (...) Le droit judiciaire privé international n'est que le règlement du litige d'extranéité selon la procédure civile. (...) Les sources du droit judiciaire privé international procèdent du droit judiciaire privé interne, du droit international privé, des traités internationaux, de la coutume internationale ou encore de la théorie générale du droit. La recherche en droit judiciaire privé international s'est développée récemment. C'est pourquoi son système n'est pas encore complet. En outre, il n'existe à l'heure actuelle aucun droit judiciaire privé international mondial. Aussi, les questions et les principes en la matière doivent-ils, pour le moment, être laissés à l'appréciation des juristes »¹⁷⁹.

La théorie privilégiant la distinction claire des deux disciplines nous paraît la plus convaincante, même s'il existe certains chevauchements entre le droit international privé et le droit judiciaire privé international. En fait, il semble que l'approche préconisée dans le droit judiciaire privé international soit particulariste. Comme M. Rong-Chung Chen l'a indiqué, il n'existe pas *de facto* un droit judiciaire privé véritablement « international ». La nature du droit judiciaire privé international demeure du droit interne.

En outre, les partisans de cette nouvelle discipline tentent d'éviter la qualification péjorative de discipline « purement doctrinale », critique qui est habituellement adressée au droit international privé. Ils prétendent ainsi mettre en oeuvre les principes du droit international privé en empruntant les règlements actuels du droit judiciaire privé interne. Ils affirment, par exemple, que les critères de compétence territoriale en droit judiciaire privé interne peuvent aussi être utilisés pour déterminer la compétence internationale. En bref, le droit judiciaire privé

¹⁷⁹ C.-M. LIN et R.-C. CHEN, *ibidem* ; R.-C. CHEN, Les questions en droit judiciaire privé international, *LJ*, n°143, 1991, p.25.

international est centré sur l'étude des problèmes de procédure, tels que le conflit de juridictions, la faillite internationale, la litispendance internationale, la reconnaissance de l'effet du jugement étranger, ou encore la charge de la preuve. À la différence du droit international privé, le droit judiciaire privé international ne se limite pas au conflit de lois. Sa tâche vise plutôt à déterminer comment combiner les principes du droit judiciaire privé interne avec ceux du droit international privé. Dans ce contexte, le conflit de lois n'est que l'un des sujets d'étude à prendre en compte dans la résolution d'une affaire.

Par conséquent, du point de vue de la finalité et du domaine d'étude, il est possible d'identifier le droit judiciaire privé international au « micro-droit international privé ». Toutefois, la doctrine du « micro-droit international privé » se focalise sur le conflit de lois, et a pour but, en théorie, de coordonner les différents systèmes juridiques. Sa perspective est internationale. Le droit judiciaire privé international, au contraire, consiste à organiser les règlements relatifs aux affaires étrangères du droit étatique. Sa perspective est interne. Pourtant, il est parfois difficile de distinguer clairement les deux disciplines en fonction de leur propre perspective. Et de nos jours, en particulier, l'approche particulariste du droit international privé est acceptée de manière générale par les internationalistes taiwanais, ce qui permet d'estomper les différences entre les deux disciplines.

L'essor de la recherche en droit judiciaire privé international a incité les juristes taiwanais à reconsidérer le domaine du droit international privé. M. Lei-Kung Lai a ainsi ajouté le droit judiciaire privé au « grand système du droit international privé »¹⁸⁰. Cette structure du « macro-droit international privé » semble être de plus en plus plébiscitée par les internationalistes taiwanais.

¹⁸⁰ M. Lai indique à ce sujet : « *Nous estimons que le droit international privé comprend trois branches : la règle de conflit, la règle matérielle et la règle procédurale. La règle de conflit comprend la règle de conflit de chaque pays et la règle de conflit commune. La règle matérielle comprend la règle matérielle de chaque pays et les principes Unidroit. La règle procédurale comprend la règle procédurale de chaque État et la règle procédurale commune* ». L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, *op. cit.*, p.470.

§ 2 La relation entre la doctrine privatiste et le « micro-droit international privé »

Comme nous l'avons vu précédemment, au sens strict, le « micro-droit international privé » désigne uniquement la recherche en matière de conflit de lois. Or, cette approche restrictive du domaine d'étude provient sans doute de la doctrine privatiste du droit international privé.

L'idée fondamentale de la doctrine privatiste est d'établir des principes qui peuvent être appliqués dans tous les États : la mission du droit international privé est de réaliser l'harmonisation internationale des décisions. Car, comme Savigny l'a indiqué : « *la décision rendue sur le rapport de droit serait toujours la même, quel que soit le pays où le jugement aurait été prononcé* »¹⁸¹. Ainsi, le caractère universel du droit international privé est traditionnellement mis en exergue par les privatistes. Cependant, la prédilection des internationalistes pour le conflit de lois les a conduit à négliger la recherche dans d'autres matières.

À ce sujet, le professeur Bernard Audit raconte que: « *Pendant des siècles, (...) la recherche de principes communs n'a porté que sur les conflits de lois. On peut trouver à cela plusieurs raisons. En premier lieu, il était plus facilement admis que les États règlent unilatéralement les conditions d'exercice par leurs tribunaux de leur compétence. (...) En second lieu, si l'on croit pouvoir s'accorder sur des principes de solution des conflits de lois, la question du for saisi peut apparaître secondaire. (...) Enfin, jusqu'au XX^e siècle, les cas « internationaux » étaient relativement peu nombreux. Avec leur multiplication, l'attention a été attirée sur la divergence possible du règlement de conflit de lois devant les différents fors susceptibles d'être saisis, et donc un enjeu décisif du conflit de juridiction. Plus généralement, l'importance de la question du lieu où l'on plaide s'est imposée : indépendamment de la loi applicable interviennent les facteurs de distance et de frais, de procédure applicable, de langue... Le droit international privé est corrélativement devenu une matière pratique*

¹⁸¹ F-K von SAVIGNY, System des heutigen römischen Recht, t. VIII, 1849 (trad. GUÉNOUX, Ch. traité de droit romain, 1851), §348.

autant qu'objet de spéculation intellectuelle »¹⁸².

Nous souscrivons à l'analyse de M. Audit dont la démonstration correspond justement à la tendance observée dans la doctrine du droit international privé taiwanais. En effet, deux observations corroborent cette affirmation.

La première observation que l'on peut faire est que la coutume judiciaire des tribunaux taiwanais en atteste. La plupart des internationalistes taiwanais considèrent, en effet, que l'archétype du droit international privé est le conflit de lois. D'autres matières, comme le conflit de juridictions, ne sont pas intégrées au domaine de recherche du droit international privé. Cette approche est inspirée de la doctrine allemande¹⁸³. Pour les jurisconsultes taiwanais, le problème de la compétence internationale est plus ancien que celui du conflit de lois. De manière traditionnelle, le conflit de juridictions est considéré comme une recherche de droit judiciaire privé interne. Autrement dit, le problème de la compétence internationale doit être traité par le droit judiciaire privé. Dans la même veine, certains internationalistes taiwanais vont même jusqu'à proposer que le critère de la compétence internationale soit identique à celui de la compétence interne¹⁸⁴.

Le type de législation en vigueur a aussi un impact sur cette conception traditionnelle. La loi de 1953, considérée comme la source principale du droit international privé taiwanais, ne dispose d'aucune règle de compétence

¹⁸² B. AUDIT, Le droit international privé en quête d'universalité, *RCADI*, t.305 (2003), p.23, spec. p.31.

¹⁸³ H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p.197 ; C.-S. MEI, Droit international privé, *op. cit.*, p.72 ; Y.-C. SU, Droit international privé, Wu-Nan, 5éd.,2002, p.15. Par ailleurs, M. Audit a indiqué que « *la discipline des conflits de lois était issue de la science romaniste, tout entière tournée vers le fond du droit et considérant la procédure comme accessoire* ». B. AUDIT, *ibidem*, p.31.

¹⁸⁴ C'est la théorie de « l'approche fonctionnelle de la compétence locale » (*Doppelfunktionalität der örtlichen Zuständigkeit*), énoncée en Allemagne, puis adoptée par les internationalistes japonais et taiwanais. H.-S. LIN, La compétence internationale : au centre de la discussion sur le litige relatif à la propriété, *Mél. T-C LIU, Shuei-Lin*, 1998, pp. 120-135 ; H.-K. TSAI, La compétence internationale en matière patrimoniale, *NCCULJ* n°17, 2004, pp.1-86. Dans la jurisprudence, voir l'arrêt de la Cour suprême *TAI-KUN* n°2 du 5 janvier 2006 ; l'arrêt de la Cour suprême *TAI-SHAN* n°1493 du 23 septembre 2004.

internationale ¹⁸⁵ . Ainsi, pour déterminer la compétence internationale, les internationalistes taïwanais estiment qu'il faut appliquer les règles du droit judiciaire privé par analogie. Pourtant, la multiplication des relations internationales dans la société taïwanaise transforme peu à peu cette conception traditionnelle. C'est depuis le premier ouvrage systématisant la théorie générale de la compétence internationale dans les années quatre-vingt ¹⁸⁶ que les internationalistes taïwanais ont commencé à distinguer les règles de compétence internationale et de compétence interne. Et les besoins de la pratique ont conduit les internationalistes taïwanais à reconsidérer l'importance de la recherche sur le conflit de juridictions. Comme M. Audit l'a indiqué, le problème du conflit de juridictions traite de « *distance et de frais, de procédure applicable, de langue* ». Tous les facteurs ont une incidence sur la résolution du litige. La recherche en matière de conflit de juridictions s'est donc développée au cours des deux dernières décennies à Taïwan.

La finalité revendiquée du droit international privé est la deuxième observation qui confirme notre hypothèse. Selon l'opinion générale des internationalistes taïwanais, le but du droit international privé est de réaliser l'harmonisation internationale des décisions. Ainsi, bien que le droit international privé soit qualifié de droit interne, l'approche adoptée dans la théorie du droit international privé demeure universelle. Si un modèle commun est mis en place, un problème tel que le conflit de juridictions devient alors caduque.

Nous pouvons aussi constater l'influence de la doctrine privatiste sur le problème de la condition des étrangers. En général, les internationalistes taïwanais excluent ce problème de « micro-droit international privé », et la doctrine privatiste permet d'asseoir cette position.

¹⁸⁵ Exceptés les articles 3 et 4 concernant la déclaration de l'interdiction et du décès de l'étranger, certains auteurs considèrent que ce sont les règles de compétence internationale de la loi de 1953. T.-Z. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *op. cit.*, p.604 s. ; C.-S. MEI, Droit international privé, *op. cit.*, p.234 s. ; Y.-C. HUNG, Droit international privé, *op. cit.*, p.113 s. L'opinion opposée, H.-S. LIN, La compétence internationale en matière de déclaration du décès de l'étranger, *Essays on Conflict of Laws, Wu-Nan*, 1996, p.59 ; R.-C. CHEN, Les essais du droit international privé, *Wu-Nan*, 1998, p.61 s..

¹⁸⁶ L.-S. CHEN, Traité de compétence internationale en droit international privé, *op. cit.*

Dans la doctrine privatiste, l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère est considérée comme une condition préalable pour au déclenchement du mécanisme de la règle de conflit. Comme M. Hébraud l'a rappelé : « *l'assise fondamentale du droit international privé est apparue comme résidant dans l'interpénétration des différents systèmes, avec pour corollaire l'aptitude de tout juge à connaître de tous litiges et le devoir d'appliquer la loi adéquate* »¹⁸⁷. Dans cette optique, le respect du droit étranger est le principe de base¹⁸⁸. Le problème de la condition des étrangers ne se pose donc pas dans les mêmes termes.

Quoi qu'il en soit, il semble au final que la doctrine privatiste limite le domaine d'action du droit international privé. Pourtant, l'objet de recherche selon la doctrine privatiste du droit international privé ne se réduit pas seulement au « micro-droit international privé ». Il nous faut alors éclaircir en quoi consiste la différence de perspective de la doctrine privatiste par rapport au « micro-droit international privé ».

Puisque la relation privée reste le noyau dur de la doctrine privatiste, logiquement, toutes les recherches intéressant l'analyse de la relation privée internationale doivent être prises en compte selon cette approche. Selon la doctrine privatiste, le domaine du droit international privé n'est pas forcément identique à celui du « micro-droit international privé ».

La doctrine privatiste met l'accent sur l'analyse de la relation privée internationale, supposant que certains facteurs ont un lien plus étroit ou un intérêt plus important avec certains systèmes juridiques. Ces facteurs peuvent être personnels, territoriaux voire conventionnels. Ils constituent le critère de rattachement permettant de déterminer la loi qui correspond le mieux à la nature de la situation de fait dans le litige international.

¹⁸⁷ P. HEBRAUD, De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître, RCDIP, 1968, p.233.

¹⁸⁸ Par exemple, l'article 18 de la loi agraire relative à l'acquisition de certains immeubles sur le territoire de Taiwan. M.-R. TSENG-CHEN, Droit international privé, *op. cit.*, p.185 et s..

Cependant, la règle de conflit n'est que l'une des solutions du droit international privé. M. Batiffol souligne ainsi que : « *la solution d'un conflit de lois ne conduit jamais, si une loi étrangère est compétente, à l'application d'une loi unique : il y a au moins le concours de la loi étrangère applicable au fond et de la loi du juge saisi gouvernant la procédure. (...) Résoudre un conflit de lois ne consiste pas simplement à soumettre, "en bloc," une situation à une loi déterminée, mais bien souvent à discerner dans cette situation des éléments qui relèvent de plusieurs facteurs, et à rechercher les différentes lois applicables* »¹⁸⁹. Ainsi, même si la règle de conflit reste dans la plupart des cas la solution retenue, elle n'est que l'une des références utilisées par le juge saisi d'un litige privé international.

En effet, dans la doctrine publiciste comme dans la doctrine privatiste, l'étude du droit international privé consiste à effectuer des recherches sur le conflit de lois étatiques. Le problème du conflit de qualification et celui du renvoi sont souvent débattus dans la théorie classique du droit international privé, car ils procèdent de la diversité des ordres juridiques étatiques¹⁹⁰. Cette diversité résulte en fait de la combinaison hétérogène de cultures, de religions voire de civilisations de chaque pays.

Toutefois, la recherche en matière de conflit de lois étatiques n'empêche pas le recours à d'autres instruments « non étatiques » dans le litige privé international. Selon la doctrine privatiste, la théorie du conflit de lois peut être distinguée de celle du droit international privé. Cette proposition repose sur deux hypothèses. La première est une hypothèse « intrinsèque » à la doctrine privatiste et concerne son fondement même. En effet, la méthode préconisée dans la doctrine privatiste consiste à localiser les rapports de droit. L'objet des règles de conflit, comme le professeur Paolo Picone l'a indiqué, est « *constitué par des rapports de la vie,*

¹⁸⁹ H. BATIFFOL, Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux, 15 Seton Hall L. Rev., 1984-1985, p.812, spec. p.816.

¹⁹⁰ J.-L. ELHOUEISS, Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé, *JDI*, 2005, p.281, spec. p.282-283 ; Y. LEQUETTE, Le renvoi de qualifications, in *Mélanges Holleaux*, Paris, 1990, p.249.

c'est-à-dire par des cas d'espèces ou des situations de fait au sens strict »¹⁹¹. Ainsi, l'idée centrale de la doctrine privatiste est *le fait* (la relation privée) plutôt que *le droit*. Et dans ce sens, la doctrine privatiste n'empêche pas le recours à d'autres instruments, pas même à des instruments « non étatiques » dans le litige international.

La deuxième est une hypothèse « extrinsèque ». Elle concerne la transformation des contours du droit international privé du fait de la multiplication des transactions internationales. Aujourd'hui, l'organisation de la vie internationale est de plus en plus complexe, et l'institution étatique traditionnelle est souvent mal adaptée à la nature de ce nouveau contexte. En particulier dans les affaires de commerce international, les institutions « non étatiques » comme la médiation, la conciliation, ou encore l'arbitrage sont souvent plus appropriées aux besoins de la pratique, et parfois plus efficaces que celles de l'État¹⁹².

De plus, dans certains domaines, l'unification du droit privé matériel fournit directement la solution et évite ainsi le recours à la règle de conflit, comme l'illustrent, par exemple, le droit de la vente issu de la Convention des Nations Unies (Vienne) du 11 avril 1980, celui de la Convention CNUDCI sur les lettres de change et billets à ordre internationaux du 9 décembre 1988, ou encore celui de la Convention de Washington du 26 octobre 1973 sur la forme d'un testament international¹⁹³. De nos jours, la tendance du droit international privé au pluralisme apparaît irrésistible dans la société internationale. Dans un tel contexte, il est possible de trouver une solution

¹⁹¹ P. PICONE, Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, RCADI, t.276, 1999, p.9, spec. p.38.

¹⁹² En ce qui concerne l'instrument « non étatique », M. Bernard Audit fait remarquer qu' : « *Il peut paraître une vérité d'évidence d'énoncer que le droit international privé concerne la société interétatique. (...) Et ce n'est pas complètement non plus le cas aujourd'hui, (...) Les sociétés non étatiques, en particulier celles qui transcendent les frontières, n'en secrètent pas moins un droit, et parfois même leurs propres juridictions, qui en font dans une certaine mesure des ordres juridiques spécifiques. (...), on peut citer les ordres juridiques religieux, sportifs, ou encore professionnels.* » B. AUDIT, Le droit international privé en quête d'universalité, op. cit., p.28 ; F. RIGAUX, Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, RCADI, t.213, 1989, p.26, spec. p.64.

¹⁹³ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Droit international privé, p.30, n°37.

appropriée correspondant à la nature de la relation privée internationale en évitant le problème du conflit de lois. Autrement dit, l'extension du domaine du droit international privé est acceptable selon la doctrine privatiste, ou tout au moins, elle ne refuse pas cette extension.

Section 2. Le « macro-droit international privé »

Le domaine d'étude du « macro-droit international privé » est un sujet qui reste aussi largement débattu. Cette notion n'a été présentée à Taïwan que récemment¹⁹⁴, et résulte principalement de l'évolution du contexte international. Certains internationalistes taïwanais estiment que l'étude du « macro-droit international privé » correspond à une tendance mondiale. Comme dans notre examen du « micro-droit international privé », nous procéderons tout d'abord à l'identification du « macro-droit international privé » (§1), puis à l'étude de la relation qu'il entretient avec la doctrine publiciste (§2).

§ 1 L'identification du « macro-droit international privé »

Dans la doctrine taïwanaise, la dissociation du conflit de lois et du conflit de juridictions a été consacrée. Au cours des deux dernières décennies du XX^e siècle, en particulier, le conflit de juridictions a peu à peu été intégré au champ d'étude de la doctrine du droit international privé taïwanais. Cette approche est inspirée de la doctrine anglo-américaine, dans laquelle l'importance du conflit de juridictions est souvent accentuée, et selon laquelle le domaine du droit international privé comporte au moins trois matières principales : la juridiction internationale, la règle de conflit de

¹⁹⁴ L'expression « macro-droit international privé » a été mentionnée pour la première fois par le professeur Lei-Kung Lai en 2000. L.-K. LAI, La nature du droit international privé, *LM* n°51, 2000, pp.660-686.

lois ainsi que la reconnaissance des effets, et la sanction du jugement étranger¹⁹⁵.

D'après certains internationalistes taiwanais, l'extension du domaine du droit international privé apparaît comme une tendance actuelle de la société. Aujourd'hui, la complexité des transactions internationales pousse les internationalistes à reconsidérer l'objet de recherche du droit international privé. Il s'agit non seulement de redéfinir le droit international privé (A), mais aussi de reconstruire un nouveau système d'organisation de l'ordre juridique international (B).

A. Une nouvelle définition du droit international privé

En ce qui concerne le développement récent de la doctrine du droit international privé, le professeur Hélène Gaudemet-Tallon propose deux métaphores particulièrement expressives dans son cours à l'Académie de La Haye. « *La première est celle de l'arc-en-ciel : on verra que, comme les couleurs de l'arc-en-ciel changent insensiblement, en droit, les catégories juridiques, les diverses sources, les objectifs poursuivis ne se distinguent plus nettement les uns des autres, qu'ils s'entremêlent, qu'on passe des uns aux autres sans toujours s'en rendre compte. (...)* La seconde image sera celle du funambule sur son fil : il doit garder l'équilibre et il doit avancer, s'il penche trop d'un côté, il tombe, il ne peut rester indéfiniment sur place, mais s'il court, il risque aussi de tomber »¹⁹⁶. L'auteur opte pour une approche pluraliste du droit international privé, en citant notamment le professeur François Rigaux, qui considère que la nouvelle structure du droit international privé consiste en la « *coexistence de divers ordres juridiques : droit international, multiples droits étatiques, systèmes juridiques non étatiques* »¹⁹⁷.

¹⁹⁵ L.-S. CHEN, Traité de compétence internationale en droit international privé, Wu-Nan, 1986, p.4 ; Y.-S. LIN, La doctrine et la pratique du droit international privé, Taipei, 4éd., 2004, p.3.

¹⁹⁶ H. GAUDEMET-TALLON, Le pluralisme en droit international privé : richesse et faiblesse (Le funambule et l'arc-en-ciel), RCADI, t.312, 2005, p.9.

¹⁹⁷ F. RIGAUX, Le pluralisme juridique face au principe de réalité, *Homenaje al professor Miaja de la Muela*, Madrid, 1979, p.291. Le professeur Gaudemet-Tallon explique pourquoi elle a utilisé le terme

L'approche du professeur Gaudemet-Tallon est convaincante. Et dans ce sens, les internationalistes taiwanais ont aussi mis au jour des problèmes résultant des lacunes de la doctrine traditionnelle du droit international privé. Le professeur Lei-Kung Lai explique à ce sujet qu' : « *Aujourd'hui, l'objet du droit international privé est plus complexe qu'à l'époque de la doctrine statutaire. Presque toutes les affaires d'extranéité impliquent des problèmes comportant plusieurs aspects juridiques. Ainsi, si nous privilégions la délimitation traditionnelle du domaine ou du système du droit international privé, cette perspective étroite aura nécessairement un impact sur l'applicabilité du droit international privé en pratique. (...) La doctrine traditionnelle du droit international privé peut être critiquée de manière conséquente. En premier lieu, on peut évoquer la méprise au sujet de la nature du droit international privé. La doctrine traditionnelle (le micro-droit international privé) considère en effet que la règle de conflit peut parfaitement remplacer tous les instruments juridiques. C'est non seulement méconnaître la nature matérielle du droit international privé, mais encore dénaturer complètement sa finalité. En deuxième lieu, le système préconisé dans la doctrine traditionnelle du droit international privé est le système du conflit de lois, qui ne comprend ni les traités de l'UNIDROIT ni les principes consacrés dans les affaires internationales. Cela ne correspond plus en pratique au développement des transactions internationales. En fait, la règle de conflit et la règle matérielle ont chacune leur propre fonction dans les différentes matières du droit international privé. Elles ont aussi la vocation commune de stabiliser et d'adapter les relations dans les affaires civiles ou commerciales. Ainsi, si l'on distingue les deux hypothèses en méconnaissant leur fonction, l'application de la doctrine du droit international privé est incomplète* »¹⁹⁸.

L'analyse du professeur Lai propose un état des lieux pertinent de la situation. Aujourd'hui, les sources du droit international privé sont multiples. Elles comprennent non seulement les sources nationales, mais aussi les sources internationales¹⁹⁹. Et

« pluralisme » : « *Parce que ce terme évoque un « système », un « ordre » et non une simple coexistence* ». Et elle a aussi reconnu que « *dans certains cas, le système apparaît peu cohérent* ». H. GAUDEMET-TALLON, *ibidem*, p.24.

¹⁹⁸ L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, *op. cit.*, p.461.

¹⁹⁹ C.-T. YO, Le rapport entre les traités et le droit international privé, *NCCULJ* v.1, 1998, pp. 285-332.

parmi les instruments juridiques du droit international privé on compte certes la règle de conflit, mais aussi le droit matériel et le droit procédural. Comme le professeur Gaudemet-Tallon l'a souligné : « *En effet, pour répondre à la complexité du monde moderne, il est certain que le droit international privé est obligé de puiser dans des sources multiples et qu'il poursuit, selon les cas, des objectifs qui peuvent être sensiblement différents* »²⁰⁰. Et ces différentes sources sont en train de recomposer un système international plus vaste.

Le professeur Zeu-Tung Ko a fait remarquer qu'il existait en fait deux types de méthode d'application du droit (*Application of Law*) dans le litige international. Le premier est la méthode classique, il s'agit de la règle de conflit nationale, comme la loi de 1953 à Taïwan ; ou encore de la règle de conflit multilatérale, comme la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Le deuxième est la méthode moderne, c'est-à-dire la loi d'application immédiate et les « modes alternatifs de règlement des conflits » (*Alternative Dispute Resolution*), comme la *lex Mercatoria*, la transaction internationale, ou encore l'arbitrage international. Les deux types de méthode – classique et moderne – coexistent et interagissent avec le droit international privé. C'est ce processus complexe que le professeur Ko appelle le droit international privé *lato sensu*²⁰¹.

L'hypothèse d'un « macro-droit international privé » implique que ce droit soit une institution développée. La définition du droit international privé doit en l'occurrence être modifiée pour s'adapter au contexte international. Le professeur Lei-Kung Lai propose la définition suivante : « *un ensemble du droit (qui) a pour objet la relation civile ou commerciale internationale, avec la vocation centrale de résoudre le conflit de lois en adoptant la règle de conflit, de manière à désigner le droit d'un certain « domaine juridique » (Rechtsgebiet) en particulier, et qui englobe les normes matérielles (UNIDROIT), le règlement du droit judiciaire privé international, ainsi que d'autres modes alternatifs de règlement des conflits* »²⁰². Cette esquisse du

²⁰⁰ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, pp. 42-43.

²⁰¹ Z.-T. KO, L'évolution de la règle de conflit, *FLR* n°107, 1999, p.106.

²⁰² L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, *op. cit.*, p.35.

« macro-droit international privé » dépeint un domaine de recherche plutôt vaste. Il comporte en fait plusieurs instruments juridiques s'appliquant à la relation privée internationale. Et ces instruments ne font pas que coexister, ils apparaissent souvent comme un système organisé, ayant chacun leur propre fonction sur le plan international dans des relations privées compliquées.

B. Le nouveau système international

L'étendue du domaine du « macro-droit international privé » dépend, d'après le professeur Lei-Kung Lai, du critère « d'homogénéité normative »²⁰³. En effet, il existe deux acceptions différentes de ce critère. Au sens strict, le droit international privé est assimilé à la règle de conflit, et l'homogénéité normative de la règle de conflit est donc le conflit de lois. Dans ce sens, les recherches en matière de droit de la nationalité ou de droit des étrangers doivent être exclues du domaine du droit international privé, car elles n'ont pas le même fondement normatif que celui de la règle de conflit.

Au sens large, l'homogénéité normative du droit international privé est la protection de l'intérêt privé et l'aide au développement de la transaction internationale. C'est une approche fonctionnelle de la question du domaine du droit international privé qui est retenue ici. Le nouvel ordre des affaires civiles et commerciales internationales est un grand système ouvert, flexible et réactif. En l'occurrence, le domaine du droit international privé englobe à la fois le droit de la nationalité, le droit étranger, voire le droit judiciaire privé international, l'UNIDROIT, et l'arbitrage international.

La structure fondamentale du « macro-droit international privé » est donc composée de différents instruments juridiques : la règle de conflit, le droit matériel et le droit procédural. La règle de conflit elle-même comprend la règle de conflit

²⁰³ L.-K. LAI, *ibidem*, p.459-460.

nationale et la règle de conflit internationale²⁰⁴ (l'unification des règles de conflit). Le droit matériel rassemble le droit matériel national et le droit matériel international²⁰⁵ (l'unification des règles de fond). Et le droit procédural réunit le droit judiciaire privé international et l'arbitrage international. La structure fondamentale du « macro-droit international privé » peut donc être représentée de la façon suivante :

²⁰⁴ Comme la série de Conventions élaborées par la conférence de La Haye : la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats intermédiaires et à la représentation, ou encore la Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises.

²⁰⁵ Comme la Convention CNUDCI sur les lettres de change et billets à ordre internationaux du 9 décembre 1988, la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur l'affacturage international, la Convention de Washington du 26 octobre 1973 sur la forme d'un testament international, ou encore la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit-bail international.

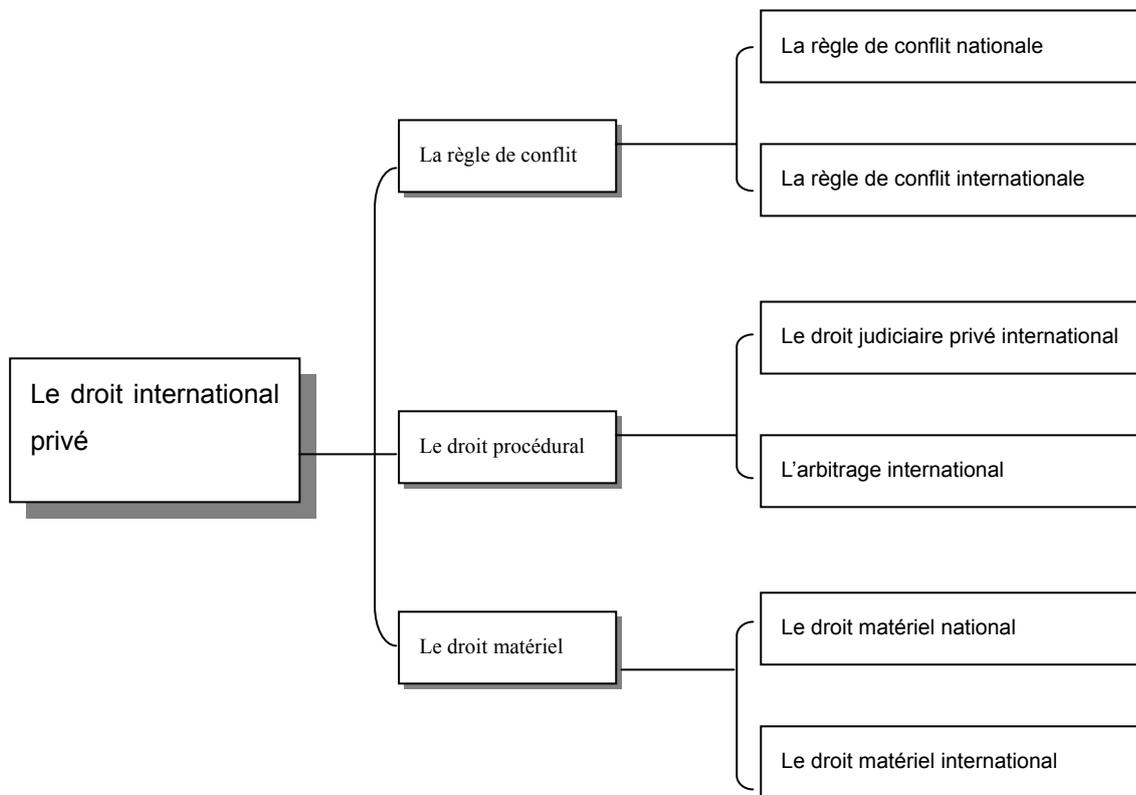


Schéma 1. Structure du « Macro-droit international privé »

De plus, ces différentes règles ne sont pas déconnectées les unes des autres. Le professeur Lei-Kung Lai soutient, de son côté, que la règle de conflit reste le « noyau dur » du droit international privé, et que les autres instruments juridiques n'ont qu'un rôle subsidiaire dans le système du « macro-droit international privé ». Autrement dit, c'est en principe la règle de conflit qui est adoptée par le juge saisi dans le litige privé international : c'est à titre d'exception que le juge saisi peut appliquer un autre droit, si un droit matériel international existe en la matière. Or, il ne peut le faire si l'État a expressément formulé une réserve, en déclarant qu'il ne voulait pas appliquer ce droit.

Toutefois, cette approche se heurte à certains obstacles. D'une part, le droit matériel international ne concerne que certains secteurs du commerce international. Il n'existe, dans la pratique, aucune règle de fond universelle en matière de relations individuelles. Dans ces secteurs, il est difficile de parvenir à concilier les différentes institutions juridiques car elles sont souvent liées à la culture, la religion et aux valeurs fondamentales de chaque État²⁰⁶. L'influence des règles de fond internationales est donc limitée. De plus, le droit matériel international est en règle générale établi par une convention internationale. Cette convention est soumise à certains principes, tels que le *pacta sunt servanda* en droit international public. Dans ce cadre, l'État n'a pas l'obligation d'appliquer ce droit sauf s'il exprime la volonté de se soumettre à ces conventions. Compte tenu de la controverse politique sur la personnalité juridique internationale de Taïwan, nous constatons dans la pratique que Taïwan n'est partie à aucune des conventions internationales concernant le droit matériel international jusqu'ici. Il est, en l'occurrence, difficile de contraindre le juge taïwanais à appliquer ces règles de fond universelles.

D'autre part, cette approche ne correspond pas en pratique à la jurisprudence taïwanaise. En effet, il s'agit du problème d'applicabilité de la loi de 1953. La jurisprudence taïwanaise considère traditionnellement que le juge taïwanais doit appliquer d'office les règles édictées par la loi de 1953 dans le litige d'extranéité. Le refus d'appliquer ces règles est ainsi considéré comme une violation de la règle de droit, ce qui permet aux parties de s'en prévaloir en appel devant la Cour suprême taïwanaise²⁰⁷. Cette approche de la jurisprudence exclut effectivement la possibilité d'appliquer des règles de fond internationales. Autrement dit, si le nouveau système proposé par le professeur Lei-Kung Lai était retenue, l'opinion traditionnelle du tribunal taïwanais sur le problème de l'applicabilité de la loi de 1953 devrait être modifiée. Et même dans ce cas, l'existence de la loi de 1953 restreint en fait les

²⁰⁶ Nous pouvons citer plusieurs institutions incarnant des valeurs propres ou une idéologie, tels que la *Kefala*, la répudiation, ou encore la polygamie. Ces institutions ont sans doute besoin d'être conciliées. Cependant, il est souvent difficile d'élaborer une règle matérielle dans ces domaines, car des valeurs opposées sont préconisées par les différentes collectivités. Il s'agit de respecter ces institutions plutôt que de trancher entre les différentes valeurs. À notre connaissance, il n'existe de fait aucun critère universel sur ces problèmes.

²⁰⁷ L'application d'office de la loi de 1953 est une opinion unanime dans la jurisprudence taïwanaise. Les arrêts de la Cour suprême, *TAI-SHAN*, n°1728 en 1980 ; *TAI-SHAN*, n°3281 en 1984 ; *TAI-SHAN*, n°36 en 1988; *TAI-SHAN*, n°1203 en 1988; *TAI-SHAN*, n°1031 en 2002.

possibilités de choix du juge taïwanais. Cette loi ne peut pas être négligée. C'est pourquoi, à l'heure actuelle, la proposition du professeur Lai est difficile à accepter pour les praticiens taïwanais.

§ 2 La relation entre la doctrine publiciste et le « macro-droit international privé »

Nous avons vu dans les sections précédentes que la doctrine publiciste visait à déterminer la compétence normative fondée sur la souveraineté de l'État. Il existe principalement deux approches à ce sujet dans la doctrine publiciste : l'approche internationale, qui prône l'existence d'un critère universel pour répartir les souverainetés sur le plan international ; et l'approche interne, qui délimite le champ d'application de la loi nationale en se basant sur la théorie de la souveraineté interne.

Ces deux approches ont un fondement commun : le concept de souveraineté – qu'elle soit interne ou internationale. Il est toujours question de délimiter la compétence de la souveraineté étatique. À ce titre on peut mentionner deux questions récurrentes lors d'un litige international: quel est le tribunal compétent ²⁰⁸? Quelle est la loi applicable?

La première question est traditionnellement considérée comme soulevant un conflit de juridictions, la deuxième comme soulevant un conflit de lois. Nous constatons donc que, dans la doctrine publiciste, les théories du conflit de juridictions et du conflit de lois constituent les deux axes principaux de la doctrine du droit

²⁰⁸ Toutefois, comme dans la doctrine française, les internationalistes taïwanais considèrent que la nature du problème de la compétence internationale est différente de celle du conflit de lois. Dans le problème de la compétence internationale, il suffit d'envisager de manière unilatérale le lien entre le litige et le tribunal taïwanais. Il n'est pas nécessaire pour le juge taïwanais de vérifier la compétence de l'État étranger. C.-C. CHEN, Requête en appel pour motif d'incompétence internationale, *LJ* n°186, 2002, p.1 ; C.-C. CHEN, L'importation de la doctrine « *forum non conveniens* », *TLJ* n°30, 2002, p.51 ; C.-C. CHEN, La compétence internationale en matière de litige civil international, *LJ* n°166, 1997, p.75 ; W.-L. HSU, La théorie générale de la compétence internationale, *LJ* n°183, 2001, p.69 ; H.-S. LIN, La compétence internationale : au centre de la discussion du litige en matière de propriété, in *Mél. T-C LIU, Shuei-Lin*, 1998, p. 120 ; H.-K. TSAI, La compétence internationale en matière patrimoniale, *NCCULJ* n°17, 2004, p.1.

international privé. Dans cette optique, la doctrine publiciste ne correspond pas à la notion de « micro-droit international privé » *stricto sensu*, mais davantage à celle de « macro-droit international privé ».

Ainsi, adhérer à la doctrine publiciste revient à considérer que le domaine du droit international privé ne se limite pas au conflit de lois. Mais si de manière générale, l'approche du « macro-droit international privé » et celle de la doctrine publiciste convergent, il est à noter que cette dernière adopte une position plus conservatrice que la doctrine privatiste par rapport aux « modes alternatifs de règlement des conflits », car ces modes de règlement n'ont souvent rien à voir avec la théorie de la souveraineté. Il existe donc un point d'achoppement entre les deux approches.

Examinons maintenant de plus près leur point de convergence à la lumière de la notion de souveraineté interne. Dans la théorie, cette notion est qualifiée d'ordre normatif de l'État²⁰⁹, c'est-à-dire que la souveraineté interne est considérée comme une entité normative, et que le droit international privé fait partie de cette entité possédant un caractère indivisible.

Aussi, pour respecter l'ensemble de la législation, sans dénaturer l'esprit de l'ordre normatif de l'État, le champ d'application du droit international privé doit se limiter au droit privé. L'État lui-même choisit d'inclure ou d'exclure de son champ d'application la situation de fait par les règles du droit international privé, et il détermine dans son propre ordre juridique l'autorité appropriée pour procéder à ces choix. Dans ce sens, on peut donc envisager l'application du droit public dans le litige international.

Par ailleurs, la nature spécifique de la règle de conflit classique confirme cette approche, car cette règle détermine souvent « la loi applicable » sans s'intéresser à son contenu matériel. Car si l'on applique une loi étrangère, il est plus difficile

²⁰⁹ J.-L. ELHOUEISS, Personnalité et territorialité en droit international privé, thèse Paris II, 2000, p.316.

d'examiner la nature juridique de cette loi, étant donné que chaque État a sa propre compétence et son propre système de droit²¹⁰. Dans ce cadre, la loi applicable ne représente que la notion d'un ensemble de droit. Lorsque l'ordre normatif de l'État est considéré comme une entité, et de façon à respecter la souveraineté de l'État étranger, il ne faut pas exclure l'application du droit privé ou du droit public étranger en fonction du critère du for.

Ainsi, souscrire à la doctrine publiciste implique de prendre en compte le droit public, le droit fiscal ou encore le droit pénal dans le champ d'étude du droit international privé. L'application limitée du droit privé ne peut pas être considérée comme un tabou en droit international privé. À l'inverse, le champ d'application de la doctrine publiciste semble être plus large que celui de la doctrine privatiste. Au final, on peut donc conclure que la doctrine publiciste correspond, dans ses grandes lignes, à la notion de « macro-droit international privé ».

Cependant, le champ d'étude de la doctrine publiciste ne coïncide pas complètement avec celui du « macro-droit international privé ». En effet, comme nous l'avons déjà souligné, la pierre d'achoppement entre la doctrine publiciste et le « macro-droit international privé » provient principalement de l'importance accordée à la notion de souveraineté.

Dans la doctrine publiciste, la souveraineté étatique ne repose que sur l'autorité toute puissante de l'État sur un territoire et sur une nation. La structure normative de la souveraineté étatique se compose généralement de la double compétence personnelle et réelle. En ce sens, le principe d'autonomie de la volonté des parties est refusé par la doctrine publiciste, car la volonté individuelle ne peut avoir d'effet obligatoire qu'en vertu d'une concession de la loi.

Le domaine du droit international privé, d'après la doctrine publiciste, se limite

²¹⁰ J.-L. ELHOUEISS, Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé, *op. cit.*, p.282 ; W. GOLDSCHMIDT, Système et philosophie du droit international privé, *RCDIP*, 1955, p.640 ; 1956, p.21.

au conflit des ordres normatifs de l'État. Ainsi, le principe de l'autonomie de la volonté individuelle, par exemple, n'en est pas moins soumis à la compétence normative de l'État. Dans ce cadre, la doctrine publiciste ne retient pas le principe d'autonomie de la volonté des parties, qu'il soit considéré comme un principe du droit interne ou comme un droit positif²¹¹. Le domaine du droit international privé reste ainsi dans l'orbite de l'ordre étatique.

En définitive, dans l'optique de la doctrine publiciste, les recherches sur « les modes alternatifs de règlement des conflits » ne peuvent pas être intégrées au domaine de recherche du droit international privé. La doctrine diffère en ce point de l'approche préconisée dans le « macro-droit international privé ». Il apparaît donc que l'importance accordée à la théorie de la souveraineté contribue à encadrer, voire à enfermer, le domaine de recherche du droit international privé.

²¹¹ Nous citons ainsi la démonstration relative au principe d'autonomie du droit interne présentée par M. Jean-Luc Elhoueiss. L'auteur pense que « *la règle de conflit savignienne peut être amputée de la partie contractuelle que représente la loi d'autonomie, convertie en règle matérielle -interne ou internationale- d'autonomie de la volonté* ». J.-L. ELHOUEISS, Personnalité et territorialité en droit international privé, *op. cit.*, p.445 s.

Chapitre II. L'influence de la fonction du droit international privé sur la doctrine taïwanaise

En 1930, M. André-Prudhomme a tenté d'esquisser l'avenir du droit international privé : *« l'avenir du Droit International Privé réside dans le développement d'une juridiction internationale qui contrôlerait et vivifierait l'application des principes et des règles fondamentales du Droit International Privé, il faut que les États, les gouvernements, entrent résolument dans la voie de cette nouvelle politique judiciaire. (...) L'étranger qui fait des opérations commerciales dans un pays déterminé, doit avoir le sentiment que ses intérêts et ses droits seront sauvegardés par une justice impartiale et compétente. En l'absence de ce sentiment de sécurité judiciaire, il se refusera à participer à l'œuvre de collaboration économique et financière, cependant nécessaire entre les nations »*²¹². Pourtant, l'appel de M. André-Prudhomme ne semble pas avoir été entendu. Et de nos jours la question de la sécurité juridique demeure préoccupante dans le domaine du commerce international, d'autant plus que les transactions internationales sont plus fréquentes que par le passé. Si le droit international privé opère sur le plan international, dans la plupart des cas, il est considéré comme un instrument de la politique de l'État moderne.

De fait, les différentes fonctions du droit international privé, que l'on peut relever dans la pratique, ont pour effet d'étendre son champ d'action. Or, la définition traditionnelle du droit international privé restreint le champ d'étude aux questions de relation privée ou d'intérêt privé international. Force est de remarquer que la transformation du rôle de l'État moderne et du contexte international inspire une nouvelle réflexion sur le droit international privé. Cette réflexion porte non seulement sur le caractère juridique, mais aussi sur le caractère politique de la discipline (section 2).

Depuis le milieu du XX^e siècle, l'approche théorique instrumentaliste a fortement influencé le droit international privé. Ce dernier a ainsi été considéré

²¹² ANDRE- PRUDHOMME, Le droit international privé dans son développement moderne, *JDI*, 57, 1930, p.920, spec. p.935-936.

comme un instrument de la politique de l'État. Cette approche pragmatique a des conséquences remarquables, car elle implique que le domaine du droit international privé ne se limite pas à la question de la relation privée internationale. Ce droit peut dès lors être envisagé comme un instrument de coordination des intérêts privés et publics dans un État. Il convient donc d'étudier l'influence de cette perspective économique sur la doctrine taïwanaise du droit international privé (section 1).

Section 1. L'influence de la perspective économique sur la doctrine taïwanaise

Dans une perspective économique, l'approche pragmatique revient à considérer l'instrument juridique comme un produit de consommation. Elle consiste à établir une synthèse de fond de la diversité des sources en droit international privé. De ce point de vue, l'approche traditionnelle de la règle de droit est renversée. C'est désormais la loi du marché qui guide la règle de droit dans les affaires privées internationales²¹³.

Cette approche a attiré l'attention des internationalistes taïwanais. Depuis les années quatre-vingt, l'évolution rapide de la société taïwanaise a forcé les internationalistes taïwanais à réfléchir sur le rôle du droit international privé dans le système juridique taïwanais. La multiplication des transactions internationales a ainsi entraîné tout une série de législations à Taïwan²¹⁴. Ce phénomène a réorganisé la distribution des compétences des différentes disciplines s'intéressant aux affaires privées internationales, instaurant le flou sur la délimitation des frontières qui les séparent.

²¹³ Le professeur Muir Watt a expliqué qu' «*au rebours de la perspective traditionnelle selon laquelle le marché est subordonné au droit, ce sont désormais les droits nationaux qui seraient soumis à l'arbitrage des opérateurs privés et des facteurs de production, investis du fait de leur nouvelle mobilité du pouvoir de mettre en compétition les décisions des législateurs étatiques (regulatory arbitrage)* ». H. MUIR WATT, Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.616.

²¹⁴ Comme par exemple le décret sur les affaires fiscales internationales de 1983, la loi d'arbitrage de 1998, le règlement relatif à l'établissement et à la gestion des compagnies d'assurance étrangères de 1994, l'amendement à la loi sur la profession d'avocat (articles 47-7, 47-10) de 2002, le projet de loi sur la prévention du blanchiment d'argent.

De manière générale, l'intégration de l'approche instrumentaliste dans la doctrine du droit international privé taiwanais peut s'expliquer par la prise en compte de certains facteurs. D'une part, cette approche s'inspire du courant de pensée dit du *darwinisme juridique*, qui soutient l'idée selon laquelle il existe une concurrence permanente entre le droit du for et le droit étranger sur le plan international (§1). D'autre part, l'amélioration de la technique industrielle ainsi que l'évolution des modes de transaction ont contribué à consolider cette nouvelle approche (§2). Cette approche concourt ainsi à étendre le domaine de recherche du droit international privé.

§ 1 Une tendance au « darwinisme » juridique

L'expression *darwinisme juridique* peut évoquer l'idée d'un certain *impérialisme juridique*, – souvent reprise pour expliquer l'hégémonie de certaines puissances sur le marché mondial, qui imposent leur système juridique à d'autres États²¹⁵. Le darwinisme juridique procède de la concurrence juridique entre les États indépendants. Cette concurrence est ainsi considérée comme un processus de sélection des règles, consistant à élire la règle prédominante, correspondant à la politique étatique et à la tendance de la mondialisation.

La mondialisation est effectivement un sol fertile pour le darwinisme juridique, en particulier dans le domaine du commerce international, où l'influence de la mondialisation est de plus en plus évidente. Il convient donc dans un premier temps d'aborder la question du rapport entre la théorie classique du droit international privé et la mondialisation (A), puis dans un deuxième temps, nous nous intéresserons au processus de sélection des règles préconisé par les partisans du darwinisme juridique (B).

²¹⁵ L'expression *darwinisme juridique* est empruntée au professeur Loquin. Il définit ainsi le darwinisme juridique : « la règle sélectionnée parmi toutes les règles proposées par les différentes sources du droit sera celle qui optimise sur le plan économique le rapport juridique. Les règles inaptées sont éliminées ». É. LOQUIN, Les sources du droit mondialisé, D&P n°96, 2001, p.70, spec. p.76.

A. La théorie classique de la règle de conflit face à la mondialisation

Depuis la fin du XX^e siècle, le phénomène de la *mondialisation* a particulièrement mobilisé l'attention des juristes. Deux constats s'imposent à ce sujet : le terme même de *mondialisation* émane du champ économique, et dans ce processus les États ne sont plus les centres du pouvoir et de la protection de la personne humaine. Les États cèdent désormais une grande partie de leurs pouvoirs aux marchés²¹⁶. Pourtant, la définition de la mondialisation reste un sujet de controverses. Comme le professeur Ferhat Horchani l'explique, « *la « mondialisation » se caractérise par une grande imprécision sémantique due à plusieurs facteurs. C'est un concept d'origine et de nature économique qui n'a pas encore, du moins pas totalement, intégré la sphère et le langage du droit* ». Et « *sur le plan terminologique, la mondialisation est un concept importé d'origine anglo-saxonne. D'où un problème supplémentaire de traduction. (...) La « globalisation » serait par conséquent le terme originellement exact. En fait, les deux concepts sont différents, du moins en langue française, l'un étant l'aboutissement de l'autre. Perçue davantage à l'échelle de l'entreprise, la globalisation serait le résultat de la mondialisation qui est appréhendée non pas seulement sur les plans micro et macro-économiques mais celui de la planète entière* »²¹⁷.

Le professeur Joe Verhoeven indique aussi que « *la « mondialisation » est une notion sans contenu en droit. Elle n'évoque ni une règle, ni une situation à laquelle s'applique une règle* »²¹⁸. Quoi qu'il en soit, le phénomène de la mondialisation est sans aucun doute un nouveau domaine de recherche auquel les juristes doivent s'atteler. Il s'agit en effet de se demander comment permettre aux systèmes juridiques nationaux de se projeter dans l'espace mondialisé. La mondialisation suscite non seulement une nouvelle réflexion sur le fondement du droit dans la

²¹⁶ E. JAYME, Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation, *RCADI*, t. 282, 2000, p.9

²¹⁷ F. HORCHANI, Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation, *JDI*, n°2, 2004, p.367, spec. p.370.

²¹⁸ J. VERHOEVEN, Souveraineté et mondialisation : libres propos, in E. Loquin et C. Kessidjian (Ed.), *La mondialisation du droit*, Paris, *LITEC*, 2000, p.46.

société internationale moderne, mais elle dessine aussi un nouveau contour du droit international privé.

Au cours de l'histoire, la société a connu trois révolutions industrielles²¹⁹. Aujourd'hui, grâce à la troisième révolution, la société taïwanaise entre dans une nouvelle ère. La vie quotidienne à Taïwan est désormais articulée autour de l'Internet, de la télécommunication et de l'ordinateur²²⁰. La nouvelle technologie industrielle a créé un nouveau mode de relation privée, favorisant la multiplication des transactions internationales à Taïwan.

Face au processus de la mondialisation, le professeur Zeu-Tung Ko considère que l'approche préconisée dans la doctrine classique du droit international privé ne saurait convenir à ce nouveau mode de relation privée. Si l'on met en exergue, d'un côté, la doctrine classique du droit international privé fondée sur la notion de souveraineté étatique, et de l'autre, le processus de la mondialisation consistant progressivement à éliminer toutes les entraves aux échanges entre les États indépendants, émerge une certaine dissonance. Or, il est indéniable que la mondialisation influence au premier chef la législation nationale. Nous pouvons donc apprécier la fonction des organisations mondiales telles que l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), qui est principalement d'encourager la mise en place d'une nouvelle relation économique à l'échelle mondiale. Le législateur national doit donc tenir compte du droit issu de ce processus ou droit *mondialisé* de manière à s'adapter au nouvel ordre économique mondial²²¹.

²¹⁹ La première révolution industrielle s'est déroulée de 1760 à 1830. Elle s'appuyait sur de nouvelles méthodes de fabrication, techniques et matériaux comme le fer et la vapeur. La deuxième révolution industrielle s'est produite entre 1875 et 1930, à la suite de nouvelles inventions telles que l'électricité, le téléphone, le moteur à combustion interne ou encore l'automobile. Cette révolution s'explique aussi par l'utilisation de nouveaux produits tels que l'acier ou le pétrole, et par de nouvelles applications des matières synthétiques et des alliages. L'ère de la troisième révolution s'est ouverte avec l'invention de l'Internet. B. L. SMITH, The Third Industrial Revolution : Law and Policy for the Internet, *RCADI*, v.282, 2000, p.229.

²²⁰ D'après les statistiques de l'Institut de l'industrie informatique, la proportion de Taïwanais ayant accès à un ordinateur personnel a atteint 66,6 % de la population en 2005, avec plus de 5,5 millions de familles qui possèdent un ordinateur personnel; et Taïwan est classé au 5ème rang mondial en termes d'heures mensuelles passées en ligne. Voir <http://www.find.org.tw/find/home.aspx?page=many&id=126> (mis à jour le 20 juin 2006).

²²¹ Z.-T. KO, WTO, Globalisation and the Private International Law, *TLR* n°89, 2002, p.40, spec. p.44.

Pour autant, toutes les relations privées ne sont pas soumises à l'influence de la mondialisation. Les relations personnelles ou extrapatrimoniales sont autant de domaines sur lesquels les États indépendants ne parviennent à s'entendre²²². Cela n'empêche pas les internationalistes, cependant, à explorer d'autres domaines d'étude. En l'occurrence, la discipline du droit international privé comprend la règle de conflit, mais aussi d'autres instruments juridiques. Le contenu du droit matériel est désormais pris en compte par les internationalistes, reconstituant ainsi le modèle originaire de la doctrine classique du droit international privé²²³.

Sous la pression de la mondialisation, le droit international privé a souvent servi d'instrument dans la concurrence entre les législations nationales. Le professeur Zeu-Tung Ko évoque l'analyse du professeur Erike Jayme, dégagant du droit mondialisé certaines caractéristiques : la vélocité, l'ubiquité et la liberté²²⁴. Il donne l'exemple du divorce international : *« De manière traditionnelle, le droit international privé a été conçu pour préserver l'harmonie dans les relations entre les individus, avec une attention toute particulière pour les relations dans le cadre de la famille. Cette tradition doit être reconsidérée. Dans le processus de la mondialisation, c'est la liberté de de circulation de l'individu qui est la valeur la plus importante. Ainsi, la tradition tendant à préserver la famille n'est plus au centre des préoccupations. Il semble donc que les individus aussi soient commercialisés par la mondialisation »*²²⁵. Par conséquent, la mondialisation conduit la théorie classique du droit international privé à se réformer de manière à être plus efficace, plus économique et plus flexible²²⁶. Néanmoins, le critère de sélection permettant de déterminer le droit le

²²² B. AUDIT, Le droit international privé en quête d'universalité, *RCADI*, vol.305 (2003), p.25

²²³ Comme M. A. Bucher l'a souligné : *« On ne saurait dès lors caractériser ces règles comme étant « neutres » et indifférentes à la teneur du droit matériel. Le respect de l'intérêt des États à l'application de leurs lois (ou, le cas échéant, à leur non-application) constitue ainsi un élément inhérent à la finalité de la règle de conflit »*. Et *« le raisonnement conflictuel doit nécessairement en tenir en compte et absorber, dans sa finalité propre, le respect des lois internationalement impératives. »*

A. BUCHER, Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes, *TCFDIP*, 1993-1995, édition A. Pédone, Paris, 1996, p.209, spec. p.218.

²²⁴ E. JAYME, *op. cit.*, p.37.

²²⁵ Z.-T. KO, WTO, Globalisation and the Private International Law, *op. cit.*, p.48.

²²⁶ De ce point de vue, le professeur Muir Watt a indiqué :

plus approprié dans la nouvelle relation privée internationale reste encore l'objet de débats ²²⁷. Nous allons donc examiner de plus près ce nouveau champ d'investigation.

B. La sélection des règles

Le spécificité du darwinisme juridique réside dans le processus de sélection des règles. En ce qui concerne le critère de sélection, le professeur Loquin a proposé deux principes : le principe de la *rationalité économique*, et celui du «*refus des règles discriminatoires et de la distinction entre le national et l'étranger*»²²⁸. Ces deux principes ont été promus par certains internationalistes taiwanais, et au cours de ces dernières années en particulier, ils ont été validés par la doctrine du droit international privé.

Selon le principe de la rationalité économique, le législateur national doit faire une analyse du coût et des avantages de la règle de droit. De ce point de vue, une analyse économique du droit est nécessaire. Une règle de droit qui gaspille les ressources ou manque d'efficacité doit être écartée. Et pour réduire le coût de la transaction internationale, le législateur national choisit le plus souvent de suivre la tendance de la législation internationale plutôt que de la défier. De plus, si les citoyens ou les entreprises estiment que leurs intérêts sont lésés à cause d'une règle

« *Les droits nationaux apparaissent comme faisant eux-mêmes l'objet d'un marché, dont la régulation reviendrait à la seule concurrence législative et non aux interventions impératives des États. Désormais, les politiques de ces derniers apparaissent comme étant largement dépendantes des décisions des détenteurs de capitaux privés. L'État lui-même n'est plus perçu comme le fournisseur exclusif des biens publics, puisqu'il subit lui-même les pressions de la concurrence.* »

H. MUIR WATT, Aspects économiques du droit international privé (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions), *RCADI*, t.307, 2004, p.25, spec. p.45 s.

²²⁷ Par ailleurs, sur la question de la protection des œuvres d'art, – considérées traditionnellement comme des objets interdits au commerce –, c'est le droit public qui intervient, or ce droit a aussi été modifié sous l'influence de la mondialisation préconisant le principe du libre-échange. R.-C. CHEN, Restitution of Stolen Cultural Properties : A Conflict-of-laws Perspective, *SLJ t. 14*, 2002, pp.67.

²²⁸ É. LOQUIN, *op. cit.*, p.76.

de droit moins efficace, ils prennent souvent des mesures pour dissuader le législateur d'adopter cette règle afin de poursuivre l'intérêt général. La sélection des règles est en fait le fruit de la compétition législative. Comme le professeur Muir Watt l'a indiqué : « *les législateurs rivalisent pour séduire une clientèle mobile génératrice de revenus, en innovant afin de mieux satisfaire leurs préférences* »²²⁹.

Un exemple évident peut expliquer ce principe : l'influence du règlement de l'OMC sur la législation taïwanaise. Le gouvernement taïwanais a modifié le droit national de manière à le rendre compatible avec les principes et le règlement de l'OMC²³⁰ : si le droit n'est pas modifié, le gouvernement taïwanais doit inévitablement faire face à la sanction de l'OMC. Une position qui va à l'encontre du règlement de l'OMC va effectivement entraîner une augmentation du coût. Dans ce contexte, le choix consistant à s'accorder à la législation internationale respecte le principe de rationalité économique.

Le processus de sélection des règles se traduit principalement par une concurrence législative. La teneur de cette concurrence est complexe. Comme le professeur Muir Watt l'a souligné, « *le concept de concurrence législative mérite la réflexion en tant qu'il relie le conflit de lois à des évolutions plus vastes qui affectent les rapports entre ordres juridiques en dehors du champ du droit privé traditionnel. Le droit international privé ne peut en effet rester indifférent aux changements affectant la signification des frontières ou les divisions fondamentales du droit, même s'il a préexisté largement aussi bien à l'État souverain qu'à la systématisation en catégories public/privé* »²³¹. Autrement dit, la concurrence législative contribue en fait à l'amélioration de la législation, y compris la législation en matière de droit

²²⁹ H. MUIR WATT, *Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé*, *op. cit.*, p.620.

²³⁰ D'après le rapport du ministère de l'économie de 2002, au moins 55 actes juridiques doivent être révisés après la participation de Taïwan à l'OMC.

(<http://www.mac.gov.tw/big5/cnews/wtorpt0102.htm>, dernière visite le 20 juin 2006)

²³¹ H. MUIR WATT, *Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé*, *op. cit.*, p.633.

international privé²³².

Le principe de *non discrimination*, quant à lui, fait référence à la libre circulation. C'est un principe qui correspond exactement à l'esprit de la mondialisation. Le choix d'adopter ce principe procède en fait d'une motivation égoïste, car si l'État applique un droit discriminatoire vis-à-vis de l'étranger, il court le risque de représailles de la part d'autres pays.

Dans une certaine mesure, ce principe fait écho à un autre principe prôné dans la théorie des statistes hollandais : la courtoisie internationale. Toutefois, le principe de *non discrimination*, même fondé sur la notion de *comitas*, reste dépendant de la volonté de l'État. Autrement dit, l'adoption de ce principe dépend uniquement de la volonté unilatérale de l'État, dont le point de vue reste particulariste.

Toutefois, le phénomène de la sélection des règles soulève une autre question : existe-t-il « *une convergence entre les impératifs des marchés et les considérations éthiques* »²³³ ? Alors que le contenu du droit mondialisé est encore en discussion, il est nécessaire de s'interroger sur la nouvelle valeur ou éthique de la mondialisation qui permettrait d'établir un nouvel ordre international. Le professeur Zeu-Tung Ko observe à cet égard que « *le droit international privé traditionnel a dû faire face à l'impact culturel et à l'évolution des valeurs sociales conséquents à la multiplication des transactions internationales et à la libre circulation des individus. Il est encore temps de reconstruire l'identité de ces nouvelles idées et valeurs sociales. Comment coordonner le droit international privé traditionnel avec la nouvelle tendance issue de la mondialisation, et comment réaffirmer ou intégrer les valeurs traditionnelles à cette*

²³² Il s'agit d'une nouvelle perspective utilisant la méthode de l'analyse économique. Cette méthode d'analyse a été récemment adoptée par la nouvelle génération de juristes aux États-Unis. M. Anthony Ogus écrit à ce sujet : "*Competition between jurisdictions will generate a tendency for national legal principles to converge in those areas of law designed primarily to facilitate trade*". A. OGUS, *Competition between national legal systems : A contribution of economic analysis to comparative law*, 48 *Int'l & comp. L. Q.*, 1999, p.405 ; U. MATTEI, *Comparative law and economics*, University of Michigan Press, 1999.

²³³ É. LOQUIN, *op. cit.*, p.77. L'auteur soutient que « *la globalisation de la concurrence imposerait pareillement le respect d'une « clause sociale mondiale » aux États peu soucieux de garantir un minimum social à leurs travailleurs* ».

tendance ? Il est justement temps d'exposer nos questions et d'entreprendre une recherche dans ce domaine »²³⁴.

En fin de compte, la sélection des règles apporte une nouvelle perspective sur le problème de l'application du droit. Cette perspective influence non seulement le législateur, mais aussi le juge et les parties. Pour le législateur, il s'agit de déterminer quelle est la valeur prédominante et l'accorder à la législation internationale, au règlement de l'OMC par exemple. Pour ce qui est du juge, il lui faut appliquer de manière flexible la règle de conflit et les autres règles au litige international. Enfin, il s'agit de promouvoir l'autonomie de la volonté des parties. Les parties peuvent en effet choisir la règle la plus pertinente pour sauvegarder leurs intérêts. Ces différents éléments contribuent à étendre *de facto* le domaine du droit international privé.

§ 2 L'influence de l'amélioration de la technique industrielle et du changement de mode de transaction

En ce qui concerne l'amélioration de la technique industrielle, l'invention de l'Internet a été considérée comme une étape importante de l'histoire de l'humanité. À Taïwan, la multiplication des transactions sur internet pousse les internationalistes taïwanais à entreprendre des recherches sur cette nouvelle matière. Le problème des transactions internationales sur Internet constitue en effet un nouveau défi à relever pour la doctrine du droit international privé taïwanais (A).

À propos du changement de mode de transaction, nous citerons deux exemples particulièrement significatifs traduisant l'influence de ces nouveaux modes de transaction sur la doctrine du droit international privé : la mobilisation et le *trust*. La mobilisation des capitaux (*asset securitization*) est depuis peu un nouveau mode de transaction fiscale utilisé à Taïwan. Elle a particulièrement attiré l'attention de

²³⁴ Z.-T. KO, *op. cit.*, p.49.

civilistes taiwanais dans les dernières années²³⁵ (B). Le *trust* est une institution juridique procédant du droit anglais²³⁶. Cette institution a été importée par les juristes taiwanais dans les années quatre-vingt dix. Et l'étude du *trust* international n'a commencé que récemment à Taïwan(C).

A. L'Internet

Les transactions sur Internet utilisent les nouvelles technologies de l'information. L'essor de ce type de transaction à Taïwan occupe une place de plus en plus importante dans le commerce international. La transaction sur Internet permet l'établissement de liens d'affaires entre des personnes éloignées sur le plan géographique. Elle a une nature transfrontière et dématérialisée. Or, ces caractéristiques influencent en fait les modes de régulation, conduisant même à « *affaiblir l'application des droits nationaux fondés sur des frontières géographiques* »²³⁷.

La conférence de La Haye de droit international privé a ainsi établi que le critère classique de rattachement – le lieu d'exécution d'un contrat – n'est pas approprié lorsque les contrats de services sont exécutés en ligne²³⁸. À Taïwan, la transaction internationale sur Internet soulève deux questions principales : la question de la détermination de la compétence internationale, et celle de la loi applicable. La difficulté de ces questions tient au problème de la localisation, et les internationalistes taiwanais restent divisés sur ce problème.

Au sujet de la détermination de la compétence internationale dans la transaction sur Internet, le professeur Rong-Chwan Chen souligne que « (l)a

²³⁵ D.-N. ZENG, Z.-S. HSEI et J.-T. WU, La théorie et le système de la mobiliérisation des capitaux, Han-Lu, 2005.

²³⁶ Z.-S. HSEI, Le développement et l'origine du trust, *NCCULJ*, n°3, 2000, p.147, spec. p.148.

²³⁷ L. RAVILLON, rapport introductif, *JCP* (Cahiers de Droit de l'Entreprise), n°4, 2002, p.1.

²³⁸ Conférence de La Haye de droit international privé, Table ronde de Genève sur le commerce électronique et le droit international privé, *RCDIP*, 1999, p.875.

*transaction sur Internet est une question plus compliquée. Si un État adopte les principes traditionnels de compétence internationale, il va très souvent se heurter au problème du conflit positif de juridictions. (...) Il semble nécessaire de prendre conscience de la spécificité du cyberspace en délimitant le champ de compétence étatique en fonction de la puissance de chaque État, ensuite les règles traditionnelles de compétence internationale peuvent s'appliquer dans ce domaine »*²³⁹. En général, les internationalistes taïwanais appliquent par analogie les règles de compétence territoriale du droit judiciaire privé, pour déterminer la compétence internationale du juge taïwanais. Certains auteurs ont proposé d'importer les théories américaines comme la doctrine *du contact minimum (Minimum Contact Test)*, la doctrine du *mouvement de théorie commerciale (Stream of Commercial Theory)*, ou encore la doctrine du *forum non conveniens*, pour remédier à l'absence de règles pertinentes en la matière²⁴⁰.

Quant à la détermination de la loi applicable, le caractère dématérialisé de la transaction sur internet met en relief les difficultés de la règle de conflit classique. Le professeur Fu-Dian Li estime que la transaction sur internet est généralement comparable à la transaction effectuée par téléphone ou télécopie, et qu'il n'est pas nécessaire d'exagérer son influence. Ainsi, le principe de la règle de conflit classique, comme l'autonomie de la volonté pour le contrat ou la *lex loci delicti* pour le délit, peut aussi s'appliquer dans la plupart des litiges sur internet. Par ailleurs, le professeur Li a également proposé d'importer la théorie du lien le plus pertinent pour résoudre de manière adéquate le litige sur internet²⁴¹.

En revanche, le professeur Lei-Kung Lai juge insuffisante la règle de conflit

²³⁹ R.-C. CHEN, *Cyberspace sovereignty*, *TLR n°77*, 2001, p.154, spec. pp.160-161.

²⁴⁰ C. YO, *Questions de compétence judiciaire à propos de l'Internet*, *LM n°51*, 2000, p.571 ; Y.-S. LIN, *La compétence internationale dans le domaine de l'Internet*, *TLR n°77*, 2001, p.22 ; Y.-S. LIN, *La doctrine et la pratique du droit international privé*, Taipei, 4 éd., p.596 s.

²⁴¹ F.-D. LI, *La loi applicable de l'acte juridique sur internet*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Tei-Chen Liu*, Shuei-Lin, p.2, spec. p.35. Par ailleurs, M. Shi-Chi Han suggère qu'il existe au moins trois hypothèses : la théorie sans distinction, qui est semblable à celle du professeur Li ; la théorie de l'autonomie de la volonté des parties ; et la théorie du lien le plus pertinent. S.-C. Han, *The Study of Elastic Conflict of Law Theory*, *Mémoire de Master en droit*, Université de Fu-Zen, 2001, p.305 s.

classique pour régler la question complexe de la transaction sur Internet. Aussi, propose-t-il de remplacer le critère de rattachement traditionnel par un nouveau critère propre à ce domaine : « l'emplacement sur Internet » (le *site*). Dans ce cadre, le *site* mis à disposition par le fournisseur de services (*Internet Service Provider* ou *ISP*) est considéré comme la résidence par analogie à l'espace géographique. Le juge peut ainsi déterminer la compétence internationale et la loi applicable d'après les indications de ce *site*, comme la location du serveur (*server*), ou la présence physique du *site*²⁴².

Par ailleurs, la conférence de La Haye a affirmé le principe d'autonomie de la volonté des parties dans la transaction sur Internet, car ce principe permet de préserver une certaine sécurité juridique²⁴³. La tendance internationale semble, là encore, étendre le champ d'application du droit en matière de transaction internationale compte tenu du caractère spécifique de ce droit. Comme Mme Laurence Ravillon l'a remarqué : « *Par nature, les communications transfrontières permises par Internet affaiblissent l'application des droits nationaux fondée sur des frontières géographiques* »²⁴⁴.

Au terme de cet examen, il apparaît que le développement de la technologie numérique renverse le fondement traditionnel de la doctrine du droit international privé, axé sur la recherche du lien le plus pertinent dans le litige international. Ce bouleversement incite aussi les internationalistes taiwanais à réfléchir sur un nouveau modèle de système en droit international. L'objet de la recherche en droit international privé devient ainsi variable, et le modèle traditionnel ne semble plus convenir à cette nouvelle matière. Malgré tout, le chemin vers l'élaboration d'un cadre juridique global du commerce électronique est sans doute encore long pour les internationalistes taiwanais.

²⁴² Toutefois, le professeur Lai a reconnu que le problème de la règle applicable aux relations sur internet était encore en discussion. L.-K. LAI, Le principe du site dans les relations sur Internet, *MLJ* v. 48 n°9, 2000, p.36, spec. p.43.

²⁴³ Conférence de La Haye de droit international privé, op. cit. note 26.

²⁴⁴ L. RAVILLON, op. cit., p.1.

B. La mobilisation des capitaux (*Asset Securitization*)

La mobilisation ou titrisation des capitaux²⁴⁵ est un nouveau type de transaction commerciale qui a été importé des États-Unis au cours des dernières années à Taïwan. Depuis 2002, le Yuan législatif²⁴⁶ a adopté deux lois notables relatives à ce type de transaction : la loi de mobilisation des capitaux de 2002, et la loi de mobilisation d'immobiliers de 2003. Ce nouveau type de transaction a non seulement transformé les opérations habituelles sur les capitaux, mais a également bouleversé la conception traditionnelle du droit²⁴⁷.

Ce type de transaction est devenu l'un des outils financiers les plus importants aux États-Unis, et son utilisation s'accroît rapidement dans le monde entier²⁴⁸. Le concept de mobilisation des capitaux est une technique financière permettant à une société de se démembrer partiellement en se séparant de certains types d'actifs (liquidités) de manière à gérer les risques qui sont généralement associés à la société²⁴⁹. La société maintient ainsi son économie à un moindre coût, en

²⁴⁵ Technique substituant à des formules de crédit bancaire des formules de titres négociables ou de contrats portant sur ces titres, émis dans le public soit par création d'instruments financiers, soit par la transformation d'un crédit en emprunt obligataire, soit par transformation en parts d'organismes de placement en valeurs mobilière créés spécialement à cet effet. Cf. Arrêté du 06/01/89 relatif à la terminologie économique et financière, JORF 31/01/89.

²⁴⁶ L'administration de la République de Chine (Taïwan) est organisée selon trois niveaux : le niveau central constitué de la présidence de la République, de l'Assemblée nationale et des cinq Yuans (exécutif, législatif, judiciaire, des examens et de contrôle). Le Yuan législatif compte 225 membres élus au suffrage universel direct. C'est l'organe législatif le plus élevé. Voir <http://www.ly.gov.tw>

²⁴⁷ Par exemple, dans le cas de la mobilisation d'immobiliers, le rapport entre l'investisseur et l'immobilier a aussi changé. L'investisseur n'a pas besoin de posséder l'immobilier en tant que tel, il lui suffit seulement d'avoir le titre négociable. D.-N. ZENG, Z.-S. HSEI et J.-T. WU, *op. cit.*, p.4.

²⁴⁸ S. L. SCHWARCZ, The Alchemy of Asset Securitization, 1 Stan. J. L. Bus & Fin., 1994-1995, p.133.

²⁴⁹ Nous citons l'explication de M. Schwarcz concernant la spécificité de la mobilisation des capitaux :

« Securitization, however, can change the security holder's dependence on the company for payment, by separating the source of payment from the company itself. In a typical structured financing, a company that seeks to raise cash may transfer certain of its assets to a special purpose vehicle or trust (hereinafter SPV) that is organized in such a way that the likelihood of its bankruptcy is remote.

bénéficiant d'investissements à moindre risque. Comme M. Steven L. Schwarcz l'a remarqué, cette technique financière est une prouesse digne de l'alchimie, car elle permet à la fois de réduire les coûts de financement direct et d'obtenir des avantages indirects significatifs²⁵⁰.

Alors que le marché de la mobilisation des capitaux s'est formé au début du siècle dernier à Taïwan, les juristes taiwanais n'ont commencé à étudier cette institution que dans les années quatre-vingt dix²⁵¹. Cependant, la plupart des études en la matière ne s'intéressent qu'à l'introduction de la notion de mobilisation des capitaux, ou à la fonction de cette nouvelle transaction sur le marché financier interne. Aucune étude sur le problème de la mobilisation internationale des capitaux n'a été publiée jusqu'à lors à Taïwan.

D'après M. Schwarcz, le marché financier international s'intéresse de plus en plus à la mobilisation des capitaux, considérant que les sociétés qui souhaitent lever des fonds sur certains marchés financiers ne sont pas nécessairement situées dans le pays dans lequel le marché financier est établi²⁵². Autrement dit, afin d'accéder au marché financier, ces sociétés doivent restructurer leurs actifs de manière à franchir leurs frontières nationales. C'est le cas, par exemple, d'une société française qui veut utiliser la mobilisation pour obtenir un financement sur le marché financier de Taïwan. Or, force est de constater que cette technique soulève des questions en matière de compétence internationale et de détermination de la loi applicable.

De nos jours, la variété des transactions internationales offre une nouvelle

(...) *The transfer is intended to separate the assets from risks associated with the originator (the company)* ».

S. L. SCHWARCZ, The Universal Language of International Securitization, 12 Duke J. Comp. & Int'l L., 2002, p.285; D.-N. ZENG, Z.-S. HSEI et J.-T. WU, *op. cit.*, p.9, p.14.

²⁵⁰ S. L. SCHWARCZ, The Alchemy of Asset Securitization, *op. cit.*, p. 154.

²⁵¹ D.-N. ZENG, Z.-S. HSEI et J.-T. WU, *op. cit.*, Préface de Da-Nan Zeng ; W-C YANG, Les modèles de transaction entre les groupes des sociétés, TPBJ, n°174, 1994, p.48.

²⁵² S. L. SCHWARCZ, The Universal Language of International Securitization, *op. cit.*, p.288-289.

vocation à la doctrine du droit international privé. Le droit international privé peut désormais être utilisé comme un outil de régulation économique. Le professeur Muir Watt explique à ce sujet qu' : « *après avoir perdu sa 'neutralité' dans les années soixante-dix en prenant en compte l'effectivité de la loi privée, le processus de détermination de la loi applicable semble également avoir perdu « l'innocence » qui lui a permis par le passé de se tenir à distance de la politique internationale* »²⁵³.

Par conséquent, la mobilisation internationale des capitaux constitue un sujet d'étude inévitable dans le futur proche pour les internationalistes taiwanais. Cette question complexe intéresse en fait plusieurs disciplines du droit. Toutefois, la doctrine classique du droit international privé ne semble pas pouvoir offrir de solution pour réguler ce nouveau type de transaction commerciale, notamment pour résoudre le délicat problème de la qualification, et celui du niveau d'intervention de l'État. Il paraît ainsi indispensable, pour la doctrine taiwanaise du droit international privé, d'étendre son champ d'étude de manière à proposer une solution appropriée en la matière.

C. Le *Trust*

Le *trust* est une institution provenant du droit anglais. En effet, le système juridique continental, en comparaison, est dépourvu de ce genre d'institution. De plus, certains éléments nous laissent penser que la notion de *trust* « *va à l'encontre de la théorie unitaire des droits de propriété* »²⁵⁴. Pourtant, dans le système juridique taiwanais, qui est qualifié de système *continental*, le Yuan législatif a adopté une loi relative au *trust* le 26 janvier 1996, afin de répondre aux besoins du marché

²⁵³ "However, after losing its 'neutrality' in the 1970s by allowing in result-selective considerations in private law, choice of law also seems destined to lose the 'innocence' which once served to keep it distinct from international politics". H. MUIR WATT, Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets : A Matter of Political Economy, *Col. J. Euro. Law*, V.9, 2003, p.383.

²⁵⁴ "In particular, trust doctrine runs counter to the so called unitary theory of property rights." H. HANSMANN & U. MATTEI, The Function of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis, *NYUL*, v. 73, 1998, p.434, spec. p.441; A. DYER, International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention, *32 Vand. J. TRANSNAT'L L.*, 1999, p.989.

financier²⁵⁵.

À Taïwan, l'étude systématique du *trust* international n'a été amorcée qu'à partir de 2002²⁵⁶. Cette étude s'est intéressée à plusieurs problèmes délicats, considérant notamment la nouveauté de la notion de *trust* pour les juristes taïwanais traditionnels. Parmi les problèmes examinés, celui de la qualification du *trust* a trouvé deux approches principales parmi les internationalistes taïwanais. L'une qualifie le *trust* de contrat, car le *trust* international applique le principe de l'autonomie de la volonté des parties²⁵⁷. L'autre préconise la qualification du *trust* d'après sa fonction et sa finalité. La qualification se fait donc au cas par cas : si le *trust* concerne les fonds en gestion fiduciaire, il est assimilé à un contrat ; si le *trust* concerne la propriété des propriétés de *trust*, il est alors assimilé à un acte appartenant au régime des biens (*property law*)²⁵⁸.

Le mode d'application de la loi applicable suscite aussi l'attention des juristes dans le cas du *trust* international. L'une des questions soulevées est la possibilité de morceler la loi applicable, d'adopter le principe de l'autonomie de la volonté des parties ou la théorie du lien le plus pertinent. L'article 6 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance a retenu le principe de l'autonomie de la volonté des parties comme critère principal en matière de *trust* international²⁵⁹. À défaut de choix, l'article 7 de cette convention préconise

²⁵⁵ À Taïwan, la loi sur le *trust* établit en général une distinction entre deux modèles principaux : le modèle de l'*inter vivos trust*, et celui du *testamentary trust*. Cette loi contient 86 articles, mais ne possède aucune disposition concernant le *trust* international. C'est pourquoi, pour le moment, c'est la loi de 1953 qui s'applique en la matière.

²⁵⁶ C.-C. HSU, Trusts Conflicts Law - A Prevailing Value Based Approach, *NCCULJ*, n°6, 2002, p.253; C.-C. HSU, The Law Applicable to Transnational Trusts, thèse de doctorat de l'Université Chung-Chen, 2005.

²⁵⁷ W.-H. WU, The Hague Convention on Private International Law : Focus on the Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, 1978, *CLR* n°70, p. 205.

²⁵⁸ C.-C. HSU, Trusts Conflicts Law-A Prevailing Value Based Approach, *op. cit.*, p.265; H. HANSMANN & U. MATTEI, *op.cit.*, p.470.

²⁵⁹ L'article 6 : « Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause ».

l'application de la théorie du lien le plus pertinent²⁶⁰. La méthode ainsi proposée par la Convention de La Haye a particulièrement influencé les internationalistes taiwanais. M. Chao-Ching Hsu en a ainsi déduit que la valeur présidant au *trust* international était le respect de l'aspiration légitime du constituant²⁶¹.

À Taïwan, les recherches sur le *trust* international constituent désormais une nouvelle matière de la doctrine du droit international privé taiwanais. Dans le domaine économique, la conception traditionnelle du droit est sans cesse remise en question par le nouveau modèle de transaction de la société moderne. L'étude du droit international privé ne peut pas se limiter au problème du conflit de lois comme le micro-droit international privé. La nécessité d'un nouveau système de droit international privé se fait chaque jour plus pressante. Et la volonté de conserver le caractère neutre et impartial du droit international privé n'est pas une solution satisfaisante, car elle est difficilement applicable au domaine de la concurrence internationale.

²⁶⁰ L'article 7 stipule que : « Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment :

- a) du lieu d'administration du trust désigné par le constituant ;
- b) de la situation des biens du trust ;
- c) de la résidence ou du lieu d'établissement du trustee ;
- d) des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis. »

²⁶¹ Dans sa thèse, M. Hsu a scrupuleusement analysé la jurisprudence des États-Unis et la Convention de La Haye, et il a conclu que la valeur sociale présidant au *trust* international était manifeste et ne pouvait être négligée par le juge. De plus, il n'est pas nécessaire de prendre en compte les facteurs territoriaux, mais seulement de viser la valeur prédominante du *trust* international. C.-C. HSU, Trusts Conflicts Law-A Prevailing Value Based Approach, op. cit., pp.284-285. La méthode proposée par M. Chao Ching Hsu sera présentée dans la deuxième partie de cette thèse.

Section 2. L'influence de la perspective politique sur la doctrine taïwanaise

Depuis longtemps, la question de la personnalité juridique de Taïwan en droit international est l'objet de controverses. La situation internationale de Taïwan est assez complexe en effet, en particulier les relations sino-taïwanaises. Et compte tenu du caractère épineux de cette relation, les internationalistes taïwanais ont adopté une position plus conservatrice à son égard que vis-à-vis d'autres relations internationales en général. À cet égard, le facteur politique joue un rôle déterminant dans la difficulté à trouver une issue dans la doctrine et en pratique. Le champ d'étude de la doctrine du droit international privé taïwanais ne peut pas éluder l'analyse de la relation entre Taïwan et la Chine (§1).

Par ailleurs, compte tenu de la variété des sources du droit international privé de nos jours, les internationalistes taïwanais ont tendance à importer dans leurs études les règles des conventions internationales et des droits étrangers. C'est pourquoi l'étude du droit international privé comparé est conséquente à Taïwan. Aussi, une analyse de cette branche du droit international privé s'avère-t-elle nécessaire (§2).

§ 1 L'analyse de la relation sino-taïwanaise

Les juristes procédant à l'étude du droit international privé taïwanais ne peuvent pas négliger l'influence de la situation politique sur la doctrine du droit international privé taïwanais dans la relation sino-taïwanaise. Deux questions sont récurrentes à ce sujet : la relation est-elle internationale ou interrégionale ? Doit-on appliquer aux affaires sino-taïwanaises la doctrine du droit international privé taïwanais?

Il n'est guère facile de répondre à ces questions. Par ailleurs, depuis le 1^{er} juillet 1997, Hongkong est devenu la *Région Administrative Spéciale de Hongkong* (ci-après RASHK) de la République populaire de Chine (R.P.C.). En vertu de l'article

31 de la Constitution de la R.P.C., la RASHK conserve ses institutions politiques et ses organisations économiques capitalistes. Le gouverneur de la RASHK est néanmoins nommé par le gouvernement populaire central, comme le gouverneur britannique l'était par la Reine. Le principe retenu est celui « d'un État, deux systèmes »²⁶².

Ce principe complique en fait la relation sino-taïwanaise : elle est désormais triangulaire. Les internationalistes taïwanais doivent d'une part prendre en compte la relation entre Taïwan et la Chine continentale, et d'autre part considérer la relation entre Taïwan et la RASHK (A).

La spécificité de la relation sino-taïwanaise se manifeste par son caractère politique et idéologique. Dans la plupart des cas, l'intérêt ou la sécurité de l'État reste une préoccupation majeure dans les affaires sino-taïwanaises. Or, les juristes taïwanais se heurtent à certains obstacles dans ce domaine. Nous examinerons donc en quoi consiste ces difficultés (B).

A. La relation triangulaire : Taïwan, Hongkong et la Chine

A. 1. Taïwan et la Chine

En droit positif, la loi de 1953 ne s'applique pas aux affaires entre Taïwan et la Chine²⁶³ pour des raisons politiques. Ces affaires sont soumises à une loi spéciale : *le règlement relatif aux affaires entre la région taïwanaise et la région continentale chinoise* de 1992²⁶⁴ (ci-après le règlement de 1992).

²⁶² C. GUERASSIMOFF, La rétrocession de Hongkong à la Chine, *RGDIP*, 1997, p.1011.

²⁶³ Même si la relation politique a été qualifiée par le gouvernement taïwanais d' « État contre État », le juge taïwanais n'applique pas en pratique la loi de 1953 en matière d'affaires sino-taïwanaises.

²⁶⁴ Ce règlement a déjà été amendé le 29 octobre 2003, voir :

L'élaboration du règlement de 1992 est l'un des principaux résultats des négociations de novembre 1992 entre Taïwan et la Chine. En effet, depuis la fin de l'année 1987, la politique isolationniste du gouvernement taïwanais a été modifiée. En avril 1993, une conférence *Koo-Wang*²⁶⁵ a permis d'arriver à un accord relatif à la garantie des droits et des intérêts légitimes des populations taïwanaises et chinoises. Cette conférence a énoncé les principes devant présider à la résolution d'affaires civiles entre Taïwan et la Chine.

Le règlement de 1992 a pour objectif de régler le conflit *interrégional* dans les affaires sino-taïwanaises²⁶⁶. C'est pourquoi certains internationalistes taïwanais préconisent la qualification d'*interrégionales* ou de *quasi-internationales* pour les affaires sino-taïwanaises²⁶⁷. Le professeur Lei-Kung Lai soutient de son côté que l'étude du droit interrégional privé doit être intégrée à la recherche en matière de droit international privé, dans son acception de macro-droit international privé²⁶⁸.

Pourtant, nous estimons que ce conflit *interrégional* est éminemment un conflit *international*. En effet, Taïwan remplit tous les critères de l'État indépendant en droit international public²⁶⁹. C'est un État *de facto*, une entité politique ayant la

<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDAT0201.asp>

²⁶⁵ Sommet entre Wang Daohan, président de l'Association pour les Relations à travers le Déroit de Taïwan (ARATS) de Chine continentale, et Koo Chen-fu, président de la Fondation des Echanges entre les Deux Rives (SEF) de Taïwan.

²⁶⁶ L'article 1 de ce règlement explique qu' : « Avant la réunification, pour protéger la sécurité de la région de Taïwan et le bien-être du peuple Taïwanais, et pour régler la communication entre la région taïwanaise et la région continentale ainsi que pour résoudre les litiges concernés, nous promulguons ce règlement. »

²⁶⁷ En Chine, l'opinion des internationalistes chinois est unanime : les relations sino-taïwanaises sont interrégionales. Z. HUANG, Droit interrégional privé, Yung Zeng, 1996, p.81 ; L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, 2001, p.488. À Taïwan, certains internationalistes défendent aussi cette opinion. L.-K. TUNG, Droit international privé, 2002, p.473 ; T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, San-Ming, 3éd., 2000, p. 673.

²⁶⁸ L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, p.491.

²⁶⁹ Après la résolution n° 2758 des Nations unies, Taïwan a tenté plusieurs fois de retourner à l'ONU, mais chaque fois, la République populaire de Chine s'y est opposée. C'est en 2000 que Taïwan a fait sa dernière tentative, en demandant d'aborder la question de sa qualification et de son accession à l'ONU. Quatorze États ont requis l'inscription à l'ordre du jour de l'Assemblée générale de la question,

capacité d'établir de manière indépendante des relations diplomatiques avec d'autres États. La seule raison qui justifie la qualification de conflit *interrégional* dans la relation entre Taïwan et la Chine est d'ordre politique²⁷⁰.

Le thème du conflit interrégional n'est pas nouveau. En France, par exemple, les juristes classent principalement le conflit interrégional en deux types : celui qui survient dans les États à structure fédérale, et que l'on nomme conflit *interfédéral* ; celui qui survient dans un État unitaire, c'est-à-dire un État dont l'unification politique repose sur une autorité centrale, mais qui permet à chaque province d'avoir sa propre loi ou coutume²⁷¹.

Cependant, la relation entre Taïwan et la Chine n'est pas vraiment une relation interrégionale, ou tout au moins elle ne correspond pas à la définition générale du *conflit interrégional* donnée par les juristes français. De plus, il n'existe aucune constitution fédérale englobant Taïwan et la Chine. Au contraire, chaque entité possède sa propre constitution, ainsi que son propre pouvoir. Autrement dit, ni la règle de conflit interfédéral ni la règle de conflit provincial ne s'applique aux affaires sino-taïwanaises.

B. 2. Taïwan et Hongkong

Depuis longtemps, les échanges entre Taïwan et Hongkong sont nombreux. Les sociétés, les personnes, les services et les capitaux ont toujours été en relation.

en précisant la « *nécessité d'examiner la situation internationale exceptionnelle de la République de Chine à Taïwan afin de garantir que le droit fondamental de ses vingt-trois millions d'habitants à participer à l'action et aux activités de l'ONU soit pleinement respecté* ». *Ann. Fran. De drt. Inter.*, XLVI, 2000, p.381.

²⁷⁰ Le professeur Rong-Chwan Chen a écrit à ce sujet : "This author is doubtful that the rules of interregional conflict of laws would be applicable to these regions. If the PRC insist that these rules are only applicable when the relevant territories are politically reunified, this will encourage the ROC to reconsider their legitimacy as well. This might ignite a new episode of legal vacancy or tragedy." R.-C. CHEN, *A Boat on a Trouble Strait : The Interregional Private Law of the Republic of China on Taïwan*, 16 *Wis. Int'l L. J.*, p. 599, spec. p. 602.

²⁷¹ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, p.436 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, p.62 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, p. 111 ; B. AUDIT, p.258.

Le principe *d'un État, deux systèmes* est fondé sur la cohabitation entre un système à économie de marché et un système à économie socialiste. L'ouverture du marché chinois a permis à la RASHK d'axer l'essentiel de ses activités sur les services, notamment en matière d'affaires financières et bancaires. Les articles 151 et 152 de la Loi fondamentale précisent que la RASHK pourra maintenir et développer des relations dans les domaines de l'économie, de la culture et du sport. Autrement dit, le gouvernement chinois a accepté de *limiter* sa souveraineté sur la RASHK²⁷².

De manière à se préparer au risque d'intervention du gouvernement chinois après la rétrocession de 1997, le Yuan législatif a adopté *le règlement relatif à la relation avec Hongkong et Macao* le 2 avril 1997²⁷³ (ci-après le règlement de 1997) pour réguler les affaires hongkongaises. Ce règlement se démarque du règlement de 1992. En comparaison avec ce dernier, le règlement de 1997 a opté, de manière générale, pour une position plus ouverte qu'en 1992²⁷⁴.

B. La complexité des relations sino-taïwanaises

Les relations sino-taïwanaises se heurtent à différents obstacles. Elles soulèvent notamment des questions constitutionnelles, car il s'agit au premier chef d'un problème de territoire. Pour l'instant, les juristes taïwanais n'ont pas encore défini en quoi consiste *le territoire traditionnel* en vertu de l'article 4 de la Constitution de la République de Chine. Il s'agit ensuite d'un problème de nationalité. Si l'on considère que les continentaux possèdent aussi la nationalité de la République de Chine, l'application d'une discrimination est contre le principe d'égalité en droit des citoyens, mentionné dans la Constitution.

²⁷² D'ailleurs, le Dollar de Hongkong continue à être librement convertible. Le gouvernement chinois n'institue aucun contrôle sur les taux de change. C. GUERASSIMOFF, *op. cit.*, p.1014.

²⁷³ Amendé le 29 octobre 2003, voir <http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDAT10.asp> (dernière visite le 2 juillet 2006)

²⁷⁴ En vertu de l'article 38 du règlement de 1997, les affaires civiles hongkongaises doivent être réglées par analogie au règlement de 1992. Si le règlement de 1992 ne comporte aucune indication, il faut appliquer la loi ayant le lien le plus étroit.

L'article 4 de la Constitution de la République de Chine stipule à ce sujet qu' : « *En ce qui concerne l'étendue du territoire de la République de Chine, il faut se baser sur le territoire traditionnel. La définition du territoire traditionnel doit être précisée par une résolution de l'Assemblée nationale (Guo-Min-Da-Hui).* » À ce sujet, on peut se demander si le juge taïwanais est compétent en matière d'affaires civiles sur le continent chinois, et s'il reconnaît l'effet de la jurisprudence de la R.P.C. Ces questions concernent principalement la définition du territoire de la R.C. Le Conseil des grands juges a donc rendu un avis en interprétation (*Shih*) N°328 le 26 novembre 1993 sur ce point, qui indique que : « *L'article 4 de la Constitution de la République de Chine ne désigne pas précisément les territoires concernés, il indique seulement le sens général du terme en mentionnant 'le territoire traditionnel' ; la procédure à suivre quant à la modification de l'étendue du territoire dépend effectivement de raisons politiques et historiques. La délimitation du territoire est une question politique grave, qui ne doit pas être traitée par le pouvoir judiciaire, c'est pourquoi l'organe judiciaire ne peut donner aucune interprétation à ce sujet* »²⁷⁵.

Ainsi, d'après cet avis, la question a été renvoyée à l'Assemblée nationale (*Guo-Min-Da-Hui*), mais cette dernière n'a adopté aucune résolution relative à cette question. De plus, en vertu de l'article 1^{er} de l'amendement à la Constitution du 25 avril 2000, l'Assemblée nationale a perdu son pouvoir de rendre une résolution à ce sujet²⁷⁶. Cette question constitutionnelle reste donc en suspens.

Toutefois, les juristes taïwanais tentent de se détourner du problème. Le professeur Rong-Chawn Chen maintient dans ce sens qu'en matière de compétence judiciaire, les relations sino-taïwanaises doivent être soumises à un règlement spécial plutôt qu'au droit international privé taïwanais²⁷⁷.

²⁷⁵ C.-L. HSU, La Constitution et l'État de droit, *Yuan-Chao*, 1999, p.41-45. ; C.-L. LI, La limite politique à la révision judiciaire : les débuts de la doctrine américaine de la « question politique », *RSHJ*, V.9 n°4, 1997, p.101 ; C.-C. CHEN, L'analyse des termes juridiques : une question politique, donnée sur Internet : <http://www.lawformosa.com/tforum/viewtopic.php?TopicID=179> (dernière visite le 5 juillet 2006)

²⁷⁶ L'article premier précise que les articles 4 et 174 ne s'appliquent pas, et que les articles 24 à 34 concernant l'Assemblée nationale, ainsi que l'article 135 de la constitution, sont abrogés.

²⁷⁷ Comme Bartin, en ce qui concerne la question de la compétence en droit international privé, les juristes taïwanais dissocient la compétence législative et la compétence judiciaire. Les affaires sino-taïwanaises ont un caractère spécial, car en droit la République de Chine a la souveraineté sur le territoire du continent chinois. Les affaires sino-taïwanaises ne sont donc pas *internationales* au sens juridique. R.-C. CHEN, A Boat on a Trouble Strait : The Interregional Private Law of the Republic

Sur la question de l'effet de la jurisprudence chinoise, il existe deux hypothèses : si le jugement est rendu par un tribunal hongkongais, il faut appliquer l'article 402 du code de procédure civile taïwanais²⁷⁸; si le jugement est rendu par un tribunal de la R.P.C., c'est l'article 74 du règlement de 1992 qui doit s'appliquer. Selon cette dernière hypothèse, il faut demander l'exequatur au juge taïwanais, et sous le contrôle de la justice de la *région* taïwanaise. Nous pouvons clairement mesurer les implications de cette interprétation : c'est notamment pour préserver l'ordre social actuel à Taïwan, qu'une concession a exceptionnellement été faite à l'ordre public sur le principe de monogamie.

Quant à la question de la nationalité, elle demeure elle aussi en suspens. Si l'on considère que la République de Chine a la souveraineté sur le continent chinois, il faut alors accorder aux Chinois la nationalité de la R.C. Mais cela cause un problème : il est alors difficile d'expliquer pourquoi la population chinoise du continent a la nationalité de la République de Chine, mais ne peut librement entrer à Taïwan. Puisque la Constitution de la R.C. protège le droit à la libre circulation des citoyens, de ce point de vue, l'interdiction à la population de la Chine continentale d'entrer à Taïwan peut être considérée comme une violation du principe d'égalité en droit des citoyens, mentionné dans la Constitution.

Du point de vue de la Chine, les affaires sur les deux rives du détroit sont qualifiées d'affaires *nationales*. Si le règlement retient la nationalité comme critère de rattachement principal pour résoudre les affaires sino-taïwanaises, cela revient à appliquer la loi chinoise. Bien entendu, cette solution ne peut pas être acceptée par le législateur taïwanais. Il faut donc chercher un autre critère de rattachement pour remplacer la nationalité²⁷⁹.

of China on Taïwan, *op. cit.*, p. 608-609.

²⁷⁸ En vertu de l'article 38 du règlement de 1997, qui s'applique par analogie à l'article 31 de la loi de 1953, « en matière d'extranéité, en cas d'absence de disposition appropriée dans ce règlement, il faut appliquer les règles spéciales pertinentes. S'il n'existe aucune règle spéciale en la matière, il faut appliquer les principes généraux du droit. » Les juristes taïwanais estiment en l'occurrence qu'il faut appliquer par analogie l'article 420 du code de procédure civile, relatif aux conditions de reconnaissance de l'effet du jugement étranger.

²⁷⁹ Le problème de la nationalité dérange aussi les États tiers. Par exemple, au Japon, la jurisprudence japonaise a exprimé diverses opinions à ce sujet. Quel est le *droit chinois* ? Celui de Taïwan (Formose) ou celui de Pékin ? Les juges japonais font appel à divers critères. J. VERHOEVEN, Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation, *RCADI*, t. 192, 1985, p. 9, au p.113.

On peut aussi constater la même difficulté dans l'article 67 du règlement de 1992, qui indique que « *lorsque la succession se situe dans la région taïwanaise et que le successeur vient de la Chine continentale, le montant de la succession ne peut pas dépasser la limite de deux millions de Nouveaux Dollars Taïwanais (NDT)* »²⁸⁰. Puisque cette mesure ne vise que les successeurs venant de la région continentale, cette disposition discriminatoire n'est pas conforme au principe d'égalité en droit de l'article 7 de la Constitution de la République de Chine.

Il est à noter que le règlement de 1992 est, par rapport à la loi de 1953, une loi spéciale. Ce règlement a deux objectifs pratiques : décriper la tension entre Taïwan et la Chine, qui ne s'est jamais relâchée au cours du dernier demi-siècle ; et apaiser les revendications nationales, car les relations sino-taïwanaises restent mêlées au sentiment national, parfois à l'inquiétude liée à la sécurité nationale. C'est pourquoi le règlement de 1992 privilégie la méthode bilatérale à la méthode unilatérale.

Considérant la spécificité des relations sino-taïwanaises, le règlement de 1992 préconise l'utilisation de la méthode unilatérale dans certains cas, de manière proportionnée, tel que le stipule l'article 41 : « *en ce qui concerne les affaires civiles entre la région taïwanaise et la région continentale, sous réserve de dispositions spéciales dans ce règlement, c'est la loi de la région taïwanaise qui s'applique.* » De la même façon, l'article 52 précise qu'« *en ce qui concerne les conditions de divorce pour faute, il faut appliquer la loi de la région taïwanaise.* » Par ailleurs, à propos de l'effet du mariage ou du divorce, l'article 53 stipule que si l'une des parties est Taïwanaise, il faut appliquer la loi de la région taïwanaise.

Deux raisons expliquent l'adoption de la méthode unilatérale dans les affaires sino-taïwanaises : d'une part, l'effectivité de la loi de la République de Chine est limitée au territoire taïwanais, et ne couvre pas la Chine entière. Il n'existe en effet aucun accord ou traité bilatéral entre les deux gouvernements concernant les affaires sino-taïwanaises. D'autre part, les deux gouvernements ne sont pas parvenus à s'entendre sur la question de la souveraineté, aucun des deux ne consent à

²⁸⁰ Toutefois, cette limitation ne s'applique pas aux hongkongais en vertu de l'article 31 du règlement de 1997.

reconnaître la souveraineté de l'autre. Cette situation a inévitablement conduit les législateurs taïwanais à opter pour la méthode unilatérale de manière à sauvegarder les intérêts de la population taïwanaise²⁸¹.

La question du mariage *polygame* dans les affaires sino-taïwanaises est une autre épine dans les relations entre la Chine et Taïwan. L'origine de ce problème remonte à la guerre civile chinoise dans les années quarante. Un cas de jurisprudence nous aidera à expliquer la nature du problème : un Chinois X épouse une Chinoise Y avant 1949, puis quitte le Continent chinois et sa femme Y, à cause de la guerre civile, puis s'installe à Taïwan. Après plusieurs années, X épouse une Taïwanaise Z à Taipei. En 1986, la première épouse Y remet en cause la validité du second mariage auprès d'un tribunal taïwanais, en vertu de l'article 992 du Code civil de la R.C. Cette question est ensuite soumise au Conseil des grands juges, sur laquelle ils se prononcent dans l'avis en interprétation (*Shih*) N° 242 : la séparation de X et Y est la conséquence *d'une tragédie nationale*. Le second mariage est valide et doit donc être considéré comme un cas exceptionnel²⁸². Nous pouvons clairement mesurer les implications de cette interprétation : c'est pour préserver l'ordre social actuel à Taïwan que les pouvoirs publics ont accepté de déroger au principe de la monogamie²⁸³.

²⁸¹ R.-C. CHEN, *A Boat on a Trouble Strait : The Interregional Private Law of the Republic of China on Taiwan*, *op. cit.*, p. 638.

²⁸² En ce qui concerne cette interprétation, voir (dernière visite : le 5 juillet 2006)

<http://law.moj.gov.tw/Scripts/Query1B.asp?no=2D242>

²⁸³ À notre avis, cette dérogation n'est pas assimilable à l'hypothèse de l'*effet atténué de l'ordre public*. En l'espèce, en effet, les lois des deux *régions* s'accordent unanimement sur le principe de la monogamie. Le demandeur a prétendu que le second mariage était invalide plutôt que le premier. Autrement dit, il s'agit de l'effet du droit acquis dans la région taïwanaise (le lieu du for) plutôt que dans la région continentale (lieu étranger). Cela ne correspond pas aux circonstances prescrites dans l'hypothèse de l'effet atténué de l'ordre public.

§ 2 L'influence des tendances de la législation du droit international privé sur la doctrine taïwanaise

Comme nous l'avons montré précédemment, le règlement de l'OMC joue un rôle important en matière de droit économique national. L'influence de l'organisation internationale sur la doctrine du droit international privé taïwanais peut être observée, en particulier, dans le domaine du droit du commerce international. De nos jours, il est de plus en plus difficile de tracer la frontière entre le droit international privé et le droit du commerce international. Le mécanisme établi par l'OMC impose non seulement l'obligation de produire un résultat, mais encore de modifier complètement le droit interne des États membres²⁸⁴.

Dans d'autres domaines, nous pouvons aussi constater que l'action du droit international a une forte influence sur la doctrine du droit international privé taïwanais (A). Cela encourage les internationalistes taïwanais à étendre leur domaine d'étude, de manière à faire face aux nouvelles matières du droit international privé. En même temps, le mouvement de codification nationale du droit international privé conduit aussi les internationalistes taïwanais à repenser la nouvelle structure du droit international privé. Il convient donc d'étudier l'influence de ces législations nationales sur la doctrine taïwanaise (B).

A. La législation internationale

En ce qui concerne les sources du droit international privé, comme les professeurs Pierre Mayer et Vincent Heuzé l'ont indiqué, « *le mot « international », dans l'expression « droit international privé », fait référence à l'objet de ce droit, non*

²⁸⁴ Aux États-Unis, le *Antidumping Act of 1916* et l'arrêt *Japan-Measure Affecting Consumer photographic Film and Paper*. P. MENGOZZI, *Private International Law and the WTO Law*, *RCADI*, t. 292, 2001, p.263, spec. p.265.

à ses sources »²⁸⁵. En effet, il n'existe pas aujourd'hui d'autorité supranationale élaborant un droit international privé commun. Et le droit international public joue un rôle assez modeste en termes de sources du droit international privé, même si l'évolution de la législation internationale s'est développée depuis le XIXe siècle.

La législation internationale – si cette expression peut être utilisée *largo sensu* – est principalement élaborée à partir de conventions internationales. En concluant des traités ou des conventions internationales, les États adoptent les mêmes règles de manière à réduire les risques de conflit entre les systèmes de droit. Du point de vue fonctionnel, ces conventions ont non seulement le caractère d'un droit spécial pour les États contractants, mais leurs effets ont aussi une influence sur les États tiers. Il s'agit bien *de facto* d'une législation *internationale*. Ainsi, même si Taïwan n'est pas partie aux conventions internationales à cause du débat concernant sa personnalité juridique internationale, les internationalistes taïwanais ont mené des recherches sur ces législations internationales. Car cette législation s'intéresse à la concurrence internationale, et a pour effet de réguler les transactions internationales de nos jours. Les conventions de la Conférence de La Haye sont les plus citées dans les œuvres en la matière par les internationalistes taïwanais²⁸⁶. Il existe différentes motivations les conduisant à étudier ces conventions.

Premièrement, les États participant à la conférence de La Haye sont de plus en plus nombreux. Grâce à la méthode bilatérale, il est tout à fait possible d'appliquer la règle proposée par cette conférence. Ainsi, pour les internationalistes taïwanais, il est nécessaire de mener des recherches sur ces conventions dans le but de résoudre les litiges internationaux en accord avec le droit international. Deuxièmement, l'article 30 de la loi de 1953 dispose qu'« en matière d'extranéité, en cas d'absence de disposition appropriée dans ce règlement, il faut appliquer les règles spéciales

²⁸⁵ P. MAYER et V. HEUZÉ, n° 25, p.17.

²⁸⁶ W.-H. WU, The Hague Convention on Private International Law : Focus on the Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, 1978, CLR n°70, p 205; S. HO, Traité de droit international privé, San-Ming, 2éd., 1984, pp. 18-20 ; M.-R. TSENG-CHEN, La recherche de la Conférence de La Haye, NTULR v.23 n°1, 1995, p.259 ; T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, op. cit., pp. 64-69 ; H.-P. MA, Droit international privé, 2004, pp. 48-50 ; Z.-T. KO, Droit international privé, Yaung-Chao, 2éd., 2004, p.47 ; C.-C. HSU, Trusts Conflicts Rule of Hague Trusts Convention, Mélange d'actes de conférence des deux rives du détroit de Taïwan t.2, 2005, pp. 29-61.

pertinentes. S'il n'existe aucune règle spéciale en la matière, il faut appliquer les principes généraux du droit.» D'après cet article, lorsque le juge taïwanais rencontre un type de litige qui n'est pas prévu par la loi de 1953, il peut appliquer les dispositions des conventions de La Haye comme un principe général de droit. C'est pourquoi la recherche sur ces conventions est nécessaire afin de connaître justement les règles proposées²⁸⁷. Enfin, la convention de La Haye est également une référence importante pour le législateur taïwanais. À ce sujet, la *Commission de révision de la loi de 1953*, organisée par le Yuan judiciaire²⁸⁸ en octobre 1998, a tenu sa huitième conférence le 10 août 2001 en concluant, à propos du problème de la reconnaissance de l'effet du jugement étranger, qu'il fallait prendre en compte le rapport sur *La compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale* de 1997 comme une référence importante pour la révision à l'avenir²⁸⁹.

La conférence de La Haye a une forte influence sur la doctrine du droit international privé taïwanais. D'un côté, le rapport de cette conférence et ses conventions attirent généralement l'attention des internationalistes taïwanais pour tous les sujets actuellement débattus, comme le commerce électronique, la reconnaissance et la sanction du jugement étranger, ou encore le *trust*. Ces sujets variés incitent les internationalistes taïwanais à approfondir ces domaines d'étude, et à adopter la même solution de manière à réduire les risques de conflit entre les systèmes de droit. D'un autre côté, lorsqu'il existe un consensus sur un sujet précis, les internationalistes taïwanais (en particulier certaines doctrines) l'adoptent pour traduire ou exprimer la *valeur prédominante* dans la société internationale moderne²⁹⁰.

²⁸⁷ W.- H. WU, op. cit., p.207.

²⁸⁸ Il dirige l'appareil judiciaire national et traite tous les cas relevant du droit civil, pénal et administratif. Il est également responsable de la discipline au sein de la fonction publique. Il est composé de 15 grands juges nommés par le président de la république avec approbation du Yuan législatif.

²⁸⁹ *Judicial Weekly (Taiwan)*, n°1044, publié par le Yuan judiciaire, le 15 août 2001.

²⁹⁰ Ces valeurs prédominantes *de facto* ont souvent été accentuées pour étayer les nouvelles théories qui s'opposent aux théories traditionnelles. Voir dans la seconde partie, titre 2 et suivant de cette thèse.

En dehors de la conférence de La Haye, les internationalistes taiwanais s'inspirent aussi d'autres travaux d'organisations et de conventions internationales, comme la Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle, la Convention de Berne de 1886 pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, les règles de la Chambre de commerce internationale (*ICC*), ou encore la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles²⁹¹. Taïwan en tant que tel est partie à plusieurs conventions internationales, telles que la Convention de New York sur la déclaration du décès de personnes disparues (6 avril 1950), la Convention de New York sur le recouvrement des aliments à l'étranger (20 juin 1956), ou encore la Convention de la Haye relative aux conflits de lois sur la nationalité (12 avril 1930).

En somme, la législation internationale procure non seulement une vision nouvelle aux internationalistes taiwanais, mais elle indique aussi l'orientation à donner à la recherche, renouvelant le visage de la doctrine classique du droit international privé. Le domaine d'étude du droit international privé est plus variable que par le passé à cause du changement important du contexte international. L'approche traditionnelle ne permet pas de donner une solution appropriée à ces nouveaux problèmes internationaux. Il apparaît donc, dans le système juridique moderne de Taïwan, une tendance inexorable à l'appréhension du droit international privé comme une discipline mixte.

B. Le mouvement de codification du droit international privé

Depuis les années soixante, un mouvement général de codification du droit international privé s'est engagé dans le monde. Ce mouvement a commencé avec les Etats de l'Europe de l'Est²⁹², puis a atteint la plupart des Etats de l'Europe

²⁹¹ 80/934/CEE ; Journal officiel n° L 266 du 09/10/1980 p. 0001 – 0019.

²⁹² La Tchécoslovaquie, avec la loi du 4 déc. 1963 ; la Pologne, avec la loi du 12 nov. 1965 ; l'Allemagne, avec la loi du 5 déc. 1975, du 25 juillet 1986, et du 21 mai 1999 ; la Hongrie, avec le décret-loi du 31 mai 1974 ; la Yougoslavie, avec la loi du 15 juillet 1982 ; la Turquie, avec la loi du 20 mai 1982 ; la Roumanie, avec la loi du 29 sept. 1992.

occidentale²⁹³, du continent nord-américain, de l'Asie²⁹⁴ et de l'Afrique²⁹⁵.

D'après le professeur Muir Watt, trois raisons expliquent la participation de ces États au mouvement de codification du droit international privé. La première est que la codification est « *l'expression d'une volonté politique d'affirmer une indépendance nouvellement acquise ou d'asseoir un régime économique ou ordre social nouveau* ». La deuxième est « *pour mettre de l'ordre, notamment lorsque l'état du droit positif est obscur ou chaotique du fait de pratiques divergentes des tribunaux ou de la pluralité des sources* ». Et la troisième est pour « *mettre à jour. C'est le cas de pays déjà pourvus de codes anciens, devenus désuets notamment en raison de l'emprise du droit constitutionnel, lui-même changeant, sur le droit privé* »²⁹⁶.

L'argumentation du professeur Muir Watt est pertinente. La raison principale de la participation au mouvement de codification est en fait très pratique. M. Jean-Yves Carlier précise à ce sujet que le motif de la codification en Belgique est dû à la complexité du droit international privé, et car « *le praticien a besoin pour répondre à ses questions d'un guide et non d'échos multiples entre lois, jurisprudences et doctrines* »²⁹⁷. Autrement dit, la codification peut écarter le risque d'imprévisibilité et simplifier la procédure d'application du droit. La codification apporte plus de certitude aux juristes nationaux, et permet aussi aux tribunaux étrangers de mieux l'appréhender. L'étude du droit comparé est ainsi nécessaire pour les internationalistes.

²⁹³ Le Portugal, Code civil, révisé D.-L. Le 25 nov. 1966 et le 25 nov. 1977 ; l'Espagne, avec le décret-loi du 31 mai 1974, et la loi du 7 juillet 1981 ; l'Autriche, avec la loi du 15 juin 1978 ; la Suisse, avec la loi du 18 déc. 1987 ; l'Italie, avec la loi du 31 mai 1995 ; le Liechtenstein, avec les lois du 19 sept. et du 30 oct. 1996 ; la Belgique, avec la loi du 1er oct. 2004.

²⁹⁴ La Corée du Sud, avec la loi du 15 janvier 1962 sur le droit international privé, et la loi n°6465 du 7 avril 2001 ; le Japon, avec le projet de droit en 1995 ; le Vietnam, avec la loi du 28 oct. 1995 ; la Chine, Code civil en 1986.

²⁹⁵ Le Sénégal, disposition finale du code de la famille, porté par la loi n° 72-61 du 12 juin 1972. F. RIGAUX, La méthode des conflits de lois dans les codifications de la dernière décennie, RCDIP, 1985, p.1 ; P. LAGARDE, Sur la non-codification du droit international privé français, 25 *Syracuse J. Int'L. & Com.*, 1988, p.45.

²⁹⁶ H. MUIR WATT, La codification en droit international privé, *Droits*, 27, 1998, p.149, spec. p.152.

²⁹⁷ J.-Y. CARLIER, Le Code belge de droit international privé, RCDIP, 1994, 2005, p.11, spec. P.17.

En effet, le nombre d'études en droit comparé sur le droit international privé s'est accru dans les dernières années à Taïwan²⁹⁸. À travers l'analyse des législations nationales, nous constatons que la tendance à la codification du droit international privé contribue en fait à étendre son domaine d'application. Ainsi, certains internationalistes taïwanais s'accordent à penser que la vocation du droit international privé ne se limite plus à résoudre le problème du conflit de lois. D'autres matières comme le conflit de juridictions, les conventions en matière de commerce ou d'affaires internationales, ou encore la *lex mercatoria* doivent également être prises en compte dans le nouveau système du droit international privé²⁹⁹.

Pour la plupart des internationalistes taïwanais, la structure du Code suisse, contenant à la fois les règles de conflit de lois et de juridictions, est un modèle de codification moderne du droit international privé. La *Loi relative au modèle du droit international privé de la République populaire de Chine* et le Code belge de droit international privé en ont adopté la même structure³⁰⁰. Certains internationalistes taïwanais préconisent dans ce sens que la révision de la loi de 1953 suive le même mouvement de codification³⁰¹.

²⁹⁸ La présentation du Code autrichien de droit international privé, L.-S. CHEN, Droit international privé comparé, pp. 179-384 ; Le Code allemand, L.-K. LAI, Le nouveau droit international privé allemand en 1999, *LM v. 51 n°4*, 2000, p. 43 ; C.-C. LIU, Le nouveau droit international privé allemand en 1986, in *Les essais du droit international privé*, Wu-Nan, 1988, pp.115-169 ; S.-L. JAN, Les révisions du Code civil allemand en matière de droit international privé, *FLR*, n°36, 1987, pp.12-19 ; le Code suisse, T.-C. LIU, Le Code suisse de droit international privé, *Shan-Ming*, 1991 ; le Code de la Roumanie et de l'Italie, L.-K. LAI, Les nouveaux documents du droit international privé, in *Mélanges Tei-Chen Liu, Shuei-Lin*, 1998, pp. 379-471 ; E.-W. LIN, Réflexion sur la théorie de la compétence internationale et la codification du droit international privé : l'exemple du nouveau Code belge de droit international privé, *PELJ*, V.4 ; 2005, p.169-217.

²⁹⁹ L.-K. LAI, Le nouveau droit international privé allemand en 1999, *op. cit.*, p.55 ; K.-P. WU, La nouvelle tendance du droit international privé, *RDM v.48*, 2002, p.20

³⁰⁰ M. VERWILGHEN, Vers un Code belge de droit international privé, *TCFDIP*, éd. A. Pédone, Paris, 2001, p.123.

³⁰¹ L.-K. LAI, Le nouveau droit international privé allemand en 1999, *op. cit.*, p.54 ; R.-C. CHEN, Propositions et tendance en faveur de l'amendement de la loi de 1953, *Collection des actes de conférences des deux rives du détroit de Taïwan t.1*, 2005, pp.1-31 ; C.-V. WANG, La nouvelle tendance en faveur de l'amendement de la loi de 1953 : une perspective générale, *Collection des actes de conférences des deux rives du détroit de Taïwan t.1*, 2005, pp.67-77.

Le rapport de droit étant de plus en plus complexe dans la société moderne, le professeur Chi-Ven Wang propose que la révision de la loi de 1953 précise la nouvelle conception du droit afin de refléter l'esprit du droit civil moderne et de réorganiser le nouveau système de droit privé³⁰². Or, la nouvelle loi ne doit pas seulement énoncer des grands principes de droit international privé, elle doit définir de manière précise les différentes catégories de droit³⁰³.

Par ailleurs, d'après l'analyse en droit comparé sur le droit international privé, nous constatons que la théorie américaine du lien le plus pertinent (*the most significant relationship*) a été généralement adoptée au cours de ce mouvement de codification du droit international privé. L'idée ancienne qui distinguait la justice de droit international privé et celle de droit matériel a été progressivement reléguée³⁰⁴. La nouvelle pensée de la doctrine du droit international privé ne peut pas revendiquer une *neutralité* sans égards pour la valeur ou la justice dans le droit matériel. C'est la tendance visant à fusionner le droit international privé avec d'autres disciplines juridiques, qui s'affirme aujourd'hui comme le courant principal dans la doctrine taïwanaise du droit international privé.

Au terme de cette analyse sur l'évolution du droit international privé, on ne peut s'empêcher de remarquer son nouveau visage. Aujourd'hui, les internationalistes taïwanais sont conscients des carences de la doctrine traditionnelle du droit international privé, dans leur effort de réflexion sur la fonction du droit international

³⁰² Dans le chapitre 2, le Code civil taïwanais mentionne 24 types de contrat. En même temps, de l'article 184 à l'article 198 du Code civil taïwanais, le législateur taïwanais classe aussi les différents types de délit. Pourtant cette technique législative n'existait pas dans la loi de 1953.

³⁰³ C.-V. WANG, La nouvelle tendance en faveur de l'amendement de la loi de 1953 : une perspective générale, *op. cit.*, p.30 ; C.-V. WANG, La révision de la loi de 1953, *HKLR n°31*, 2004, pp.1-46 ; C.-V. WANG, La codification du droit international privé, in *Les essais du droit international privé*, Wu-Nan, 1988, p.87.

³⁰⁴ M. Andréas Bucher l'explique clairement, « *le droit international privé est ainsi isolé du droit matériel, chacun de ces deux domaines suivant une justice différente, de sorte que les règles de conflit, dans leur conception dogmatique tout au moins, sont coupées de considérations se référant au droit matériel ; on écarte en conséquence toute démarche dont le but consiste à dégager directement du droit matériel le domaine d'application dans l'espace nécessaire à la réalisation de ses objectifs* ». A. BUCHER, Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes, *op. cit.*, p. 224.

privé dans le système de droit privé national. Le droit international privé est souvent considéré comme l'un des instruments juridiques de l'État. Les internationalistes taiwanais prennent une position plus pragmatique que par le passé, considérant que la structure du droit international privé doit se diriger vers un grand système, à savoir le macro-droit international privé. Ainsi, sous l'influence de cette tendance, le domaine d'étude de la doctrine taiwanaise du droit international privé est plus vaste que par le passé.

SECONDE PARTIE

LA METHODOLOGIE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE A TRAVERS LES SOURCES DOCTRINALES

Bien que l'élargissement du domaine d'étude du droit international privé soit une tendance amorcée au cours des dernières années, le conflit de lois demeure le centre d'étude principal de la doctrine taïwanaise. En effet, il existe à Taïwan des lacunes dans la recherche sur le problème du conflit de lois. Ces lacunes trouvent leur origine dans l'histoire de Taïwan : sous l'autorité de la Chine et du Japon pendant soixante ans, les conditions d'étude du droit international privé étaient très strictes au début du XX^e siècle. Il fallut attendre la fin des années quarante pour que l'étude du droit international privé contemporain débute enfin.

Par rapport aux pays occidentaux, l'évolution de la méthodologie dans la doctrine taïwanaise du droit international privé a été rapide. Et dans une certaine mesure, le développement de la méthodologie du droit international privé taïwanais reflète la vitesse de la métamorphose de la société taïwanaise. Au cours du processus de modernisation du système juridique, les juristes taïwanais ont, comme la plupart des juristes des pays en développement, pris pour modèle les doctrines et les législations des grands États industrialisés, gages d'efficacité et d'autorité, plutôt que de créer un nouveau système de droit. Ce choix explique l'influence considérable des sources doctrinales étrangères sur la doctrine taïwanaise. Nous nous pencherons donc sur les sources principales : tout d'abord la doctrine japonaise, puis les doctrines d'Europe continentale de l'Ouest, enfin, les doctrines anglo-américaines (Titre I).

Depuis les années quatre-vingt, la doctrine taïwanaise du droit international privé est entrée dans une nouvelle phase. Les internationalistes taïwanais ont commencé à développer un point de vue critique sur la théorie classique du droit international privé, en particulier sur la méthode à utiliser dans le cadre du conflit de lois. Ils ne se sont plus seulement contentés d'adopter les doctrines des pays occidentaux, ils ont élaboré et établi un nouveau fondement très différent de la théorie traditionnelle. Si, dans ce domaine, une *révolution* a eu lieu aux Etats-Unis, une autre s'est déroulée à Taïwan. C'est pourquoi les études ayant trait à la méthodologie dans la théorie taïwanaise du droit international privé sont très variées (Titre II).

Titre I La méthodologie du droit international privé selon les sources doctrinales étrangères

La théorie générale du droit international privé taïwanais s'est largement inspirée des théories en la matière des grands États occidentaux. À tel point qu'au cours des premières années d'étude et d'intégration de ces théories, la structure des ouvrages de droit international privé taïwanais était presque identique à celle des ouvrages étrangers³⁰⁵.

En matière de droit positif, la législation taïwanaise a aussi été influencée par les doctrines étrangères. À cet égard le *décret sur la loi applicable dans le domaine des relations juridiques internationales de 1918* (ci-après le décret de 1918), promulgué le 6 août 1918 par le gouvernement de Pékin et entré en vigueur le même jour, s'est principalement inspiré des doctrines allemande et japonaise. Il contenait vingt-sept articles, répartis en sept chapitres consacrés à des règles de conflits. Quant à la loi de 1953, elle est manifestement le produit de la synthèse de différentes doctrines étrangères, en particulier des doctrines allemande et japonaise³⁰⁶.

De manière générale, nous avons retenu deux critères d'analyse de l'influence des doctrines étrangères sur la doctrine taïwanaise du droit international privé : un critère de forme, avec le critère géographique qui permet d'identifier les doctrines étrangères en fonction de leur origine (Chapitre 1) ; et un critère de fond, sur le degré d'intégration des doctrines étrangères, car ce n'est pas sans réserve que les internationalistes taïwanais ont importé ces doctrines. Nous utiliserons donc le critère d'intensité dans notre deuxième analyse, de manière à comparer la nature de l'influence sur la doctrine taïwanaise du droit international privé des différentes théories étrangères en matière de méthodologie (Chapitre 2).

³⁰⁵ Ces ouvrages ont reproduit pour l'essentiel la structure des livres étrangers, comme par exemple C. CHAI, *Droit international privé (précis)*, *Chen-Chung*, 1959 (la structure de la doctrine continentale) ; D.-L. CHOU, *Nouvelle théorie du droit international privé*, *Chung-Hwa*, 1931 (la structure de la doctrine continentale) ; C. LU, *Théorie et Pratique du droit international privé*, *Shanghai-Chung-Hwa*, 1934 (la structure de la doctrine anglo-américaine) ; C.-S. TANG, *Droit international privé*, *Shan-Wu*, 1930 (la structure de la doctrine continentale) ; et Y.-Y. WANG, *Droit international privé*, *Shan-Wu*, 1932 (la structure de la doctrine continentale).

³⁰⁶ H.-P. MA, *Private International Law of the Republic of China : Past, Present and the Future*, *T.M.C. Asser Press, The Hague*, p.413, spec. p.417.

Chapitre I. Le critère géographique de présentation des sources doctrinales étrangères

Le fondement de la doctrine taïwanaise du droit international privé a principalement été établi par les internationalistes chinois dans les années quarante. Ces internationalistes chinois ont eu leur propre expérience d'études à l'étranger, qui ont aussi conditionné leur positionnement par rapport aux diverses doctrines des différents pays.

Il convient de souligner à cet égard deux grands courants de pensée, en particulier, qui ont eu une influence conséquente sur la doctrine taïwanaise du droit international privé : la pensée asiatique avec une influence directe des doctrines chinoises et japonaises (Section 1) ; la pensée occidentale avec une influence indirecte des doctrines d'Europe continentale de l'Ouest dans un premier temps, telles que les doctrines française et allemande, puis dans un deuxième temps des doctrines novatrices anglo-américaines, sur la méthodologie du droit international privé (section 2).

Section 1. Les auteurs asiatiques

Dans l'histoire contemporaine, l'ouverture de l'ère Meiji en 1868 au Japon est un événement crucial en Asie. C'est à la suite de ce bouleversement historique que la compétition entre les pays d'Extrême-Orient, en particulier la Chine et le Japon, s'est intensifiée sur le plan de la politique internationale, mais aussi sur les plans militaire, économique et juridique.

À la fin du XIX^e siècle, le gouvernement japonais a mené à terme son processus de codification en se référant au système juridique d'Europe continentale³⁰⁷. En 1912, après la révolution chinoise qui a renversé l'Empire Qing, la République de Chine est instaurée, c'est alors que les doctrines et la pensée juridiques japonaises ont été introduites en Chine par les juristes chinois-japonais.

³⁰⁷ Le processus de codification a conduit à l'élaboration de Six Codes : la Constitution, le Code civil, le Code pénal, le Code de procédure civile, le Code de procédure pénale, et certains droits administratifs. T.-S. WANG, La réception du droit à Taïwan et le développement du droit en Extrême-Orient, *TBJ* n°3, 2005, pp.3-15.

Dès lors, le droit japonais et le droit chinois ont, ensemble, été inspirés par les doctrines d'Europe continentale pendant les premières décennies du XX^e siècle. À l'époque, les sources de droit de ces deux pays étaient presque identiques.

Compte tenu du contexte historique, la doctrine taïwanaise du droit international privé n'a pu éviter l'intervention des ces deux puissances asiatiques. Une présentation de la doctrine de ces deux États s'avère donc nécessaire. Nous nous intéresserons tout d'abord à la doctrine chinoise (§1), puis à la doctrine japonaise (§2).

§ 1 La Chine

De manière générale, l'évolution de la doctrine chinoise du droit international privé a connu deux phases. La première phase a commencé avec l'instauration de la République de Chine en 1912. Au cours de cette période, les internationalistes chinois ont introduit un grand nombre de théories étrangères de droit international privé. Malheureusement, coup après coup la guerre civile puis la guerre sino-japonaise ont interrompu ces travaux. Après la deuxième guerre mondiale, la guerre civile entre les nationalistes et les communistes a aggravé la situation. Aussi, des années trente aux années quarante, la recherche en droit international privé en Chine a-t-elle été quasiment suspendue.

En 1946, des internationalistes chinois sont partis les uns après les autres se réfugier à Taïwan. Ils ont apporté avec eux les doctrines chinoises qui ont permis d'établir le fondement de la doctrine taïwanaise du droit international privé (A). En 1949, est instaurée la République populaire de Chine. La recherche en droit international privé en Chine n'a repris qu'en 1978 à cause de facteurs politiques³⁰⁸. La deuxième phase de développement de la doctrine chinoise s'est alors ouverte dans les années quatre-vingt, rayonnant à nouveau sur la recherche en droit

³⁰⁸ La politique d'ouverture chinoise a été amorcée en 1978 par Deng Xiaoping. Cette politique a été poursuivie après sa mort par « la direction collégiale sous le leadership de Jiang Zemin ». La réforme économique a eu un rôle majeur dans la politique d'ouverture. Le droit a ainsi été considéré comme un instrument au service du développement économique. C'est pourquoi depuis les années quatre-vingt, la recherche en droit a progressé rapidement en Chine. X.-Y. LI-KOTOVTCHIKHINE, Le nouveau droit chinois des contrats internationaux, *JDI*, 2002, p.113 ; J. HUANG, Droit international privé chinois, *San-Lian*, Hongkong, 1997, p.40.

international privé à Taïwan (B).

A. Avant 1978

Jadis, il existait en Chine un ensemble de règles régissant le conflit de lois : le Code *Yong-Hui* élaboré au cours de la dynastie Tang (618-907). Ce code prévoyait que le litige entre des étrangers venant de tribus différentes devait être résolu selon la loi ou la coutume locale. Cependant, les règles et les méthodes de ce code n'ont pas été transmises aux dynasties suivantes. Dans la conception des anciens juristes chinois, la Chine était et avait toujours été le centre du monde, et c'est notamment grâce à son avantage géostratégique qu'elle est demeurée la première puissance en Asie au Moyen âge. Le *système du tribut* était ainsi le seul droit de *l'Ordre mondial chinois*³⁰⁹. Pour les juristes chinois, à cette époque, le *système du tribut* était non seulement la règle fondamentale de la Chine, mais il avait aussi une fonction politique, économique et commerciale.

D'un côté, l'expansion impérialiste des pays occidentaux a incité la Chine à réformer son système politique et juridique. De l'autre, le succès de la réforme au Japon a eu un impact important sur l'orientation de la politique par le gouvernement chinois. À la fin du XIXe siècle sous l'ère de la dynastie Qing, le gouvernement chinois a entrepris une série de réformes politiques et juridiques. Et c'est en 1905 que le premier ouvrage de droit international privé a été publié en Chine, fruit de la collaboration des juristes chinois et japonais³¹⁰.

³⁰⁹ Au sujet de *l'Ordre mondial chinois*, M. Doggen Xu précise qu' :

« Aux cours des dynasties suivantes, la Chine eut des relations civiles et commerciales, voire politiques et culturelles avec des pays situés dans des régions voisines, séparés par les montagnes, le désert et la mer. La plupart des pays étaient petits et faibles. Ils furent influencés par la Chine sur le plan culturel et soumis, sur le plan politique, par une communauté de nations, appelée *l'Ordre mondial chinois*, sous la direction de la Chine ».

D. XU, Le droit international privé en Chine : une perspective comparative, *RCADI*, t. 270, 1997, p.107, spec. p.124.

³¹⁰ Cet ouvrage parut dans un recueil de livres juridiques, dont le onzième tome était un traité de droit international privé. La même année vit le jour une autre collection juridique dont le douzième ouvrage était un manuel écrit par M. Bing Guo, intitulé *Droit international privé*. Les deux livres furent influencés par les travaux du juriste japonais Saburo Yamada. D. XU, Le droit international privé en

Cependant, la recherche en droit international privé en Chine a toujours été limitée par le système d'exterritorialité ou de la juridiction consulaire. Ce système avait été établi par certaines puissances et s'est imposé pendant près d'un siècle en Chine³¹¹. Aussi, le rôle de la plupart des ouvrages de droit international privé fut-il d'introduire les doctrines étrangères plutôt que d'établir une doctrine locale. Le contenu de ces ouvrages est très varié. Les principes et les théories présentées ont été inspirés de manière générale par quatre sources doctrinales : française, allemande, japonaise, et anglo-américaine.

La guerre entre la Chine et le Japon, qui a éclaté en 1937, a non seulement coupé la communication entre les internationalistes chinois et japonais, mais elle a aussi interrompu la recherche en droit international privé en Chine. Après la fin du conflit en 1945, une guerre civile entre les nationalistes et les communistes a embrasé la Chine. De 1946 à 1949, la défaite du Guomindang a entraîné la fuite d'internationalistes chinois qui se sont réfugiés à Taïwan³¹². En 1946, l'Université impériale de Taipei a été réorganisée et renommée *Université nationale de Taïwan*, et M. Yin-Chao Hung, internationaliste chinois de renom, en a été élu premier président de la faculté de droit³¹³. C'est sous la direction de M. Hung que le droit international privé est pour la première fois devenu une discipline indépendante dans l'enseignement du droit taïwanais³¹⁴.

Les internationalistes chinois à Taïwan ont établi le fondement de la doctrine

Chine : une perspective comparative, *ibidem*, p.126 ; J. HUANG, *Droit international privé chinois*, *op. cit.*, p.44 ; S.-Y. KAO, *Droit international privé*, *Université Gi-Lin*, 1985, p.49.

³¹¹ Ce système a débuté en 1842, après la guerre de l'opium (guerre sino-anglaise). J. ESCARRA, *Droits et intérêts des étrangers en Chine*, Paris, 1928 ; L.-Y. HAO, *Questions sur la juridiction consulaire*, *Shang-wu-yin-shu*, 1933.

³¹² Tels que MM. Chung-Shei Mei, Ying-Chao Hung, Bin Lin, Ku-Yuang Chen, Chu Chai, Yun-Kuan Guo et Yi-Chen Juan.

³¹³ T.-S. WANG, *L'évolution du droit taïwanais au XX^e siècle*, *Yuan-Chao*, 2005, p.116.

³¹⁴ L'Université nationale de Taïwan est la première université qui a enseigné le droit international privé à Taïwan. En 1950, M. Chung-Shei Mei, internationaliste chinois de renom, a été élu président de la faculté de droit. L'autonomie de la discipline du droit international privé a ainsi été assurée à Taïwan. T.-S. WANG, *ibidem*, pp.116-119.

taïwanaise du droit international privé. S'inspirant de la doctrine allemande en droit international privé, la recherche des internationalistes chinois s'est principalement portée sur le conflit de lois. Sur le modèle de raisonnement de Savigny, la méthode retenue est bilatérale. Au départ, la doctrine taïwanaise a entremêlé les diverses doctrines d'Europe continentale. Certaines questions comme le problème de la qualification, de la théorie du renvoi, la notion d'exception d'ordre public, ou encore la notion de question préalable sont aussi apparues dans les ouvrages de ces internationalistes chinois.

Leur plus grande réalisation a été de favoriser la législation en droit international privé à Taïwan. Tous les grands internationalistes chinois comme MM. Chung-Shei Mei, Ying-Chao Hung, et Ku-Yuang Chen ont participé à la conférence d'élaboration de la loi de 1953³¹⁵. Leurs étudiants taïwanais comme Han-Pao Ma et Ja-Yi Liu, faisant aussi partie de la première génération d'internationalistes taïwanais, ont promu la recherche en la matière dans la loi de 1953. La doctrine taïwanaise du droit international privé s'est complètement formée à la fin des années soixante³¹⁶. Si l'on devait traduire l'apport de la pensée juridique chinoise contemporaine sur la doctrine taïwanaise, on pourrait évoquer l'image de deux arbres dont les racines s'entremêlent.

B. Après 1978

En 1949, le Comité central du parti communiste chinois a abrogé toutes les lois promulguées par l'ancien régime du Guomindang³¹⁷, y compris le décret de 1918.

³¹⁵ La loi de 1953 a été rédigée en 1947 par M. Yun-Kuan Guo, docteur en droit judiciaire à l'Université de Columbia (Etats-Unis). Cependant, M. Guo a adopté les doctrines continentales plutôt que les doctrines anglo-américaines pour constituer la structure de la loi de 1953. L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, 2001, p.326.

³¹⁶ H.-P MA, Droit international privé, 2004 (1^{ère} édition en 1964) ; J.-Y. LIU, Droit international privé, San-Ming, 3éd. 2001. (1^{ère} édition en 1971)

³¹⁷ Ces lois comprennent les *Six Codes*, c'est-à-dire: le droit constitutionnel, le droit civil, le droit commercial, le droit pénal, le droit de la procédure pénale et le droit administratif. Néanmoins, les lois promulguées par le parti communiste ne sont pas incluses.

Dès lors, les internationalistes chinois et les internationalistes taïwanais ont développé leurs propres doctrines du droit international privé. Au cours des trente années qui ont suivi la mise en place de la République populaire de Chine, peu d'ouvrages de droit international privé ont été publiés en Chine³¹⁸. Cette période stérile de la recherche en droit international privé est due essentiellement au contexte politique en Chine³¹⁹. Ce n'est qu'en 1981 que le premier livre de droit international privé, depuis la proclamation de la République populaire de Chine, est publié aux Presses des sciences sociales de Chine (*China Social Sciences Press*)³²⁰. Et l'enseignement du droit international privé n'a repris qu'à partir de l'année 1985.

La réforme juridique en Chine a été engagée à la fin des années soixante-dix. De 1979 à 1999, près de huit cents règlements administratifs ont été édictés sur le plan national par le Conseil des affaires d'État³²¹. En 1985, les internationalistes chinois se sont rassemblés dans la ville de Gue-Yang pour la tenue du premier colloque national de droit international privé. Et c'est en 1987 que l'Association pour le droit international privé chinois a été fondée. Cette Association a un rôle déterminant et a permis d'élaborer *le Traité de droit international privé de la République populaire de Chine* (ci-après le *Traité de droit chinois*), rédigé par ses membres dès 1993³²².

La recherche en droit international privé en Chine s'est développée rapidement

³¹⁸ J. HUANG, *op. cit.*, p.44.

³¹⁹ Par exemple, de 1966 à 1976 en Chine, la révolution culturelle a interrompu toutes les recherches en droit.

³²⁰ J. Yao et J.-S. Zhen, Le fondement du droit international privé, CSCP, Peikin, 1981.

³²¹ X.-Y. LI-KOTOVTCHIKHINE, *op. cit.*, p.115.

³²² J. HUANG, *op. cit.*, p.46. Les travaux de systématisation du droit chinois ont été menés à terme en 2000. Le Traité de droit comprend 5 chapitres, et 166 articles. En 2002, l'Assemblée nationale a commencé à rédiger un projet de *décret d'application de la loi dans les affaires d'extranéité* (dans le 9^e titre du Code civil chinois). Le Traité de droit chinois est considéré comme une référence importante dans cette codification. Y.-C. Guo et F. Shouw, La réflexion sur le développement de la recherche du droit international privé de 2000 à 2004, Collection des actes de conférence des deux rives du détroit de Taiwan t.2 , 2005, p.63

dans les dernières années. Le contenu et les orientations de cette recherche sont très variés. En 1987, le gouvernement taïwanais a renoncé au couvre-feu³²³. Dès le début des années quatre-vingt-dix, le président Lee Ten-Hui a renoncé officiellement à une reconquête militaire de la Chine continentale³²⁴. De manière indirecte, le changement d'orientation politique du gouvernement taïwanais a encouragé la communication entre les internationalistes taïwanais et chinois. En 2005, le professeur taïwanais Lei-Kung Lai et le professeur chinois Jin Huang ont organisé, en coopération, une conférence de droit international privé à Taipei, ayant pour titre *La première conférence des deux rives du détroit de Taïwan*. En 2006, la même conférence a été organisée à Wu-Hang, l'une des grandes villes du centre de la Chine continentale. Cette conférence est désormais régulière.

Par rapport à la première génération d'internationalistes chinois dans les années quarante et cinquante, l'influence de ces nouvelles générations sur la doctrine taïwanaise est relativement faible. La diversité des positions doctrinales parmi les internationalistes sino-taïwanais se traduit de différentes façons : la terminologie adoptée, le domaine d'étude du droit international privé retenu³²⁵, la position choisie quant à la codification du droit international privé³²⁶ et quant à la qualification des affaires civiles sino-taïwanaises³²⁷. En effet, l'emprise du contexte politique entrave toute possibilité de consensus des internationalistes

³²³ La loi sur le couvre-feu a été adoptée le 23 novembre 1934 par le Yuan législatif. Le couvre-feu a été déclaré à Taiwan le 20 mai 1949, par l'ancien président Tchang Kai-Chek, sous le prétexte de la contre-attaque des communistes chinois, pour préserver la sécurité nationale.

³²⁴ En revanche, les chefs d'État de la République populaire de Chine n'ont jamais fait de telles déclarations. En 1989, Deng Xiaoping aurait affirmé à un haut dignitaire de l'Armée populaire de Libération : « *Si Taiwan clame son indépendance, nous attaquerons* ». Zhon-gyang Journal, Taipei, 117 novembre 1989, p.1.

³²⁵ La plupart des internationalistes taïwanais inclinent en faveur du micro-droit international privé. Mais en Chine, l'opinion des internationalistes est très variée. Le courant principal est plutôt en faveur du macro-droit international privé. L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, 2001, pp. 445-456.

³²⁶ À cet égard, la plupart des juristes chinois auraient plutôt tendance à vouloir insérer le règlement du droit international privé dans le Code civil chinois, mais les internationalistes taïwanais veulent élaborer leur propre Code de droit international privé.

³²⁷ Les internationalistes chinois considèrent de manière unanime que les affaires sino-taïwanaises sont des affaires d'ordre interne. Pourtant, les positions sur cette question divergent parmi les internationalistes taïwanais.

sino-taïwanais dans certaines matières. Malgré tout, dans le domaine de la méthode du conflit de lois, les internationalistes sino-taïwanais ont adopté une position commune : c'est la méthode bilatérale qui doit être adoptée de manière générale ; à l'exception de certains cas, dans lesquels il faut utiliser une méthode plus flexible comme la théorie du lien le plus pertinent, visant à l'harmonisation des solutions.

§ 2 Le Japon

La recherche en droit international privé au Japon a été amorcée à la fin du XIX^e siècle³²⁸. En 1890, il existait déjà des règles sur les conflits de lois, regroupées dans une loi spéciale nommée *Ho-rei*³²⁹. Cette loi a été révisée plusieurs fois depuis 1893³³⁰, et elle est l'une des références majeures du droit international privé chinois (avec le décret de 1918) et du droit international privé taïwanais (avec la loi de 1953).

L'influence des internationalistes japonais sur la doctrine taïwanaise n'a pas connu d'interruption comme avec la doctrine chinoise, et ne s'est jamais démentie. Elle s'est exercée dès le début du XX^e siècle ; plusieurs internationalistes japonais comme MM. Yamada et Shida ont été invités par le gouvernement chinois pour enseigner la théorie générale du droit international privé. Les internationalistes chinois ont pu ainsi indirectement prendre connaissance des doctrines du droit international privé des pays occidentaux grâce aux traductions japonaises³³¹. Puis au

³²⁸ Les internationalistes taïwanais enclins à suivre l'école japonaise sont : MM. Hsiu-Hsiung Lin, Hwa-Kai Tsai, et Yuan-Chen Su.

³²⁹ S. YAMADA, Le droit international privé au Japon, *JDI*, 1901, p.632.

³³⁰ Les années de révision de la loi *Ho-rei* sont les suivantes : 1893, 1942, 1947, 1964, et 1989. L.-K. LAI, La comparaison du statut général dans le système de législation en droit international privé, in *Essays on Transnational Legal Problems, San-Ming*, 2004, p. 246.

³³¹ C.-S. DING, Les étudiants chinois en droit au Japon à l'époque de la dynastie Chin et de la modernisation du système juridique chinois, *Peiking University Law Journal*, 2001-2005, l'article sur internet : <http://www.japanlawinfo.com/news.asp?id=372> (dernière visite le 28 juillet 2006) ; L.-Y.

cours du XX^e siècle, les travaux préparatoires de la loi de 1953 ont pris comme référence plusieurs théories japonaises. C'est pourquoi les internationalistes taïwanais ont été amenés à se tourner vers les théories japonaises pour illustrer certains problèmes nés de la loi de 1953.

La méthodologie traditionnelle préconisée dans la doctrine japonaise recourt principalement à la méthode savignienne. L'approche des internationalistes japonais a aussi influencé la doctrine taïwanaise sur plusieurs questions juridiques en particulier. En premier lieu, sur la relation entre l'application du droit étranger et la règle de conflit, les internationalistes taïwanais ont soutenu l'idée qu'il existait une relation *diachronique*. Autrement dit, l'application du droit étranger résulte de l'application de la règle de conflit. La nature du droit étranger est qualifiée de droit plutôt que de fait³³². Les parties ont la responsabilité d'assister le juge à prendre connaissance du contenu du droit étranger³³³.

En deuxième lieu, sur la question de la notion d'ordre public, les internationalistes taïwanais ont pris la même position que les internationalistes japonais : la limite à l'application du droit étranger est considérée comme une exception³³⁴. Respectant la souveraineté étrangère, le juge taïwanais n'est pas compétent pour contrôler le contenu du droit étranger. Il n'examine que l'influence de l'application du droit étranger à Taïwan. Si l'on prend comme exemple un litige dans le cas d'un mariage polygame, lorsque le droit étranger reconnaît le mariage

CHEN, Saburo Yamada et le droit international privé chinois, *Contemporary Law Review*, n°10, 2003, p.158.

³³² C'est une opinion unanime des internationalistes taïwanais. R.-C. CHEN, Le fondement de l'application du droit étranger: la nature du droit étranger, *MLJ*, t.39, n°6, 1993, p. 5. De Plus, le professeur Hua-Kai Tsai soutient l'idée selon laquelle le droit étranger est hiérarchiquement inférieur à la loi dans le système juridique du for. H.-K. TSAI, Pleading, Proof and Application of Foreign Law in Private International Law : Mandatory or Facultative Conflict Rules in Taiwan, *TULR*, n°24, 2006, p.175, spec. p. 227.

³³³ L'article 283 du Code de procédure civile taïwanais stipule que : « *Lorsque le contenu de la coutume, le droit local ou le droit étranger n'est pas connu, les parties ont la responsabilité d'en attester le contenu. Et le tribunal peut s'enquérir d'office de ces coutumes et droits* ». Cet article du Code est inspiré du droit japonais. Y.-C. SU, Droit international privé, *Wu-Nan*, 5éd., 2002, p.94.

³³⁴ L'article 25 de la loi de 1953 stipule que : « *Dans la mesure où le droit étranger doit s'appliquer d'après cette loi, lorsque ce droit étranger porte atteinte à l'ordre public de la République de Chine, il ne peut s'appliquer* ». Cet article est en fait une reproduction de l'article 30 de la loi japonaise *Ho-rei*. Y.-C. SU, *ibidem*, p.111.

polygame, le tribunal taïwanais doit refuser d'appliquer ce droit étranger car il viole l'ordre public taïwanais. Si ce mariage polygame a été validé dans le pays d'origine ou que le litige concerne la condition des enfants d'un mariage polygame, ces enfants doivent être considérés comme légitimes afin de respecter le droit acquis étranger. Dans ce cas, l'application du droit étranger reconnaissant le mariage polygame n'est pas considéré comme une violation de l'ordre public taïwanais³³⁵.

En troisième lieu, sur la question du domaine d'étude du droit international privé, la doctrine moderne japonaise a tenté de réorganiser le droit judiciaire privé interne avec le droit international privé. Une nouvelle discipline, *le droit judiciaire privé international* ou *la procédure civile internationale*, a été instituée dans ce sens au Japon. Comme nous l'avons montré précédemment, cette discipline est essentiellement particulariste. Elle vise principalement à intégrer la doctrine du droit international privé dans la structure du droit judiciaire privé interne. Toutefois, l'influence de la doctrine japonaise sur la doctrine taïwanaise s'est progressivement atténuée³³⁶. En particulier dans le domaine du conflit de lois, les nouvelles théories américaines ont particulièrement attiré l'attention des internationalistes taïwanais au cours des dernières années. Aujourd'hui la doctrine taïwanaise du droit international privé évolue avec une approche plus nuancée vis-à-vis de la doctrine japonaise³³⁷.

³³⁵ H.-P. MA, Droit international privé, 2004, p.242 ; T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, San-Ming, 3éd., 2004, p. 226.

³³⁶ L'influence récente de la doctrine japonaise sur la doctrine taïwanaise concerne le conflit de juridictions. Les internationalistes ont introduit beaucoup de théories japonaises sur la question de la compétence internationale. W.-L. HSU, La théorie générale de la compétence internationale, *LJ* n°183, 2001, pp.69-88. H.-S. LIN, La compétence internationale : au centre de la discussion sur le litige relatif à la propriété, *Mél. T-C LIU, Shuei-Lin*, 1998, pp. 120-135. H.-K. TSAI, La compétence internationale en matière patrimoniale, *NCCULJ* n°17, 2004, pp.1-86.

³³⁷ À Taiwan, l'étude du droit judiciaire privé international reste limitée. Pour l'instant, la recherche centrale du droit international privé taïwanais concerne la codification. WANG, Chi-Ven, « La nouvelle tendance d'amendement de la loi de 1953 : une perspective générale », *Collection des actes de la conférence des deux rives du détroit de Taïwan t.1*, 2005, pp.67-77. C.-V. WANG, La révision de la loi de 1953, *HKLR* n°31, 2004, pp.1-46 ; C.-V. WANG, La codification du droit international privé, in *Les essais du droit international privé, Wu-Nan*, 1988, p.87 ; R.-C. CHEN, Propositions et la tendance d'amendement de la loi de 1953, *Collection des actes de la conférence des deux rives du détroit de Taïwan t.1* ; 2005, pp.1-31 ; H.-P. MA, Private International Law of the Republic of China: Past, Present and the Future, *op. cit.*, p.426.

Section 2. Les auteurs occidentaux

Le fondement de la doctrine taïwanaise du droit international privé s'est aussi inspirée des pays occidentaux. Ainsi, les doctrines et la pensée de ces auteurs tiennent traditionnellement une place importante dans les ouvrages de droit international taïwanais. Ces doctrines occidentales peuvent généralement être classées en deux systèmes : le système continental et le système anglo-américain. Chacun a sa propre influence dans les différentes phases de l'évolution de la doctrine taïwanaise du droit international privé.

Deux écoles de pensée du système continental ont plus particulièrement influencé la doctrine taïwanaise. La première est l'école allemande, qui est non seulement une source doctrinale importante en matière de législation en droit international privé taïwanais³³⁸, mais également en matière de conflit de lois avec une méthode qui constitue le noyau de la doctrine taïwanaise³³⁹. La deuxième est l'école française, qui est aussi une référence importante dans les débats sur la théorie générale du droit international privé taïwanais. Certaines notions inventées par les internationalistes français sont aujourd'hui encore utilisées par les internationalistes taïwanais³⁴⁰.

De manière générale, l'influence des doctrines anglo-américaines sur la doctrine taïwanaise a été plutôt limitée³⁴¹. Cependant, depuis les années quatre-vingt,

³³⁸ H.-P. MA, Private International Law of the Republic of China: Past, Present and the Future, *op. cit.*, p.417.

³³⁹ Les internationalistes taïwanais enclins à suivre l'école allemande sont : MM. Han-Pao Ma, Yin-Chao Hung, Hei-Nan Wang, Hui-Wen Liao, et Chi-Chui Chen.

³⁴⁰ Les internationalistes taïwanais n'ont jamais interrompu leurs recherches sur la doctrine française. Les auteurs chinois et taïwanais comme MM. Chung-Shei Mei, Yi-Cheng Juan, Shi Ho, Zeu-Tung Ko, En-Fong Lan et Mme Ming-Ruu Tseng-Chen se sont efforcés de présenter les doctrines françaises aux internationalistes taïwanais.

³⁴¹ Les internationalistes taïwanais enclins à suivre l'école anglo-américaine sont : Yun-Kuan Guo, Ja-Yi Liu, Tei-Chen Liu, Chao-Ching Hsu, Lon-Sjue Chen, Chi-Ven Wang, Chang-Ven Chen, Yi-Shan Lin, Fu-Dian Li, et Chi-Thog Yo.

les nouvelles théories américaines ont largement été introduites à Taïwan. Elles ont non seulement suscité une réflexion sur la méthode classique du droit international privé, mais elles ont aussi encouragé indirectement la révision de la loi de 1953.

Nous montrerons donc tout à bord quelle a été l'influence des doctrines continentales sur la doctrine taïwanaise (§1), puis nous examinerons l'impact des doctrines anglo-américaines sur la doctrine taïwanaise (§2).

§ 1 Les auteurs continentaux

Le système juridique taïwanais est principalement de type *continental*. Le droit taïwanais, notamment en matière de droit privé, s'est inspiré du droit allemand. Nous pouvons citer à cet égard la notion *d'abstraction de l'acte juridique réel* (*Die Abstraktheit des dinglichen Rechtsgeschäfts*) ou la distinction entre la représentation et le contrat de mandat³⁴², qui apparaissent souvent dans les études de droit privé taïwanais. C'est dans les jeunes années de la doctrine taïwanaise du droit international privé, que la doctrine allemande a occupé une place importante (A).

Les internationalistes taïwanais considèrent, par ailleurs, que la doctrine de l'école française ne peut être négligée. En effet, il existe à Taïwan une tradition de recherche sur la doctrine française. C'est pourquoi nous nous attarderons sur les apports de cette doctrine (B).

³⁴² Z.-J. WANG, La découverte de la théorie du droit, in *L'étude sur la doctrine et la jurisprudence du droit civil*, t. 4, p. 4; E. W. LIN, La représentation en droit civil, *MLJ*, t. 42, n°1, 1996, p.31 ; C.-W. CHEN, Apparence et représentation en droit positif français, *LGDJ*, 2000, p.28 et s.

A. L'école allemande

À ces prémisses, la doctrine taïwanaise a eu largement recours à la doctrine allemande du droit international privé. La méthode savignienne est sans doute l'apport le plus important et le plus caractéristique de la doctrine allemande à la doctrine taïwanaise du droit international privé. Autrement dit, le droit international privé taïwanais doit déterminer la loi applicable en recourant à la règle de conflit, et cette loi doit avoir le rattachement le plus intense dans le rapport de droit envisagé. La méthode bilatérale, qui a ainsi été adoptée par les internationalistes taïwanais, se traduit par le fait que le juge taïwanais peut être amené à appliquer la loi taïwanaise ou une loi étrangère. En ce sens, le principe d'application égale de la loi du for et de la loi étrangère est établi³⁴³.

Comme la plupart des doctrines étrangères qui ont adopté la méthode de Savigny, la doctrine taïwanaise a développé plusieurs catégories de rattachement : la nationalité, le domicile, le lieu de l'immeuble, la volonté des parties et le lieu de l'acte. Et la neutralité de ces rattachements est souvent mise en avant par les internationalistes taïwanais. C'est-à-dire que le juge taïwanais applique d'office le droit international privé taïwanais en fonction du critère de rattachement, sans égards pour le résultat de l'application³⁴⁴.

Sous l'influence de la doctrine allemande, la doctrine taïwanaise a assimilé le droit international privé à la règle de conflit dans les premières années. Un problème comme celui du conflit de juridictions n'était pas compris dans le domaine d'étude du droit international privé. De ce point de vue, la loi de 1953 est généralement considérée comme le droit international privé taïwanais *stricto sensu*³⁴⁵. Pourtant,

³⁴³ Ce principe est aussi considéré comme l'une des conditions de développement du droit international privé par certains internationalistes taïwanais. Selon ces auteurs, l'histoire de la Chine contemporaine peut justifier cette approche, car sous la juridiction consulaire, par exemple, le tribunal chinois n'était pas compétent en matière de litige d'extranéité. Le droit international privé a naturellement été mis à l'écart dans ce contexte. Ce principe d'application égale a aussi pour objectif le respect de la souveraineté de l'État. H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, pp.7-9 ; H.-Y. HUNG, Droit international privé, *Ven-Hwa*, 4^{éd.}, 1988, p.4.

³⁴⁴ Pourtant, cette approche a récemment été remise en question par certains internationalistes taïwanais. H.-K. TSAI, Pleading, Proof and Application of Foreign Law in Private International Law : Mandatory or Facultative Conflict Rules in Taiwan, *op. cit.*, p.227 s.; L.-S. CHEN, The Choice of Laws Rules Based on Substantive Law Methodology (I) (II), *TULR* n°21, n°22, 2004, pp.185-242; pp.307-371.

³⁴⁵ H.-Y. HUNG, Droit international privé, *op. cit.*, p.32. C.-S. MEI, Droit international privé, San-Ming,

cette approche a été critiquée par certains internationalistes taiwanais³⁴⁶. Ils ont ainsi utilisé la notion allemande des *règles de conflit caché* (*versteckte Kollisionsnormen*) pour rectifier cette approche traditionnelle³⁴⁷. Dans cette optique, les articles concernant les affaires civiles et contenant des éléments d'extranéité peuvent aussi être considérés comme des règles du droit international privé. Désormais, la recherche en droit international privé taiwanais ne se limite plus au débat sur la loi de 1953.

En dehors de la méthodologie de droit international privé, la réflexion sur le problème de la question préalable constitue un autre apport de la doctrine allemande introduite par les internationalistes taiwanais³⁴⁸. Ce problème a été présenté par le juriste allemand M. Wilhelm Wengler en 1934, dans un article intitulé *La question préalable dans le droit des conflits* (*Die Vorfrage im Kollisionsrecht*)³⁴⁹. Les internationalistes taiwanais se sont saisis de ce problème, et leurs approches de la question divergent³⁵⁰. La plupart des internationalistes taiwanais ont estimé que ce

9éd. 1989 (1^e éd. en 1945), p. 72 ;

³⁴⁶ L.-K. LAI, La nature du droit international privé, *LM* n°51, 2000, p.660 ; E.-F. LAN, La tendance de législation du droit international privé, *FJLJ* n° 10, janvier 1991, p.310 ; K.-P. WU, La nouvelle tendance du droit international privé, *MLJ* v.48, 2002, p.20.

³⁴⁷ E.-F. LAN, L'introduction au droit international privé, 1995, p.29 ; H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p. 64 ; L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporaine, *op. cit.*, p. 320 s.

³⁴⁸ Ce problème a été expliqué par M. Wengler de la manière suivante :

« le juge d'un pays du for F doit – conformément aux règles de conflit du for F, ou en vertu des règles de conflit d'autre pays dont il accepte le renvoi — appliquer à une question principale dont il est saisi (normalement, la question posée dans la conclusion des parties), le droit positif d'un pays S ; une disposition de cette loi S soulève la question de l'existence d'un rapport juridique préalable. Le juge du for doit-il, pour déterminer la loi applicable à cette question préalable, recourir aux règles de conflit du pays du for F, ou bien au système de conflit du pays S ? »

W. WENGLER, Nouvelles réflexions sur les « question préalables », *RCDIP*, 1966, p.165.

³⁴⁹ Pourtant, le professeur Hui-Wen Liao affirme que le premier article concernant le problème de la question préalable a été publié par Melchior en 1932. H.-W. LIAO, La recherche sur la question préalable, in *Collection des actes de la conférence des deux rives du détroit de Taiwan t.1*, 2005, p.137, spec. p.140.

³⁵⁰ H.-S. LIN, La question préalable en droit international privé, in *Mél. Han-Pao MA, Shuei-Lin*, 2006, p. 255 ; K.-P. WU, La question préalable en droit international privé, *CYLR* v. 69, p.38 ; H.-W. LIAO,

problème de la question préalable se posait en droit international privé taïwanais. Cette affirmation est motivée principalement par le recours au jeu du renvoi dans la loi de 1953, et de ce point de vue, la réflexion sur la question préalable est utile³⁵¹. Certains internationalistes taïwanais rejettent pourtant cette notion. Ils considèrent que le problème de la question préalable est une fiction issue de la doctrine³⁵², ou un problème qui peut être résolu par la méthode du démembrement ou au cas par cas (*issues-by-issues*)³⁵³.

B. L'école française

Même si son influence sur la doctrine taïwanaise est relativement moindre en comparaison avec la doctrine allemande, la doctrine française occupe toujours une place importante dans l'évolution du droit international privé taïwanais. La loi de 1918, en particulier, manifeste cette influence de la doctrine française. Elle a laissé une certaine place à la méthode unilatérale et a manifesté une inclination pour la protection de la sécurité de l'État, qui rappelle la théorie du nationaliste français Niboyet³⁵⁴.

Les théories des auteurs français tels que Bartin, Pillet, Francescakis et Batiffol ont aussi été introduites à Taïwan il y a longtemps. L'influence des idées de Bartin sur la doctrine taïwanaise se manifeste principalement à travers deux aspects : la perspective particulariste sur la nature du droit international privé, et la promotion du

La recherche sur la question préalable, *op. cit.*, p.137.

³⁵¹ T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *San-Ming*, 3éd., 2004, p.546 ; Y.-S. LIN, La doctrine et la pratique du Droit international privé, *Taipei*, 4éd., 2004, p.439.

³⁵² H.-S. LIN, La question préalable en droit international privé, *op. cit.*, p.269.

³⁵³ Z.-T KO, Droit international privé, *Yuan-Chao*, 2éd., 2004, p.82.

³⁵⁴ A Taiwan, la doctrine française est souvent présentée avec la doctrine italienne à cause de leur soutien commun à *lex patriae*, on parle de « l'école franco-italienne ». C. CHAI, Droit international privé (précis), *Chen-Chung*, 1959, p.32 ; T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *op. cit.*, p.43 ; H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p.305.

critère de la *lex fori* dans le problème de la qualification. La doctrine taïwanaise a traditionnellement adopté la même position que Bartin, et les grands arrêts *Anton c. Bartolus*³⁵⁵ et *Caraslanis*³⁵⁶ ont aussi été publiés et analysés dans les ouvrages de droit international privé taïwanais³⁵⁷.

Certains internationalistes taïwanais ont aussi introduit dans leur manuel la doctrine de Pillet³⁵⁸. De manière générale, les internationalistes taïwanais accréditent la théorie de Pillet, car ils considèrent que cette théorie a permis de dépasser le personnalisme de l'école franco-italienne. À ce sujet M. Chung-Shei Mei a fait le commentaire suivant : « *la doctrine de Pillet a expliqué clairement pourquoi l'ordre public international peut restreindre l'application du droit étranger. En même temps, il a justement critiqué les défauts du personnalisme préconisé par l'école franco-italienne. Force est de reconnaître que M. Pillet a contribué de manière remarquable à la doctrine du droit international privé contemporain* »³⁵⁹. Toutefois, M. Mei a aussi reproché à la théorie de Pillet d'être trop abstraite, car elle définit la loi selon deux caractères — la permanence et la généralité. Et il est difficile de trouver un critère de distinction entre une loi permanente et une loi générale. La doctrine de Pillet semble donc reproduire les mêmes écueils que la doctrine statutaire³⁶⁰.

Personne ne saurait négliger la pensée de M. Batiffol lorsque les internationalistes taïwanais débattent de la doctrine française. Le professeur Han-Pao Ma a jugé que M. Batiffol était « *l'un des hommes les plus remarquables*

³⁵⁵ L'arrêt *Bartholo*, Alger, 24 déc. 1889, *JDI*, 1891. 1171.

³⁵⁶ Cass. Civ. 1^{er}, 22 juin 1955, *Caraslanis*, D. 1956, p.73, note Chavrier, *JDI*, 1955, p.682, note Sialelli, *RCDIP*, 1955, p.723, note Batiffol.

³⁵⁷ M.-R. TSENG-CHEN, *Théorie générale du droit international privé (partie générale)*, *Shuei-Lin*, 7^{ed.}, 2003, p.327 s. ; H.-P. MA, *Droit international privé*, *op. cit.*, p.259 s. ; Z.-T. KO, *Droit international privé*, *op. cit.*, 69.

³⁵⁸ A. PILLET, *Essai d'un système général de solution des conflits de lois*, *JDI*, 1894, p.417, 711 ; 1895, p.241, 500, 929 ; 1896, p.5.

³⁵⁹ C.-S. MEI, *Droit international privé*, *op. cit.*, p.47.

³⁶⁰ C.-S. MEI, *ibidem* ; H.-P. MA, *Droit international privé*, *op. cit.*, p.309.

parmi les internationalistes français du XX^e siècle »³⁶¹. Sous l'influence de M. Batiffol, la notion de coordination est souvent évoquée par les internationalistes taiwanais³⁶², en particulier dans la théorie du renvoi. En effet, cette théorie présente un intérêt remarquable, car le renvoi peut être envisagé comme un mécanisme permettant de coordonner les différents systèmes juridiques³⁶³.

L'approche de M. Batiffol quant à l'autonomie de la volonté des parties a aussi retenu l'attention des internationalistes taiwanais. À la question de savoir si les parties pouvaient choisir une loi qui n'a aucun lien avec leur transaction, M. Batiffol a proposé la thèse de la localisation du contrat déterminée par le juge en fonction des éléments du dossier. « *Le Contrat est un fait social et que toute société implique un droit. Il faut accorder la liberté, la souplesse désirables, et l'idée que la loi n'est pas un contrat* ». Batiffol précise, « *la loi, ayant pour mission de pourvoir aux intérêts généraux, doit veiller à ce que la liberté ne s'exerce pas sans aucune directive ni limite. Entre le totalitarisme et un individualisme négateur de la loi, c'est-à-dire de la société, il faut trouver un moyen terme* »³⁶⁴. Les internationalistes taiwanais ont par conséquent choisi de désigner ce raisonnement comme la *théorie de la limitation*.

Enfin, la pensée de M. Francescakis, en particulier la doctrine de la loi de police,

³⁶¹ H.-P. MA, *ibidem*.

³⁶² Le passage suivant de M. Batiffol explique la notion de coordination et la finalité du droit international privé :

« *Le développement moderne du droit international privé suggère l'idée qu'il tend vers un ordre de systèmes, en ce sens qu'il travaille à la coordination de systèmes distincts coexistants, afin de soumettre à un régime défini les relations privées qui, par leur caractère international, se présentent comme s'insérant simultanément dans plusieurs systèmes différents* ».

H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, 2002, p.19 ; E. WYLER, Henri Batiffol face aux conceptions classique et moderne du droit, JDI, 2004, p.109.

³⁶³ H.-N., WANG, L'application de la théorie du renvoi, in *Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma, Yaun-Chao*, 2006, p.1, spec. p.31; H. BATIFFOL, Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux, 15 Seton Hall L. Rev., 1984-1985, p. 812.

³⁶⁴ H. BATIFFOL, Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé, in *Mélanges Maury*, 1960, p.39, spec. p.58.

a récemment été introduite par certains internationalistes taïwanais³⁶⁵. En 1993, le professeur Zeu-Tung Ko a publié un article intitulé *La nouvelle tendance de la méthodologie en matière contractuelle en droit international privé : critique à propos du droit sino-Taïwanais* dans la *National Taiwan University Law Review*, qui a présenté pour la première fois la théorie de la loi de police à Taïwan³⁶⁶. Le professeur Ko considère la théorie de la loi de police comme une branche de la méthode pluraliste du droit international privé. Elle a pour objectif de protéger le système politique, économique, social et religieux de l'État, c'est pourquoi elle revêt un intérêt particulier pour les juristes taïwanais. Considérant l'impact de cette théorie sur différentes conventions internationales, législations et jurisprudences étrangères, le professeur Ko a suggéré que le tribunal taïwanais et la révision de la loi de 1953 devaient la prendre en compte pour protéger l'intérêt de l'État dans les affaires civiles comportant des éléments d'extranéité.

La proposition du professeur Ko a été bien accueillie par les internationalistes taïwanais. Dans ce sens, M. Chao-Ching Hsu a notamment préconisé le recours à la théorie de la loi de police dans le cadre de la révision de l'article 77 de la loi maritime, afin de protéger l'intérêt de l'État et de permettre le développement de la politique maritime de la République de Chine³⁶⁷. Dans la pratique, la jurisprudence taïwanaise et le colloque des juges taïwanais ont aussi validé la théorie de la loi de police³⁶⁸. Le contour de cette théorie est donc de plus en plus clair à la lumière de

³⁶⁵ C.-C. HSU, L'introduction brève de la loi d'application immédiate, *MLJ* v.42 n°3, 1996, pp.16-23 ; C.-C. HSU, Un bref commentaire de "the Paramount clause " et de la loi d'application immédiate en droit international privé maritime : la critique annexe sur l'amendement de l'article 77 du droit maritime, *TLR* n°78, 2001, p.124 ; K.-P. WU, Lois de police en droit maritime international privé, *LJ* n°189, 2003, p.101 ; K.-P. WU, The Legislation and Court Decisions Relating to the 'Lois d'Application Immédiate' in *Private International Law*, *FJLJ* n°29, 2005, pp.53-130.

³⁶⁶ Z.-T. KO, La nouvelle tendance de la méthodologie en matière contractuelle en droit international privé : critique à propos du droit sino-taïwanais, *NTULR* t. 23, 1993, p.277.

³⁶⁷ L'article 77 de la loi maritime précise que: « *Lorsque le connaissance stipule que le port de chargement ou le port de déchargement se situe sur le territoire de la République de Chine, c'est le règlement de la loi de 1953 qui régit la relation juridique née de ce connaissance* ». Cet article a été critiqué par les internationalistes taïwanais, qui estiment qu'il risque de causer des problèmes. C.-C. HSU, Les essais du droit international privé et du droit comparé, *Han-Lu*, 2005, op. cit., p.86 ; K.-P. WU, Lois de police en droit maritime international privé, op. cit., p.111.

³⁶⁸ Tels que la colloque de la Cour d'appel en 2000, la note du Yuan judiciaire du 3 août 1994, ou encore la Cour de Taipei n°23, 2000.

la pratique du tribunal taïwanais³⁶⁹.

§ 2 Les auteurs anglo-américains

Distinct de la doctrine classique du droit international privé du système continental, le développement de la théorie anglo-américaine est particulièrement remarquable. Et à cet égard, la doctrine anglaise doit être présentée indépendamment de la doctrine américaine, en particulier après les années soixante, qui ont vu les nouvelles doctrines américaines ouvrir une nouvelle ère de la théorie du droit international privé.

Toutefois, les internationalistes taïwanais sont restés réservés vis-à-vis de la doctrine anglo-américaine au cours des premières années. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette réticence. En premier lieu, le système juridique taïwanais a toujours été considéré comme un système continental. La loi de 1953 est un exemple de loi élaborée sur le modèle de la doctrine d'Europe continentale. La doctrine anglo-américaine a donc eu peu de prise sur la doctrine taïwanaise. En deuxième lieu, les tribunaux taïwanais n'ont pas, dans leur tradition, de système de résolution en matière de droit international privé. En pratique, le juge taïwanais est restreint à l'application de la loi de 1953. Il a peu d'opportunité qui lui permettent de choisir la doctrine étrangère, d'autant plus si cette doctrine est considérée comme incompatible avec le système juridique continental. Enfin, la société taïwanaise n'a pu entreprendre sa modernisation qu'à partir des années soixante-dix. La modernisation a favorisé de manière considérable les transactions internationales. C'est l'intensification des échanges entre Taïwan et les pays anglo-américains qui a amené les internationalistes taïwanais à prendre conscience de l'intérêt de la doctrine anglo-américaine. De plus, les Taïwanais ayant effectué leurs études en Angleterre et aux États-Unis sont retournés à Taïwan à cette époque. Et c'est à partir de la publication de ces études sur les doctrines anglo-américaines dans les années

³⁶⁹ V.-D. LI, Le développement du droit international privé en pratique, *TLR* n°89, 2002, pp. 84-102.

quatre-vingt, que les internationalistes taiwanais ont lancé une série de recherches dans ce sens en droit international privé.

Nous commencerons donc par présenter l'influence de la doctrine anglaise (A), puis nous nous pencherons sur la doctrine américaine (B).

A. La doctrine anglaise

L'influence de la doctrine anglaise sur la doctrine taiwanaise est relativement modeste en comparaison avec la doctrine américaine. À ce titre, deux théories en particulier ont retenu l'attention des juristes taiwanais.

En premier lieu, en matière de conflit de juridictions, la théorie du *forum non conveniens*, introduite par les internationalistes taiwanais, a reçu beaucoup d'échos à Taïwan³⁷⁰. Cette théorie du *forum non conveniens* permet au juge compétent de suspendre une procédure entamée dans certaines conditions³⁷¹. Plus précisément, le juge du for peut suspendre une procédure s'il existe à l'étranger un for dont la compétence est plus appropriée que la sienne. Toutefois, il ne peut y avoir suspension si le défendeur peut prouver que la procédure à l'étranger risque de désavantager le demandeur, ou que cette procédure va causer une injustice

³⁷⁰ Cette théorie procède de la jurisprudence écossaise du XIXe siècle, elle a ensuite été adoptée par les juges aux Etats-Unis. DICEY et MORRIS, The Conflict of Laws, p.389 ; L.-S. CHEN, Traité de compétence internationale en droit international privé, Wu-Nan, 1986, p.27 ; C.-C. CHEN, L'importation de la doctrine 'forum non conveniens', TLJ n°30, 2002, pp.51-60 ; H.-K. TSAI, Jurisdiction in International Tort Litigations : A Comparative Study on EU Regulation I and Case-Law of European Court of Justice, NCCULJ n°14, 2003, pp.243-299 ; K.-P. WU, International Jurisdiction to Adjudicate in Civil and Commercial Matters, LJ n°201, 2006, p.57 ; C.-V. WANG, Le développement du forum non conveniens en droit anglo-américain, HKLR n°18, 1987, pp.119-145 ; C.-F. LO, Le forum non conveniens en droit anglo-américain, in Les essais du droit international privé, Wu-Nan, 1996, p.79.

³⁷¹ Il existe une autre interprétation du principe : le professeur Chi-Ven Wang définit le principe du *forum non conveniens* comme la possibilité pour le juge du for de refuser d'exercer sa compétence. C.-V. WANG, La révision de la loi de 1953, *op. cit.*, p.17.

flagrante³⁷². La question qui se pose est de savoir si le juge taïwanais est prêt à introduire la théorie du *forum non conveniens* dans le système juridique taïwanais. Les avis sur cette question divergent³⁷³. D'une manière générale, la plupart des internationalistes taïwanais ne sont pas d'accord pour inclure cette théorie dans le système juridique taïwanais à cause du risque de déni de justice. En revanche, les juges taïwanais se sont prononcés en faveur de cette théorie comme en atteste la jurisprudence³⁷⁴.

En deuxième lieu, en matière de conflit de lois, la théorie de la *proper law* a aussi laissé son empreinte dans la doctrine taïwanaise dans le domaine du contrat international³⁷⁵. Méthode traditionnelle utilisée par le tribunal anglais dans le contrat international, la théorie de la *proper law* prend le contre-pied de la détermination de la loi applicable en fonction du facteur exclusif du rattachement présupposé. Elle préconise, au contraire, de prendre en considération l'ensemble des critères de rattachement de manière à désigner la loi du pays avec lequel le lien est le plus fort. À cet égard, le professeur Lon-Sjeu Chen a suggéré que la théorie de la *proper law* avait inspiré les internationalistes américains pour formuler la théorie du lien le plus pertinent (*the most significant relationship*)³⁷⁶.

L'interprétation de la théorie de la *proper law* en matière de contrat international est liée à l'approche observée par les juristes à l'égard de la nouvelle théorie américaine. Pour le professeur Zeu-Tung Ko, la *proper law* est une méthode (*approach*) permettant de désigner la loi applicable. Elle confère au juge saisi une

³⁷² L.-S. CHEN, Traité de compétence internationale en droit international privé, *op. cit.*, p.84.

³⁷³ Les auteurs qui souscrivent au principe du *forum non conveniens* sont : Lon-Sjeu Chen, Chi-Chui Chen, Tei-Chen Liu et Rong-Chwan Chen ; ceux qui s'y opposent : Kwang-Ping Wu, Chang-Fa Lo.

³⁷⁴ Cour de Keelung, 2000, *Su-Gan* n°5 ; Cour de Kaosiung, 2001, *Chin* n°153 ; Cour de Taipei, 2003, *Su* n°1164.

³⁷⁵ Cette expression est apparue pour la première fois dans un article devenu célèbre de Morris, sur le problème du conflit de lois, « *The proper law of the tort* ». J.H.C. MORRIS, The Proper Law of a Tort, *Harv. Law Rev.*, 1951, p. 881.

³⁷⁶ L.-S. CHEN, Traité de contrat international en droit international privé, *Wu-Nan*, 1986, p.5.

plus grande marge de manœuvre, laissant à son appréciation l'ensemble des éléments du contrat pour désigner la loi applicable, plutôt que de le contraindre à n'utiliser que le critère de rattachement présupposé³⁷⁷. Pour le professeur Rong-Chwan Chen, juriste du Comité de révision de la loi de 1953, il faut trouver un équilibre entre la doctrine de la *proper law* et la règle rigide du conflit de lois pour le nouveau projet de révision de la loi de 1953. Ce nouveau projet devrait donc pouvoir laisser une place à une méthode plus flexible du conflit de lois. Dans une certaine mesure, cette méthode peut remplacer par souci d'équité la règle rigide du conflit de lois au cas par cas³⁷⁸.

B. La doctrine américaine

L'influence de la doctrine américaine sur la doctrine taïwanaise concerne principalement le conflit de lois. Les nouvelles théories américaines ont systématiquement été introduites à Taïwan depuis les années quatre-vingt. Les facteurs ayant encouragé la recherche sur la théorie américaine sont multiples. Un facteur décisif fut le changement de politique internationale du gouvernement taïwanais. Par ailleurs, l'essor des transactions entre Taïwan et les États-Unis depuis les années soixante-dix a amené les internationalistes taïwanais à s'intéresser à la doctrine américaine. Ensuite, la vague de la *révolution* américaine a radicalement bouleversé le fondement de la théorie classique du droit international privé, incitant la nouvelle génération d'internationalistes taïwanais à réfléchir sur la théorie traditionnelle du droit international privé taïwanais, accélérant indirectement la révision de la loi de 1953. Car les lacunes de cette loi ont souvent causé problème au juge taïwanais pour trouver une solution appropriée aux nouveaux types de question de la société moderne taïwanaise. C'est pourquoi l'approche plus souple de la doctrine américaine, basée sur le réalisme, a été bien accueillie à Taïwan.

Au début en revanche, la doctrine américaine n'a pas beaucoup attiré l'attention

³⁷⁷ Z.-T. KO, Droit international privé, *op. cit.*, p.213.

³⁷⁸ R.-C. CHEN, Propositions et la tendance d'amendement de la loi de 1953, *op. cit.*, p.76.

des internationalistes taiwanais. En fait, lorsque nous examinons l'évolution de la doctrine américaine du droit international privé, nous constatons avant les années soixante qu'elle était, dans l'ensemble, similaire à la théorie classique du droit international privé d'Europe continentale³⁷⁹. Selon la méthode américaine classique, la raison d'être de la règle de conflit est de déterminer la loi applicable au litige. Elle concerne rarement l'intérêt politique dans le litige interétatique. C'est Joseph Story qui avait introduit les doctrines du système continental au XIX^e siècle aux Etats-Unis. Il a défini une méthode rigide, parfois très artificielle, pour résoudre le problème du conflit de lois. La méthode proposée par Story incarne l'école américaine telle qu'elle existait il y a plus d'un siècle. Elle combine principalement deux théories : la théorie du droit acquis et les principes du territorialisme³⁸⁰. Le professeur Joseph Beale a, par la suite, réorganisé les théories traditionnelles aux Etats-Unis. En 1934, alors qu'il dirigeait l'Institut de droit américain (*American Law Institut*), il a rédigé le *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, qui préconise la méthode classique et rigide de la règle de conflit de lois. Cependant, les juristes américains ont tenté de remédier aux carences de cette méthode. En 1924, le professeur Walter W. Cook a présenté le premier article critiquant le fondement de la méthode classique³⁸¹. Et le professeur Brainerd Currie a publié, dans les années cinquante, la célèbre théorie de *l'analyse des intérêts gouvernementaux*, qui renverse sur le fond la méthode traditionnelle de la règle de conflit. Même si la majorité de ces réflexions se basent sur le fédéralisme³⁸², les nouvelles théories américaines proposent une autre voie pour dépasser les écueils de la méthode classique, souvent critiquée pour son caractère mécanique et artificiel. Depuis, l'idée de *révolution américaine*, communément nommée par les juristes, s'est répandue dans le monde du droit

³⁷⁹ Cela explique sans doute l'indifférence des internationalistes taiwanais à l'égard de la doctrine américaine dans les premiers temps. M.-R. TSENG-CHEN, L'analyse de la doctrine américaine du droit international privé, *CYLR* v. 61, 1995, p.13 ; L.-S. CHEN, La nouvelle théorie américaine du droit international privé, *Wu-Nan*, 1987, préface H.-P. MA.

³⁸⁰ En ce qui concerne la relation entre les deux principes, dans l'arrêt *Loucks v. Standard Oil Co.*, le juge Cardozo présente ses arguments de manière caractéristique : « *A foreign statute is not law in this state, but it gives rise to an obligation, which, if transitory, follows the person and may be enforced wherever the person may be found (...) No law can exist as such except the law of the land ; but (...) it is a principle of every civilized law that vested right shall be protected (...) the plaintiff owns something, and we help him to get it* ». 224 N.Y. 99, 110, 120 N.E. 198, 201 (1918).

³⁸¹ W. COOK, The logical and legal Bases of the Conflict of Laws, 33 *Yale LJ*, 1924, p.457.

³⁸² L. BRILMAYER, Interstate Federalism, *Bri. Young Univ. Law Rev.*, 1987, p.949; L. BRILMAYER, Right, Fairness, and Choice of Law, *The Yale LJ*, V.98 n°7, 1989, p.1277.

international privé³⁸³.

Le célèbre arrêt *Babcock v. Jackson* de 1963 est le premier exemple de recours à cette nouvelle méthode³⁸⁴. La Cour d'appel de New York jugea qu'il fallait prendre en compte *l'espoir raisonnable des parties* en cause et la *commodité* de la solution, au lieu d'appliquer de manière mécanique la méthode classique. Le juge Fuld explique son raisonnement : « *Il est clair que, bien que New York ait **grand intérêt à protéger ses propres résidents, blessés dans un État étranger, des lois injustes ou anachroniques de cet État, il n'a aucun intérêt légitime à ignorer l'ordre public d'une juridiction étrangère...*** »³⁸⁵.

Pourtant, cette méthode a aussi des inconvénients, comme l'incertitude et l'imprévisibilité, en particulier la théorie de l'analyse des intérêts gouvernementaux, sauf pour certains internationalistes taïwanais, qui n'en ont reçu que peu d'échos à Taïwan. Deux raisons principales expliquent l'échec de la théorie de Currie à Taïwan : d'une part, cette méthode est principalement mise en œuvre dans un système politique fédéral, qui ne correspond pas au système politique taïwanais ; d'autre part, elle ne respecte pas la coutume judiciaire taïwanaise, notamment car le tribunal taïwanais a toujours affirmé l'application d'office de la loi de 1953³⁸⁶.

La théorie du lien le plus pertinent (*The Most Significant Relationship*) est peut-être le seul succès des théories américaines introduites dans la doctrine

³⁸³ S.C. SYMEONIDES, The American Choice-of-Law Revolution in the Courts : Today and Tomorrow, *RCADI*, t.298, 2002, p.33, spec. p.33.; F. K. JUENGER, Choice of Law and Multistate Justice, *Martinus Nijhoff Publishers*, 1993, p.80 s.

³⁸⁴ Voir aussi l'affaire *Auten v. Auen*, 308 N.Y. 155, 124 N.E. 2d 99 (1954), la Cour d'appel de New York a adopté la technique des *most-significant-contacts* pour résoudre les litiges dans le cadre d'un contrat *multistate*.

³⁸⁵ "It is clear that, although New York has a deep interest in protecting its own residents, injures in a foreign state, against unfair or anachronistic statutes of that state, it has no legitimate interest in ignoring the public policy of a foreign jurisdiction..." 31 N.Y. 2d, p.125-126.

³⁸⁶ K.-P. WU, Le nouvelle tendance du droit international privé, *MLJ*, V.48, 2002, p.20 ; E. W. LIN, La comparaison de la méthodologie en droit international privé, *THLR.*, V.17 ; 2002, p.347.

taïwanaise. Cette théorie a été élaborée lors de la seconde mise à jour (*Restatement*) des règles du conflit de lois. Elle contient une référence constante à la loi qui présente *le lien le plus pertinent* avec les faits et la question soulevée³⁸⁷. Pour déterminer quelle est la loi la plus pertinente, la seconde mise à jour (*Restatement*) énonce une liste de facteurs à prendre en considération. Par exemple, au §2 section 145 sur le délit, les facteurs suivants sont proposés : le lieu où l'acte du délit se produit, le lieu où le dommage se produit, le domicile, la résidence, la nationalité, le lieu d'incorporation, le lieu d'affaires des parties et le lieu central de relation des parties³⁸⁸.

Au cours du temps, la théorie du lien le plus pertinent a suscité de plus en plus de débats parmi les juristes taïwanais³⁸⁹. Aujourd'hui, cette théorie est même intégrée au projet de révision de la loi de 1953. En résumé, les doctrines américaines ont incité les internationalistes taïwanais à adopter une nouvelle méthode permettant d'éviter les écueils de la méthode classique, et la position pragmatique des internationalistes américains a encouragé les internationalistes taïwanais à élaborer leurs propres doctrines du droit international privé.

Chapitre II. Le critère matériel de présentation des sources doctrinales

³⁸⁷ Cette idée est aussi adoptée par les juristes européens. À ce titre, le professeur Lagarde développa la théorie du *principe de proximité* en 1986. Pour le professeur Lagarde, l'objectif du droit international privé est l'harmonisation des solutions. La jurisprudence du droit international privé a inventé la *clause d'exception*, qui permet d'écarter la loi désignée par la règle de conflit, lorsque cette loi ne correspond pas à la localisation véritable de la situation. P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *R.C.A.D.I.*, n°196 (1986-I), p.11 ; H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international privé, n°242-2.

³⁸⁸ En effet, le second *Restatement* préfère proposer une méthode de règle de conflit. Ce second *Restatement* tente de réorganiser les nouvelles méthodes américaines, et d'éviter les problèmes d'incertitude et d'imprévisibilité issues de la nouvelle théorie américaine. W.L.M. REESE, The Second Restatement of Conflict of Laws Revisited, *Mer. Law Rev.*, V. 34, 1983, p.501.

³⁸⁹ Y.-S. LIN, L'application du principe le lien le plus étroit en droit international privé, *TLR*, n°48, 1999, p.20 ; Z.-T. KO, Le contenu et la particularité du changement à propos de la loi applicable en matière de délit : de la révolution américaine à la réflexion au système européen, *TLR*, n°7, 2003, p.113 ; C.-C.HSU, L'évolution de la théorie américaine en droit international privé : une analyse des jurisprudences en matière de délit international, *MLJ*, V.44, n°1, 1998, p.34.

étrangères

Nous avons montré que la doctrine taïwanaise s'était inspirée des doctrines de différents pays. Chaque doctrine a eu une influence singulière sur la doctrine taïwanaise, en particulier en matière de conflit de lois. Or, pour s'adapter à l'évolution de la société taïwanaise, la doctrine taïwanaise du droit international privé doit être régulièrement mise à jour. Et c'est lors de ces ajustements qu'apparaissent les tensions, voire une certaine concurrence, entre les différentes doctrines étrangères. À cet égard, il convient d'exposer plus précisément le contenu de ces doctrines étrangères, et comment elles ont été intégrées à la doctrine taïwanaise (section 1).

Au cours des dernières décennies, les progrès de la doctrine du droit international privé ont permis aux internationalistes taïwanais de s'affranchir peu à peu des cadres de pensée établis, et de se lancer dans une réflexion indépendante. Aujourd'hui, les auteurs taïwanais ne se contentent plus seulement de traduire les travaux des internationalistes étrangers. Ils ont entrepris l'analyse et l'édification de leur propre conception du droit, en utilisant ces doctrines étrangères comme fonds de connaissance et fondement de la doctrine taïwanaise, de manière à constituer leur propre système de droit international privé (section 2).

Section 1. La présentation des doctrines étrangères en fonction de leur influence

Sur la question de la méthodologie en droit international privé, on peut distinguer deux approches : la méthode classique, qui reprend pour l'essentiel la méthode de Savigny avec l'utilisation du critère de rattachement pour désigner la loi applicable ; et la nouvelle méthode, qui procède principalement des théories américaines du droit international et permet davantage de flexibilité et de finesse que la méthode classique. Aujourd'hui, ces deux méthodes coexistent dans la doctrine taïwanaise du droit international privé. Elles sont considérées comme deux axes majeurs du raisonnement juridique en matière de conflit de lois. La méthodologie préconisée dans le droit international privé taïwanais revêt donc un

caractère pluraliste³⁹⁰.

De manière générale, compte tenu de la stabilité et de la prévisibilité qu'elle procure au droit, la méthode classique occupe toujours une place prépondérante dans la doctrine taïwanaise du droit international privé. En revanche, la nouvelle méthode est seulement invoquée dans certains cas complexes, lorsque le juge a du mal à se prononcer sur la loi à appliquer en fonction des critères de rattachement établis par le législateur. Ainsi, afin d'évaluer la tension qui existe entre ces deux méthodes dans la doctrine taïwanaise, nous aborderons notre étude en nous penchant sur le rôle de la méthode classique (§1), puis nous analyserons la fonction de la nouvelle méthode dans la doctrine taïwanaise du droit international privé (§2).

§ 1 La méthode classique en droit international privé

Comme dans la plupart des pays d'Europe continentale de l'Ouest, la méthode adoptée par la doctrine taïwanaise du droit international privé est celle de Savigny, c'est-à-dire la méthode de la règle de conflit dans la situation de litige international (A). Cette méthode n'affecte pas directement le droit matériel, étant bilatérale, neutre et indirecte. Pourtant, dans certains cas, les internationalistes taïwanais jugent la règle de conflit inadaptée pour résoudre le litige international, notamment quand il implique des questions de sécurité ou d'intérêt de l'État. Les internationalistes ont alors recours à la méthode matérielle pour remplacer la méthode de la règle de conflit (B).

A. La règle de conflit

L'utilisation de la règle de conflit remonte au XIX^e siècle. C'est dans le tome VIII de son traité de droit romain, paru en 1849, que Savigny a présenté sa théorie sur le conflit de lois. À cette époque, le droit romain était le droit commun en vigueur, et Savigny en a déduit que toutes les nations héritières du droit romain étaient unies.

³⁹⁰ Z.-T. KO, L'évolution de la règle de conflit, *FLR* n°107, 1999, p.106, spec. p. 109.

Dès lors, le droit romain n'était plus seulement une source historique pour les législations modernes de l'Europe, c'était un droit vivant. Dans ce sens, le christianisme et le droit romain sont généralement considérés comme les deux fondements de la communauté des peuples d'Occident³⁹¹.

La méthode présentée par Savigny propose une nouvelle appréhension des grands problèmes juridiques du XIX^e siècle, en particulier vis-à-vis des idées traditionnelles des statutaires. Sa méthode préconise un traitement égal de la loi étrangère et de la loi du for. L'objet de la règle du conflit de lois est donc de désigner la loi applicable en fonction de la nature du rapport de droit observé dans le litige international. Savigny considère qu'il faut « *montrer le lien qui rattache les rapports de droit à un lieu déterminé (...), assigner à chaque classe de rapports de droit un siège déterminé (...) d'après sa nature* »³⁹². Le siège du rapport de droit doit être identifié par l'élément considéré comme le plus caractéristique, à savoir le critère de rattachement, selon le cas, qu'il s'agisse du domicile de la personne, du lieu de situation de la chose, ou encore du lieu de conclusion d'un acte juridique³⁹³.

La méthode savignienne a un caractère indirect, car elle ne consiste pas à résoudre directement la question de fond du litige international, mais à désigner parmi les systèmes juridiques concernés, celui dont les règles matérielles devront s'appliquer. Cette méthode se distingue également par deux autres caractéristiques : elle est neutre et abstraite. Abstraite, car le juge peut appliquer cette méthode sans avoir besoin de prendre connaissance de la teneur du conflit, de l'aspect matériel, concret des règles de droit en présence. Neutre, car cette méthode ne cherche pas à privilégier l'une ou l'autre des solutions possibles du litige³⁹⁴.

³⁹¹ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, n°237 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, n°99 ; P. PICONE, Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, *RCADI*, n°276, 1999, p.9.

³⁹² F-K V. SAVIGNY, System des heutigen römischen Recht, t. VIII, 1849 (trad. Ch. GUENOUX, *Traité de droit romain*, 1851), p. 108.

³⁹³ B. AUDIT, n°89.

³⁹⁴ P. MAYER et V. HEUZE, n°114.

Les auteurs taïwanais, dans l'ensemble, souscrivent traditionnellement à cette approche³⁹⁵. Et la loi de 1953 garde l'empreinte de cette méthode, dite classique, du droit international privé contemporain. Et dans la concurrence entre la méthode bilatérale et la méthode unilatérale, les internationalistes Taïwanais préfèrent généralement la première à la seconde.

À Taïwan, c'est M. Han-Pao Ma qui a précisé pour la première fois les phases de la méthode classique en 1982³⁹⁶. Il a synthétisé cette méthode en plusieurs étapes. Dans un premier temps, le juge doit se demander s'il existe des éléments d'extranéité dans le rapport privé international. Autrement dit, la mise en oeuvre du droit international privé est soumise à la découverte d'un élément d'extranéité préalable³⁹⁷. En général, les juristes taïwanais identifient trois types possibles d'éléments d'extranéité dans un litige³⁹⁸ :

1. Une personne étrangère ou apatride est impliquée dans le litige : par exemple, un Taïwanais épouse une Japonaise, et après plusieurs années de mariage, demande le divorce à Taïwan. Pour le juge taïwanais la relation entre les deux parties est internationale car l'une des parties est de nationalité étrangère, il faut donc déclencher le jeu du droit international privé.

2. Un lieu étranger est impliqué dans le litige : par exemple, le litige opposant deux Taïwanais qui ont conclu un contrat de vente à propos d'un

³⁹⁵ Z.-T. KO, , Droit international privé, *Yang-Chao*, 2^e éd., p.54 ; E.-F. LAN, L'introduction au droit international privé, p.41 ; L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, 2001, p.76 ; M.-Z. TSENG-CHEN, La théorie du droit international prive, 4^e éd., 1991, p.24.

³⁹⁶ H.-P. MA, La méthode d'application du droit dans le litige international, *LM*, V.41 n°10, 1982, p.210 ; Ensuite voir aussi H.-P. MA, La méthode d'application du droit dans le litige international, Recueil *JW* vol. III, 1992, p.1.

³⁹⁷ C'est une opinion unanime parmi les internationalistes taïwanais. À l'encontre de cette opinion, voir J.-L. ELHOUEISS, L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé, *JDI* 1, 2003, p39.

³⁹⁸ H. H-P Ma, « Le droit international privé », *op. cit.*, p.2.

bien immobilier situé en France.

3. À la fois une personne et un lieu étrangers sont impliqués dans le litige : par exemple, un Taïwanais épouse une Japonaise à Tokyo, le couple vit tantôt en Angleterre, tantôt aux Etats-Unis. Après plusieurs années, le mari mort à Londres, la veuve demande la succession auprès du juge taïwanais.

Dans un deuxième temps, il s'agit du problème de la qualification : le juge doit se demander à quelle catégorie juridique appartient la question de droit qui est posée. Et pour ce qui est du critère de qualification, même si la théorie de droit comparé soutenue par M. Rabel et M. Beckett³⁹⁹ est généralement présentée dans les ouvrages de droit international privé taïwanais, c'est plutôt le critère de la *lege fori* qui est retenu par les internationalistes taïwanais⁴⁰⁰. M. Han-Pao Ma explique cette situation : « *L'adoption du critère de la lege fori repose sur des considérations pratiques, plutôt que sur un raisonnement logique (logical necessity)* »⁴⁰¹.

Dans un troisième temps, il s'agit de s'intéresser au critère de rattachement. D'après les catégories de rattachement établies, le juge détermine la loi applicable grâce au critère de rattachement approprié à chaque litige international. Les rattachements sont des éléments de fait, qui sont considérés comme une preuve de l'existence d'un lien avéré entre le litige et un système juridique en particulier. Ces points de rattachement sont des éléments du *rapport de droit*. De manière générale, les juristes taïwanais ont regroupé les points de rattachement en quatre types de situation :

³⁹⁹ M. Rabel soutient que les catégories du droit international privé devraient être exclusivement formées à partir des observations du droit comparé. Il a tenté d'établir une méthode universelle du critère de qualification. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, n°297 ; H.-P. MA, « Le droit international privé », *op. cit.*, p.229.

⁴⁰⁰ Ainsi, la notion du renvoi de qualification a été négligée à Taiwan pendant longtemps. Y. LEQUETTE, Le renvoi de qualification, *Méls. D. Holleaux*, Paris, 1990, p.249 ; H.-N. WANG, L'application de la théorie du renvoi, in *Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma, Yaun-Chao*, 2006, p.1 ; E. W. LIN, Le renvoi de qualification : une comparaison entre les systèmes juridiques franco-taïwanais, *THLR*. V.24, 2006, p.241.

⁴⁰¹ H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p.234.

1. Lorsque le rattachement concerne le sujet de droit : il équivaut pour les affaires liées à la personne physique à la nationalité, au domicile et à la résidence ; et pour les affaires liées à la personne morale, au siège.

2. Lorsque le rattachement concerne l'objet de droit : il équivaut au lieu de la situation (*situs rei*).

3. Lorsque le rattachement concerne l'acte juridique : il équivaut au lieu de conclusion de l'acte, au lieu de cérémonie du mariage, ou encore au lieu où a été commis le fait dommageable (*Lex loci delicti commissi*).

4. Lorsque le rattachement concerne la volonté des parties : il équivaut au principe d'autonomie de la volonté des parties, dégagé par Dumoulin dès le XV^e siècle à propos des régimes matrimoniaux, et reconnu en droit international privé taïwanais⁴⁰².

Toutefois, la méthode bilatérale n'est pas la seule option à la disposition des juristes taïwanais. La doctrine taïwanaise utilise aussi la méthode unilatérale lorsqu'il est question de protéger la sécurité ou l'intérêt de l'État. En dépit des critiques des internationalistes taïwanais, la méthode unilatérale reste préconisée par la doctrine taïwanaise⁴⁰³.

Du point de vue des internationalistes taïwanais, le principal argument justifiant le recours à la méthode bilatérale est la protection de l'intérêt de l'État. En fait, l'intervention du pouvoir étatique dans le litige privé international est de plus en plus

⁴⁰² H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p.59.

⁴⁰³ M. Han-Pao Ma reproche à la méthode unilatérale, imposant au juge saisi d'adopter une méthode détournée pour résoudre le litige d'extranéité, de compliquer les processus d'application du droit. Le seul avantage de cette méthode est de laisser une place au droit du for pour sauvegarder l'intérêt du for. H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p.64 s. ; la même optique, voir T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *San-Ming*, 3^e éd., 2004, p.237.

importante à Taïwan depuis les années quatre-vingt-dix⁴⁰⁴. Et la règle de conflit a souvent été critiquée pour son caractère mécanique, empêchant la plupart du temps de présenter une solution raisonnable dans des cas spécifiques. Aussi, pour améliorer la méthode classique, le professeur Zeu-Tung Ko propose-t-il d'importer la notion de *loi d'application immédiate*. Il soutient que « *certaines dispositions dans la loi de 1953 préconisant la méthode unilatérale ont un caractère commun, et peuvent être rangées, en principe, dans la catégorie des lois d'application immédiate* »⁴⁰⁵. Cette notion peut aussi être qualifiée de règle matérielle, comme nous allons le démontrer dans la section suivante.

B. La règle matérielle

Adaptée à la diversité caractérisant la société moderne, la règle matérielle est devenue l'un des piliers du droit international privé taïwanais. M. En-Fong Lan souligne, à ce sujet, que l'approche se focalisant uniquement sur la règle de conflit est désormais dépassée. « *L'application du droit international privé, dans certains cas, doit être coordonnée aux autres règles. Ainsi, on ne peut pas écarter la règle matérielle en matière de litige international. La relation entre la règle matérielle et la règle de conflit dans la doctrine du droit international privé est interdépendante* »⁴⁰⁶. Dans ce sens, le professeur Zeu-Tung Ko ajoute qu'il faut tenir compte d'autres règles en matière de relations commerciales internationales, telles que les conventions unifiant le droit substantiel⁴⁰⁷, la *lex mercatoria*, ou encore des

⁴⁰⁴ Depuis les années quatre-vingt-dix en particulier, le gouvernement taïwanais a lancé une politique économique libérale en accueillant énormément de travailleurs étrangers. À cet égard, des recherches ont été engagées par les internationalistes taïwanais sur l'intérêt de l'État et la loi de police.

⁴⁰⁵ Z.-T. KO, La nouvelle tendance de la méthodologie en matière contractuelle en droit international privé : critique à propos du droit sino-taïwanais, *NTULR* t. 23, 1993, p.277.

⁴⁰⁶ E.-F. LAN, L'introduction au droit international privé, 1995, p.79.

⁴⁰⁷ Comme la Convention de Vienne des Nations unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises ; la Convention de New York du 14 juin 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandise, et la Convention de Genève du 17 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises.

conventions bilatérales⁴⁰⁸.

L'introduction de la notion de *loi d'application immédiate* est aussi un exemple qui est souvent cité pour prouver que la méthode matérielle a été adoptée par les internationalistes taiwanais. À Taïwan, le premier article présentant la notion de *loi d'application immédiate* a été publié dans la *National Taiwan University Law Review*, par le professeur Zeu-Tung Ko en 1993, intitulé *La nouvelle tendance de la méthodologie en matière contractuelle en droit international privé : critique à propos du droit sino-taiwanais*. C'est lors de la révision de la loi maritime en 1998, que la possibilité d'insérer une disposition prévoyant une *loi d'application immédiate* en matière de connaissance a suscité des débats parmi les juristes taiwanais⁴⁰⁹. Même si, en fin de compte, ces discussions n'ont pas conduit les législateurs à adopter la disposition en question, prévoyant le recours à *la loi d'application immédiate* dans le projet de loi, elles ont stimulé la nouvelle génération d'internationalistes taiwanais. De manière générale, ces derniers s'accordent à penser que la méthode de la *loi d'application immédiate* doit être intégrée au système du droit international privé taiwanais⁴¹⁰.

Toutefois, considérant l'incertitude liée à cette méthode et l'expansion excessive de l'application de la loi du for, certains internationalistes taiwanais préfèrent rejeter la méthode de la *loi d'application immédiate*. Nous pouvons constater, dans le projet de révision de la loi de 1953, que les rédacteurs ont opté pour une attitude prudente vis-à-vis de cette nouvelle notion⁴¹¹. L'article 7 de ce projet stipule que « *dans la*

⁴⁰⁸ Comme la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit-bail international. Z.-T. KO, Droit international privé, p.248 s.

⁴⁰⁹ L'acte de la conférence de la révision de la loi maritime du 8 janvier 1999, *Yuan Législatif*, p.6 et p.13.

⁴¹⁰ Z.-T. KO, L'évolution de la règle de conflit, *op. cit.*, p.108 ; K.-P. WU, The Legislation and Court Decisions Relating to the 'Lois d'Application Immédiate' in Private International Law, *FJLJ* n°29, 2005, p.53; K.-P. WU, Lois de police en droit maritime international privé, *LJ* n°189, 2003, p.101 ; C.-C. HSU, Introduction brève à la loi d'application immédiate, *MLJ* v.42 n°3, 1996, p.16 ; V.-D. LI, Le développement du droit international privé en pratique, *TLR* n°89, 2002, p. 84

⁴¹¹ C.-V. WANG, La codification du droit international privé, in *Les essais du droit international privé, Wu-Nan, 1988*, p.87 ; C.-V. WANG, La nouvelle tendance d'amendement de la loi de 1953 : une perspective générale, *Collection des actes de conférence des deux rives du détroit de Taiwan t.1*, 2005, p.67 ; R.-C. CHEN, Propositions et la tendance d'amendement de la loi de 1953, *Collection des actes de conférence des deux rives du détroit de Taiwan t.1*, 2005, pp.1-31

mesure où les parties un moyen frauduleux pour éviter l'application de la loi du for, le juge doit appliquer la loi du for ». Autrement dit, en ce qui concerne la dérogation au principe de l'application égale de la loi du for et de la loi étrangère, le recours à la méthode de la *loi d'application immédiate* doit être restreint. Elle s'applique seulement dans le cas où les parties commettent une fraude à la loi. Il semble donc que la méthode de la *loi d'application immédiate* n'ait pas vraiment été retenue par les membres du Comité de révision de la loi de 1953 jusqu'à lors.

Pour autant, la prudence des internationalistes taïwanais vis-à-vis de l'introduction de cette nouvelle méthode n'empêche pas le progrès des recherches en la matière. En ce qui concerne la relation entre la méthode conflictuelle et la *loi d'application immédiate*, M. Kwang-Ping Wu considère, dans un article publié récemment, que la méthode de la *loi d'application immédiate* ne peut surpasser ni remplacer la règle de conflit⁴¹². Autrement dit, la règle de conflit doit être envisagée comme la règle de droit commun dans le litige international, et la méthode de la *loi d'application immédiate* comme une règle d'exception⁴¹³. Cette dernière doit se concevoir comme une méthode subsidiaire, et le juge doit l'utiliser avec précaution de manière à en coordonner la fonction avec la méthode conflictuelle. Néanmoins, M. Wu suggère que l'évolution de la méthode de la *loi d'application immédiate* se dirige vers une nouvelle phase, et qu'elle pourra être intégrée à la doctrine des intérêts gouvernementaux de Currie, car les deux méthodes se basent sur l'analyse de la politique du gouvernement. Il conclut que les deux méthodes ont pour but de déterminer quel est l'intérêt de l'État, d'un point de vue fonctionnel, en examinant la politique et l'intérêt inspirant le droit. Par ailleurs, pour éviter le caractère abstrait de l'application de la loi du for ainsi que son utilisation excessive, la méthode de la *loi d'application immédiate* ne peut seulement se limiter à une perspective territorialiste. Il est nécessaire de prendre en compte, également, une perspective internationale de la méthode de la *loi d'application immédiate*⁴¹⁴.

⁴¹² K.-P. WU, The Legislation and Court Decisions Relating to the 'Lois d'Application Immédiate' in Private International Law, *op. cit.*, p.123.

⁴¹³ Dans le même sens, voir L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, 2001, p.190.

⁴¹⁴ K.-P. WU, *ibidem*. En matière de droit positif, M. Wu fait référence à l'article 19 du Code de droit international privé suisse pour étayer son raisonnement : « *Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la*

Ainsi, la doctrine taïwanaise du droit international privé qui se dessine semble progressivement prendre la forme d'une structure plus flexible avec des méthodes toujours plus affinées. Dans la même lancée, il existe une tendance visant à conférer au juge une plus grande autorité pour évaluer l'impact de l'application de la loi, nationale ou étrangère, encourageant ainsi les internationalistes taïwanais à adopter, dans certains litiges internationaux, la nouvelle méthode américaine du droit international privé.

Cette évolution a fait entrer la doctrine taïwanaise dans l'ère du pluralisme.

§ 2 La nouvelle méthode du droit international privé

Nous avons vu que la nouvelle méthode du droit international privé, c'est-à-dire la nouvelle théorie américaine, a été introduite par les internationalistes taïwanais à partir des années quatre-vingt. Plusieurs articles importants, ainsi que certains livres spécialisés dans le domaine de la théorie générale du droit international privé américain, ont été publiés et ont suscité des débats parmi les internationalistes taïwanais (A). Dans l'ensemble, la plupart des internationalistes taïwanais se sont positionnés contre la nouvelle méthode, car cette méthode permet difficilement d'établir un critère concret, préservant une certaine prévisibilité et stabilité d'application du droit. Toutefois, l'une de ces nouvelles méthodes a été acceptée, à titre exceptionnel, par tous les internationalistes taïwanais : il s'agit de la théorie du lien le plus pertinent (B).

situation visée présente un lien étroit avec ce droit.

Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit ».

A. L'impact de la nouvelle méthode

Trois théories principales sont toujours mentionnées par les internationalistes taïwanais, dans la plupart des articles introduisant les nouvelles théories américaines du droit international privé. Il s'agit des théories de l'analyse des intérêts gouvernementaux proposée par Currie, de l'analyse fonctionnelle (*Functional Analysis*) préconisée par les professeurs Von Mehren et Donald Trautman⁴¹⁵, et de la théorie du lien le plus pertinent présentée par Wills Reese dans la deuxième mise à jour (*Restatement Second*) des règles du conflit de lois. Cette dernière mise à part, ces théories n'ont pas eu de succès auprès des internationalistes taïwanais⁴¹⁶.

La théorie de Currie, qui ébranle le fondement de la doctrine taïwanaise du droit international privé, est certainement la plus discutable et aussi la plus originale des nouvelles théories américaines. Cette théorie a plutôt incité certains internationalistes taïwanais à formuler leurs propres théories, en adoptant un fondement différent de celui de la doctrine classique⁴¹⁷. Le professeur Lon-Sjue Chen affirme à ce sujet que Currie « *a eu plus d'influence sur les conflits de lois que n'importe quel auteur, si ce n'est quiconque, n'en a eu sur quelque domaine du droit que ce soit* »⁴¹⁸.

La théorie de Currie se base principalement sur l'analyse des intérêts gouvernementaux, et suggère que les conflits de lois sont des conflits d'intérêts. Le problème consiste à déterminer, au cas par cas, quelle est la règle qui est la plus

⁴¹⁵ Cette théorie a été exprimée pour la première fois par les professeurs Arthur von Mehren et Donald Tautman, dans un livre intitulé *The Law of Multistate Problems* en 1965. Elle a été proposée pour remplacer la théorie de Currie, afin de résoudre le problème du vrai conflit. MM. Von Mehren et Donald Trautmen ont proposé cinq critères d'analyse du conflit d'intérêts : le principe de réciprocité, l'encouragement à l'activité multinationale, la protection de l'espoir raisonnable, l'équité et la possibilité de régir les litiges similaires, ou encore le principe de bonne administration de la justice. C.-V. CHEN, Le passé et le futur de la méthodologie en droit international privé (I) (II), *LM*, v. 35, n° 6, 7, 1984, p.6 ; p.5.

⁴¹⁶ La théorie de l'analyse fonctionnelle est aussi considérée comme l'une des branches de la théorie des intérêts gouvernementaux. Compte tenu du principe qui a présidé à son inspiration, le professeur Lon-Sjue Chen l'a appelée *la méthode du compromis (Compromise Approach)*. La nouvelle théorie américaine du droit international privé, *Wu-Nan*, 1987, p.92 s.

⁴¹⁷ L.-S. CHEN, The Choice of Laws Rules Based on Substantive Law Methodology (II), *TULR* n°22, 2005, p.309, spec. p.342.

⁴¹⁸ "*Currie had more influence on conflicts of law than any commentator, if not person, has had on any area of the law*". L.-S. CHEN, The Choice of Laws Rules Based on Substantive Law Methodology (I), *TULR* n°21, 2004, p.185, spec. p.189.

susceptible de s'appliquer. Currie a identifié trois types de conflits de lois : le vrai et le faux conflits, et le cas du *non-intérêt*. Dans le cas du vrai conflit (*True Conflict*), plusieurs États ont un intérêt à faire appliquer leur droit pour résoudre la situation litigieuse. Dans le cas du faux conflit (*False Conflict*), il n'y a qu'un seul État ayant un intérêt à régir la situation. Dans le cas du *non-intérêt* (*No Interest ; unprovided-for*), aucun État n'a d'intérêt particulier à faire appliquer son droit dans le litige concerné. Le tribunal saisi doit analyser les politiques (*policy*) des différents États afin de déterminer dans quelles circonstances il est raisonnable de mettre en œuvre une certaine politique. De manière générale, dans le cas du vrai conflit et dans le cas du *non-intérêt*, Currie a proposé d'appliquer la loi du for. Dans le cas du faux conflit, il considère que le tribunal saisi doit choisir la loi de l'État ayant un intérêt à faire appliquer son droit⁴¹⁹. Ainsi, nous pouvons constater que cette théorie n'a pas pour objectif de désigner la loi applicable dans le litige international, mais de répartir les compétences entre les États⁴²⁰.

Pourtant, pour la plupart des internationalistes taiwanais, la théorie de Currie ne peut être retenue. Ils lui reprochent principalement un critère trop vague ainsi que l'incertitude qu'il génère, caractéristiques qui s'accordent mal à la tradition du juge taiwanais en matière de litige privé international⁴²¹. Le même reproche a été fait à la théorie de l'analyse fonctionnelle. De plus, la perspective fédérale propre à cette théorie a aussi limité son utilisation dans les pays possédant un régime politique différent⁴²². Le professeur Lon-Sjue Chen fait remarquer à cet égard que la théorie

⁴¹⁹ Dans l'ouvrage de Currie, qui a présenté sa théorie la méthode préconisée comporte six points. Nous ne reprenons que les trois principaux types classés par Currie pour expliquer les principes généraux de sa théorie. B. CURRIE, Selected Essays on the Conflict of Laws, Durham, North Carolina, Duke University Press, 1963, p.756; B. HANOTIAU, The American Conflicts Revolution and European Tort Choice-of-Law Thinking, 30 *Am. J. Comp. L.*, 1982, p.78; B. HANOTIAU, Le droit international privé américain: du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws, LGDJ, 1979, p.96.

⁴²⁰ Dans la même perspective, voir B. HANOTIAU, Le droit international privé américain: du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws, p.82.

⁴²¹ T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *op. cit.*, p.52 ; L.-S. CHEN, La nouvelle théorie américaine du droit international privé, *op. cit.*, p.50 s. ; F.-S. KAO, L'évolution de la théorie américaine de droit international privé, 1990, p.44 s. ; M.-R. TSENG-CHEN, L'analyse de la doctrine américaine du droit international privé, *CYLR v. 61*, 1995, p.13 ; E. W. LIN, La comparaison de la méthodologie en droit international privé, *THLR*, V.17 ; 2002, p.347 ; Y.-S. LIN, L'application du principe le lien le plus étroit en droit international privé, *TLR n°48*, 1999, p.20 ; C.-C. HSU, Les essais du droit international privé et du droit comparé, *Han-Lu*, 2005, p.230.

⁴²² Dans la même optique, M. Chao-Ching Hsu fait valoir qu'« à cause de la différence de nature entre le conflit interrégional de lois et le conflit international de lois, la doctrine de l'analyse des intérêts gouvernementaux peut difficilement être soutenue par les internationalistes d'un pays possédant un

de Currie a en fait déclenché un réflexe de chauvinisme (*Forum Chauvinism*) dans les théories modernes du droit international privé⁴²³.

Malgré tout, en dépit des critiques sévères qui lui ont été adressées, la théorie de Currie a en fait ouvert un horizon encore inexploré pour la nouvelle génération d'internationalistes taïwanais. L'analyse des intérêts gouvernementaux signifie non seulement que l'approche traditionnelle, qui préconise une méthode neutre, bilatérale et indirecte est déjà remise en question, voire dépassée ; mais aussi qu'il existe une méthode plus affinée permettant au juge saisi de justifier son jugement.

B. La théorie du lien le plus pertinent

Préconisée par M. Willis Reese, adoptée lors de la seconde mise à jour (*Restatement Second*) des règles du conflit de lois, la théorie du lien le plus pertinent est considérée comme un produit hybride, mêlant ancienne et nouvelle méthodes. Cette théorie peut être caractérisée par deux traits spécifiques. D'une part, elle confère au juge saisi une certaine autorité lui permettant d'analyser les éléments de fait, pour arriver à trancher le litige de manière équitable dans les cas particuliers. D'autre part, elle propose un critère concret permettant d'éviter un jugement arbitraire ou un excès de pouvoir du juge saisi⁴²⁴, et conserve les atouts de la méthode classique que sont la stabilité et la prévisibilité. C'est pour ces raisons que la théorie du lien le plus pertinent a généralement été acceptée par les internationalistes taïwanais.

système juridique continental ». C.-C. HSU, *ibidem*. Le succès de la théorie de Currie auprès des juges américains est liée à son adéquation au régime fédéral : Si le jugement se conforme à la *full faith and credit clause* ou au principe du *due process of law* procédant de la Constitution fédérale, il est souvent considéré comme légitime. C'est pourquoi le juge des Etats-Unis peut librement analyser les intérêts gouvernementaux entre les États. Mais, sur le plan international, il faut toujours considérer le *comitas* international. Et par respect pour la souveraineté étrangère, les internationalistes taïwanais ne sauraient accepter une analyse de la politique étrangère dans le cadre de la résolution d'un litige international.

⁴²³ L.-S. CHEN, The Universally Shared Principles in Conflict of Laws, *FJLJ*, n° 3, janvier 1984, p.417 ; L.-S. CHEN, La nouvelle théorie américaine du droit international privé, *op. cit.*, p.5 s.

⁴²⁴ C.-C. HSU, Les essais du droit international privé et du droit comparé, *op. cit.*, p.12 ; K.-P. WU, La législation de la théorie du lien le plus étroit, *LJ* n°188, 2002, p.97 ; M.-R. TSENG-CHEN, L'analyse de la doctrine américaine du droit international privé, *op. cit.*, p.18.

Dans la législation, il existe trois types d'utilisation de cette théorie. Le premier envisage cette théorie comme un principe de droit commun ; c'est le cas du Code de droit international privé autrichien dans son premier article⁴²⁵. Le deuxième adopte cette théorie comme une exception. Le critère du lien le plus pertinent est prévu dans le droit international privé, mais le juge a le pouvoir de renverser cette présomption. Autrement dit, les éléments de rattachement définis par la loi sont supposés représenter à eux seuls le rattachement le plus *fort*, mais cette présomption est invalidée lorsque le juge identifie des éléments de rattachement plus pertinents dans un autre État. Dans cette optique, la théorie du lien le plus pertinent est utilisée comme une institution visant à remédier aux inconvénients de la méthode classique, plutôt qu'à substituer de nouveaux rattachements. L'article 15 du Code de droit international privé suisse a adopté cette approche⁴²⁶. Enfin, le troisième type d'utilisation vise à limiter le domaine d'application de cette théorie. Elle est alors employée comme une règle subsidiaire dans certaines matières, comme dans les articles 4, 5, 14 et 28 du droit international privé de la République fédérale d'Allemagne en 1986⁴²⁷.

Toutefois, la doctrine du lien le plus pertinent n'a pas échappé pour autant à la critique des internationalistes taiwanais. Le professeur Lon-Sjue Chen souligne que *« peu importe que la doctrine du lien le plus pertinent soit adoptée comme un principe de droit commun ou comme une clause d'exception, elle est toujours un produit hybride des théories classique et moderne du droit international privé. (...) Plus précisément, cette théorie hybride possède les avantages de ces deux méthodes, mais elle en a aussi hérité les défauts. Elle a en effet un caractère*

⁴²⁵ L'article 1^{er} du Code de droit international privé autrichien du 15 juillet 1978 stipule que *« chaque rapport juridique comportant un élément d'extranéité doit être, en ce qui concerne le droit privé, apprécié en fonction de l'ordre juridique avec lequel il présente le rattachement le plus fort »* (*Factual situations with foreign contacts shall be judged, in regard to private law, according to the legal order to which the strongest connection exists*).

⁴²⁶ L'article 15 du Code de droit international privé suisse stipule que *« le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit »*, voir <http://www.admin.ch/ch/f/rs/291/a15.html>.

⁴²⁷ C.-C. HSU, Une brève introduction à la règle de conflit en matière de délit dans les pays européens, LJ n°165, 1997, p.46-62 ; C.-C. LIU, Le nouveau droit international privé allemand en 1986, in *Les essais du droit international privé*, Wu-Nan, 1988, pp.115-169 ; L.-K. LAI, Le nouveau droit international privé allemand en 1999, LM v. 51 n°4, 2000, p. 43.

mécanique et incertain »⁴²⁸.

Le problème est clair : quel est le critère du lien le plus *pertinent* ?

En effet, le principe inspirant la théorie du lien le plus pertinent est celui de la liberté d'appréciation. Le professeur Wilhelm Wengler précise dans ce sens que « *le rattachement 'le plus fort' à un ordre juridique ne doit plus être cherché dans la forme d'un seul élément de rattachement mais peut consister dans l'addition de tous les rattachements existants à un État déterminé* »⁴²⁹. Ainsi, de manière générale, le critère du lien le plus pertinent doit dépendre de l'interprétation judiciaire concrète, c'est-à-dire que le juge doit le déterminer au cas par cas. Toutefois, il semble qu'aucun critère unique n'ait jamais été établi par la jurisprudence aux États-Unis. Le qualificatif *pertinent* est aussi vague, à notre avis, que la notion d'*ordre public*, et ne se laisse pas aisément définir. Le caractère vague et incertain de cette théorie la rend peu maniable à utiliser comme principe de droit commun dans les systèmes juridiques de type continental. Ce qui explique qu'elle soit plutôt utilisée comme instrument d'harmonisation dans ces pays.

Au bout du compte, les internationalistes taiwanais se sont finalement prononcés en faveur de la théorie du lien le plus pertinent. Ils l'ont adoptée à double emploi : comme un principe général dans certains domaines ; et comme technique d'ajustement dans les cas où la loi précise certains éléments de rattachement importants pour concrétiser le critère du lien le plus pertinent. Par ailleurs, cette théorie a également été utilisée dans le nouveau projet de révision de la loi de 1953, dans le cadre du conflit positif de nationalités (art. 2), du conflit positif de domiciles (art. 4), du mandat (art. 17), du délit (art. 23), du connaissance (art. 39), des régimes matrimoniaux (art. 44), du divorce (art. 46) et de la filiation (art. 54).

⁴²⁸ L.-S. CHEN, The Choice of Laws Rules Based on Substantive Law Methodology (II), *op. cit.*, p.316.

⁴²⁹ W. WENGLER, L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, *RCDIP*, 1990, p.657. M. Reese considère aussi que le lien le plus pertinent est un critère de *qualité* plutôt que de *quantité*. W. REESE, Choice of Law : Rules vs. Approach, *57 Cornell L. Rev.*, 1972, p.315; W. REESE, American Trends in Private International Law, *33 Vand L. Rev.*, 1980, p.717.

Toutefois, le projet de loi n'apporte aucune précision définissant les contours de la notion de *lien le plus pertinent*. Il nous faut donc attendre que les praticiens comblent cette lacune à l'avenir.

Section 2. De la traduction littérale à l'ouvrage original

Quiconque effectue une recherche sur la doctrine taïwanaise du droit international privé risque d'être surpris par le constat suivant : en dépit du rôle majeur joué par les doctrines étrangères dans le développement de la doctrine taïwanaise du droit international privé, le nombre d'ouvrages étrangers traduits en taïwanais est minime et sans commune mesure avec le nombre de doctrines étrangères introduites dans les travaux de droit international privé taïwanais (§1).

Toutefois, il convient de préciser qu'au cours des premières années la plupart des internationalistes taïwanais ont pris pour modèle la structure des ouvrages étrangers. Le premier ouvrage original, écrit par M. Han-Pao Ma, n'a été publié que dans les années soixante à Taïwan, et a fondé la doctrine du droit international privé taïwanais (§2). C'est en se basant sur la théorie de M. Ma que les internationalistes taïwanais ont développé leurs propres réflexions doctrinales. Ils ont dès lors engagé la réorganisation complète du système de droit international privé taïwanais. Ce vaste chantier explique le recours de la doctrine taïwanaise à différentes méthodes juridiques dans les dernières années.

§ 1 Les ouvrages étrangers traduits

Depuis 1946, seuls trois ouvrages étrangers de référence en droit international privé ont fait l'objet d'une traduction littérale à Taïwan. Le premier est le célèbre ouvrage de M. Henri Batiffol, *Traité de droit international privé*, qui a été traduit par

Mme Ming-Ruu Tseng-Chen en 1975⁴³⁰. Le deuxième ouvrage est la deuxième mise à jour (*Restatement Second*) des règles du conflit de lois, traduit par M. Tei-Chen Liu en 1986⁴³¹. Et le troisième ouvrage est le Code suisse de droit international privé, qui a été traduit par un groupe de recherche dirigé par M. Tei-Chen Liu en 1991⁴³². De manière générale, ces traductions ont eu une influence notable sur les internationalistes taïwanais. Nous allons donc les présenter.

Dans un premier temps, c'est avec la traduction du traité de Batiffol que la pensée de l'internationaliste français a pour la première fois été présentée à l'école taïwanaise. Mme Tseng-Chen, qui a aussi obtenu le titre de docteur en droit de l'Université de Strasbourg⁴³³, a réalisé le délicat et consciencieux travail de traduction du traité. À Taïwan, cette traduction est devenue la référence la plus importante sur l'école française du droit international privé. Il est aisé de constater dans les ouvrages des auteurs taïwanais souscrivant à la doctrine de l'école française, tels que MM. Shi Ho ou Zeu-Tung Ko, l'influence considérable qu'a eu le traité de Batiffol⁴³⁴. Quant aux auteurs taïwanais qui ne connaissent pas le français, ils ont souvent recours à cette traduction pour saisir ou expliquer la pensée de l'école française⁴³⁵.

Dans un deuxième temps, la traduction réalisée par M. Tei-Chen Liu de la deuxième mise à jour (*Restatement Second*) des règles du conflit de lois est aussi

⁴³⁰ M.-R. TSENG-CHEN, Traité de droit international privé (traduction du livre de H. Batiffol, version originale en 1970, 1971), 1975, 1979 (2^e éd.).

⁴³¹ T.-C. LIU, The Second Restatement of Conflict of Laws (traduction), JW, 1986.

⁴³² T.-C. LIU (chef d'éditeur), Le Code suisse de droit international privé, San-Ming, 1991.

⁴³³ Diplômée d'un doctorat en droit de l'Université de Strasbourg en 1965, sa thèse a pour titre *Les immunités de juridiction et d'exécution des États étrangers en droit français et en droit anglais*, et a été dirigée par le professeur Jean-Marc Bischoff.

⁴³⁴ L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, *op. cit.*, p.499 ; S. HO, Droit international privé, Taipei-Lian-Ho, 12^e éd., 1979 (1^{ère} éd. en 1964) ; S. HO, Traité du droit international privé, San-Ming, 2^e éd., 1984. (1^{ère} éd. en 1964)

⁴³⁵ Par exemples, L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, *op. cit.*, p.285 ; T.-C LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *op. cit.*, p.25 s.

une référence importante pour la recherche en droit international privé américain à Taïwan. Cette traduction a comme caractéristique de préciser le critère du lien le plus pertinent dans le cas du délit transnational. Aujourd'hui à Taïwan, cette traduction reste le seul ouvrage de référence pour les recherches sur les nouvelles théories américaines : presque toutes les publications taïwanaises présentant les nouvelles théories américaines ont été rédigées en se basant sur cette traduction pour commenter la *théorie du lien le plus pertinent*.

La traduction du Code suisse de droit international privé est une œuvre de longue haleine des internationalistes taïwanais, qui a finalement porté un fruit exceptionnel. La traduction de la version anglaise du code a été réalisée par un groupe de recherche dirigé par le professeur Symeon Symeonides du Centre de droit de l'Université de l'État de la Louisiane (*The Louisiana State University Law Center*). En complément, les auteurs ont ajouté leurs commentaires à la traduction des articles du code dans chaque chapitre. Dans les annexes à la traduction, les auteurs ont aussi inclu les traductions du droit international privé italien (du 16 octobre 1942), allemand (de l'Est, du 5 décembre 1975), autrichien (du 15 juin 1978), hongrois (du 1^e juillet 1979), turc (de 1982), yougoslave (du 15 juillet 1982), péruvien (du 14 novembre 1984), allemand (de l'Ouest, du 25 juillet 1986), japonais et américain (*The Second Restatement*, en 1971, 2^e édition). Aujourd'hui, ce livre remarquable est devenu l'une des références les plus importantes en matière de droit international privé comparé à Taïwan.

De manière générale, la traduction d'ouvrages étrangers est un moyen efficace pour permettre l'accès aux systèmes juridiques étrangers. Et considérant le manque de travaux en droit international privé à Taïwan, les réflexions menées dans le cadre du droit international privé étranger peuvent fournir aux internationalistes taïwanais des sources d'inspiration pour réformer le droit taïwanais. Les internationalistes taïwanais ont, par ailleurs, pour tradition d'utiliser la méthode comparative dans leurs études de droit international privé. Dans cette optique, la traduction est un instrument pratique pour l'analyse du droit international privé étranger.

Pourtant, il est intéressant de souligner que la plupart des internationalistes taïwanais ne se sont pas limités à traduire des ouvrages célèbres de droit

international privé étranger. Cette situation résulte de l'existence de plusieurs facteurs. Au cours des premières années le nombre des internationalistes était restreint à Taïwan. À vrai dire, il a manqué des personnes capables d'effectuer systématiquement des traductions de qualité. Ensuite, la plupart des internationalistes taïwanais ont tendance à focaliser leurs recherches sur des problèmes différents. Mis à part le groupe dirigé par M. Tei-Chen Liu en 1991, il est très rare de trouver un groupe de recherche en droit international privé comparé⁴³⁶. C'est pourquoi les travaux de traduction du droit international privé étranger ont peu attiré l'attention des internationalistes taïwanais. Enfin, il convient de souligner que des traductions de la doctrine étrangère apparaissent aussi dans les articles individuels des juristes taïwanais. Elle est plus rarement présentée sous la forme d'un ouvrage spécifique.

Quoi qu'il en soit, les internationalistes taïwanais ne retiennent que rarement la forme de la traduction littérale de la doctrine étrangère du droit international privé, car l'école taïwanaise considère qu'un commentaire est toujours nécessaire. Cela explique sans doute pourquoi, en droit international privé, le nombre d'ouvrages étrangers traduits reste modeste à Taïwan. Afin de poursuivre notre présentation de la littérature taïwanaise en droit international privé, nous allons nous intéresser aux ouvrages originaux de la doctrine taïwanaise.

§ 2 L'élaboration d'ouvrages originaux

Au lieu de consacrer tout leur temps à traduire et présenter les doctrines étrangères, les internationalistes taïwanais préfèrent investir leur énergie et leur passion dans l'élaboration de leur propre système de conflit de lois. Et dans cette noble et difficile entreprise, c'est M. Han-Pao Ma qui a ouvert la voie dans les années

⁴³⁶ En 1985, dirigés par M Han-Pao Ma, les internationalistes taïwanais se sont rassemblés à Taipei pour fonder l'Association de recherche en droit international privé (ARDIP). Toutefois, excepté la publication régulière d'essais en droit international privé taïwanais, cette association n'a fait aucun projet de traduction de droit international privé étranger.

soixante, en rédigeant le premier ouvrage de droit international privé taïwanais (A). Les internationalistes taïwanais ont alors commencé leur *grand oeuvre*, en se lançant dans leur propre analyse et réflexion sur le droit international privé, faisant entrer la doctrine taïwanaise dans une ère nouvelle (B).

A. Le premier ouvrage original en droit international privé de M. Han-Pao Ma

C'est en 1964 que M. Han-Pao Ma a publié son ouvrage fondateur : *Droit international privé*⁴³⁷. Faisant partie de la première génération d'internationalistes taïwanais après la deuxième Guerre mondiale, M. Han-Pao Ma s'est largement inspiré des droits étrangers⁴³⁸, et plus particulièrement de la théorie chinoise⁴³⁹, pour établir le système du droit international privé taïwanais. Cet ouvrage constitue la première pierre de l'édifice de la doctrine taïwanaise du droit international privé. M. Ma, grâce à sa notoriété dans le domaine du droit international privé et son importante contribution en tant que grand juge à Taïwan (de 1982 à 1994), a eu une grande influence avec sa théorie non seulement sur l'école taïwanaise, mais aussi sur les praticiens taïwanais.

La structure de son ouvrage adopte la perspective du *micro-droit* international privé, c'est-à-dire qu'il s'intéresse principalement au problème du conflit de lois. Les autres domaines, tels que le conflit de juridictions ou l'effet du jugement étranger, ne font pas l'objet de développements spécifiques. M. Ma considérait que ces problèmes devaient être étudiés dans le cadre d'une autre discipline, *le droit judiciaire privé international*, dont nous avons déjà montré la spécificité par rapport

⁴³⁷ H.-P. MA, Droit international privé, 1964.

⁴³⁸ Les apports étrangers proviennent de trois sources : de la pensée anglaise (avec des auteurs tels que Beale, Cheshire, Dicey, Goodrich, Graveson, Kuhn, Lorenzen, Mehren, Nussbaum, Rabel, Westlake, Wharton et Wolff), de la pensée allemande (avec des auteurs tels que Bar, Kegel, Lewald, Makarov, Melchior, Miederer, Nussbaum, Raape, Savigny et Zitelmann) et de la pensée française (avec des auteurs tels que Batiffol, Niboyet et Pillet).

⁴³⁹ Trois internationalistes chinois, en particulier, ont influencé M. Ma : Chung-Shei Mei, Chu Chai et Yin-Chao Hung.

au droit international privé⁴⁴⁰. Cet ouvrage a aussi été influencé par l'approche nationaliste du droit international privé : une large part de cet ouvrage est consacrée au concept de nationalité, en particulier au principe de la *lex patria*, et au conflit de nationalités.

Toutefois, la méthode retenue par M. Ma est bilatérale. Sa réflexion s'inscrit dans le cadre de la théorie classique du droit international privé. La théorie du point de rattachement est, en l'occurrence, le sujet d'étude principal de l'ouvrage de M. Ma. C'est en se référant à la théorie classique du droit international privé et à la loi de 1953 que M. Ma a établi une classification des rattachements selon quatre éléments : le sujet, l'objet, l'action et la volonté des parties. D'après cette théorie, le juge saisi doit déterminer quelle est la loi applicable en vertu du critère de rattachement approprié à la situation. La méthode unilatérale ne s'applique qu'à titre exceptionnel, dans les cas où le motif et le but d'une action ou d'un fait visent à protéger l'intérêt de l'État ou de l'ordre public.

Plusieurs principes sont énoncés dans cet ouvrage, et sont parfois considérés comme un véritable dogme dans la doctrine taïwanaise du droit international privé. Le premier principe concerne l'applicabilité de la loi de 1953. M. Ma est d'avis que lorsque le litige comporte des éléments d'extranéité, le juge doit appliquer d'office la règle du droit international privé. Autrement dit, M. Ma estime que le recours au droit international privé doit être soumis à l'identification préalable d'un élément d'extranéité⁴⁴¹. Cette approche a également été retenue dans la jurisprudence taïwanaise⁴⁴². Aussi, la question de la compétence du juge saisi pour appliquer la loi étrangère, comme l'illustre le débat sur l'arrêt *Bisbal* en France⁴⁴³, est-elle rarement soulevée par les internationalistes taïwanais.

⁴⁴⁰ Voir cette thèse, première partie, titre 2, Chapitre 1.

⁴⁴¹ H.-P. MA, *ibidem*, p.4.

⁴⁴² Voir l'arrêt de la Cour suprême n°1728 (1980) ; n°3281 (1994) ; n°1203 (1998) ; n°1031 (2002) ; n°1292 (2004).

⁴⁴³ Le juge doit-il appliquer d'office la loi étrangère désignée par le système de conflit du for ? C'est la question de droit évoquée dans l'arrêt *Bisbal* (le 12 mai 1959). Sur cette question, les opinions dans la jurisprudence française sont diverses. Voir *RCDIP*, 1960, p.62, note Batiffol ; *JDI* 1960, p.810, note Sialelli, *D.* 1960, p.610, note Malaurie ; *JCP*, 1960, II, p.11733, note Motulsky.

Le deuxième principe concerne le critère de qualification de la *lex fori*⁴⁴⁴. M. Ma préconise ce critère car il est plus facile à manier par le juge du for ; et car il permet d'éviter le cercle vicieux résultant du critère de la *lex causae*. Or, il semble que ce soit justement la raison pour laquelle le problème du renvoi de qualification est traditionnellement négligé par les internationalistes taiwanais⁴⁴⁵.

Le troisième principe concerne l'interprétation de la méthode du renvoi. Cette interprétation du renvoi a eu en fait une influence considérable sur les internationalistes taiwanais. D'un côté, M. Ma affirme que la méthode du renvoi a pour fonction d'harmoniser les décisions de différents pays ; d'un autre côté, il considère que le domaine d'application de cette méthode doit être limité : c'est seulement dans la mesure où il faut appliquer la *lex patria* que le juge saisi doit tenir compte de la méthode du renvoi⁴⁴⁶. Ainsi, dans d'autres situations, comme dans le cas du litige en matière de contrat international, et de manière à respecter l'autonomie de la volonté des parties, le renvoi ne peut être utilisé.

Le dernier principe concerne l'exception d'ordre public. M. Ma explique que dans certaines conditions exceptionnelles, le juge saisi peut refuser d'appliquer la loi étrangère pour sauvegarder l'intérêt de l'État et maintenir l'ordre public. Dans cette perspective, l'ordre public est utilisé comme un argument, voire un prétexte, pour appliquer la loi du for, mais seulement à titre d'exception. Devant respecter le principe de la souveraineté étrangère, le juge du for ne peut pas contrôler le droit étranger, c'est seulement si l'application du droit étranger est contraire à l'ordre public du for, que le juge saisi peut le refuser en y substituant le droit du for⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ H.-P. MA, *ibidem*, p.265.

⁴⁴⁵ E. W. LIN, Le renvoi de qualification : une comparaison entre les systèmes juridiques français et taiwanais, *op. cit.*, p.253.

⁴⁴⁶ H.-P. MA, *ibidem*, p.252-253.

⁴⁴⁷ Voir par exemple, l'arrêt de la Cour suprême n°130 (1994), concernant la loi étrangère qui permet la dette de jeu. H.-P. MA, *ibidem*, p.241.

Toutefois, envisagé à la lumière des réflexions actuelles en droit international privé, cet ouvrage laisse apparaître un certain nombre de lacunes. La première critique que l'on peut faire à cet ouvrage est que le champ d'étude du droit international y est trop étroit. Cette approche circonscrite est quelque peu dépassée et va à l'encontre du sens donné à l'évolution de la doctrine taïwanaise du droit international privé de nos jours. En fait, les problèmes engendrés par les affaires civiles internationales sont de plus en plus complexes dans la société moderne taïwanaise. Et la doctrine du droit international privé ne peut plus faire abstraction des autres institutions juridiques concernées, comme l'arbitrage ou le droit matériel international. La perspective préconisée dans cet ouvrage apparaît donc limitée. Un autre inconvénient est que cet ouvrage n'aborde pas encore le débat sur la nouvelle théorie du droit international privé, en particulier celui initié par les théories américaines. Et la plupart des arguments et raisonnements exposés consistent à illustrer le règlement de la loi de 1953, qui applique la théorie classique du droit international privé. Cette carence de la doctrine taïwanaise n'a été comblée que dans les années quatre-vingt par la nouvelle génération d'internationalistes.

B. Les autres ouvrages

Après l'œuvre inaugurale de M. Ma, les internationalistes taïwanais se sont lancés dans l'élaboration de leur propre système de droit international privé. Quatre ouvrages majeurs ont successivement été publiés depuis les années quatre-vingt, et ont permis l'évolution de la doctrine taïwanaise du droit international privé vers davantage de diversité et de créativité.

Le premier ouvrage, publié en 1987 et rédigé par le professeur Lon-Sjue Chen, aborde *La nouvelle théorie américaine du droit international privé*. Cet ouvrage présente non seulement les nouvelles théories américaines du droit international privé, mais comprend aussi *la théorie de la valeur prédominante (the Theory of Prevailing Value)* élaborée par le professeur Chen. Dans le troisième chapitre de cet ouvrage, le professeur Chen plaide pour une réflexion sur le fondement du droit international privé en posant une question : « *Pourquoi les décisions aboutissent-elles toujours au même résultat quelles que soient les théories ou les*

techniques procédurales utilisées par les juges? »⁴⁴⁸. « Le résultat le plus approprié » du jugement serait, selon cette théorie, celui qui correspond à la valeur prédominante en matière de conflit de lois. La nouvelle méthode du conflit de lois abandonne l'idée du recours à une méthode neutre, indirecte et abstraite. Au contraire, le juge saisi doit se mettre à la place d'un juge *international*, et s'enquérir des valeurs, des politiques et des théories présentes dans la société internationale⁴⁴⁹.

La théorie du professeur Chen a particulièrement attiré l'attention des internationalistes taïwanais de la nouvelle génération. Nous présenterons donc cette théorie de manière plus précise dans le prochain chapitre. Il est intéressant de constater que les disciples du professeur Chen sont tout aussi enclins à développer cette théorie. En 2004, M. Chao-Ching Hsu, juge au tribunal de Chia-Yi, a utilisé cette théorie en déterminant la valeur prédominante dans un litige en matière de contrat international de travail⁴⁵⁰. C'est la première fois que la théorie du professeur Chen a été mise en pratique par le juge taïwanais.

Publié en 1996, le deuxième ouvrage de référence a été rédigé par les professeurs Tei-Chen Liu et Rong-Chwan Chen, et s'intitule *Droit international privé*. La spécificité de cet ouvrage est d'étendre le domaine d'étude de la doctrine taïwanaise classique, en créant un système de droit international privé taïwanais plus vaste que par le passé, et qualifié par le professeur Lei-Kung Lai de *droit-médium international privé*.

Cet ouvrage comporte quatre parties : la théorie générale du droit international privé, la règle de conflit, le droit judiciaire privé international et le droit interrégional privé. Les méthodes préconisées restent les mêmes. En ce qui concerne la nouvelle théorie américaine, les professeurs Liu et Chen mettent l'accent sur l'idée que cette théorie est difficilement acceptable, car elle est incertaine et imprévisible contrairement à la théorie classique du droit international privé. Ils préfèrent ainsi

⁴⁴⁸ L.-S. CHEN, La nouvelle théorie américaine du droit international privé, *Wu-Nan*, 1987, p.105

⁴⁴⁹ L.-S. CHEN, *ibidem*, p.107.

⁴⁵⁰ L'arrêt de la Cour de Chia-Yi, *Chia-Lau-Hsiao* n°7 (2004).

maintenir la position adoptée par M. Ma. Ils préconisent toutefois, dans certains cas particuliers, l'utilisation de la technique de l'ajustement ou de l'adaptation (*en anglais adjustment; en allemand Angleichung*) pour remédier à un jugement inapproprié⁴⁵¹.

Le troisième ouvrage, publié en 1999, a été écrit par le professeur Zeu-Tung Ko. Cet ouvrage a pour principal sujet d'étude le conflit de lois. Des sujets comme le conflit de juridictions ou le conflit interrégional ne sont pas abordés. Le domaine d'étude de cet ouvrage est donc assez limité.

Pourtant, cet ouvrage met en lumière des problèmes et des réflexions importantes. C'est en effet le professeur Ko qui a, le premier, introduit la notion de *loi d'application immédiate*. Il recommande l'utilisation de cette théorie au juge taïwanais pour corriger le résultat du jugement, et remédier en particulier à la méthode mécanique du droit international privé taïwanais⁴⁵². Ensuite, sur la question de l'applicabilité de la règle de conflit, c'est-à-dire la règle de la loi de 1953, le professeur Ko remet en cause la doctrine classique de M. Ma. Il soutient que le juge doit pouvoir décider d'appliquer d'office ou pas la règle de conflit, de manière à pouvoir choisir librement la *lex fori*, s'il estime que cette option est plus appropriée⁴⁵³. Enfin, le professeur Ko met en exergue le rôle important de la règle matérielle internationale et de la *lex mercatoria* en matière de commerce international. Il considère que ces règles doivent faire partie du domaine d'étude du droit international privé taïwanais. Et dans certains cas, ces règles peuvent remplacer le

⁴⁵¹ T.-C. LIU et R.-C. CHEN, *Droit international privé*, *op. cit.*, p.557 s. L'adaptation ou l'ajustement est en effet un concept incertain, il est seulement utilisé dans les pays acceptant la théorie classique du droit international privé. Selon les professeurs Liu et Chen, « *dans notre tribunal, il n'existe aucune jurisprudence concernant la manière d'adapter ou d'ajuster le jugement. Il n'existe pas non plus de méthode concrète présentée par les internationalistes taïwanais. (...) Ainsi, si le juge taïwanais applique la règle de conflit, et qu'il trouve le résultat inapproprié, il lui faut tout d'abord utiliser une méthode ou une théorie déjà développée. À titre exceptionnel, il peut utiliser l'adaptation ou l'ajustement, mais il doit alors préciser le raisonnement et la logique adoptés* ».

⁴⁵² Z.-T. KO, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 110.

⁴⁵³ Z.-T. KO, *ibidem*, p.171 s..

droit international privé⁴⁵⁴.

Enfin, publié en 2001, le dernier ouvrage à noter a été écrit par le professeur Lei-Kung Lai et s'intéresse à *La théorie générale du droit international privé contemporain*. C'est le premier ouvrage de droit international privé taïwanais à adopter la perspective du *macro-droit* international privé. À cet égard, le professeur Lai défend indéniablement une approche pluraliste du droit. Il considère que le droit international privé est « *une discipline qui a vocation à résoudre le problème du conflit de lois, comprenant les solutions non seulement de la règle de conflit, mais aussi de la règle matérielle internationale, du droit judiciaire privé international ainsi que de l'arbitrage international* »⁴⁵⁵.

Dans une certaine mesure, on peut dire que le travail du professeur Lai n'est pas encore achevé. Cet ouvrage est plutôt une introduction générale à sa théorie⁴⁵⁶. Ainsi, au terme de cette présentation des ouvrages originaux en droit international privé, il apparaît que la doctrine taïwanaise tend à favoriser un esprit pluraliste dans l'approche de la discipline. Elle tend aussi de plus en plus à conférer au juge la capacité de décider, de son propre chef, de la méthode à utiliser pour résoudre le litige. Enfin, il semble que ni la règle de conflit traditionnelle ni la nouvelle théorie ne peuvent s'exclure l'une l'autre : elles coexistent.

⁴⁵⁴ Z.-T. KO, *ibidem*, p.248 s..

⁴⁵⁵ L.-K. LAI, La théorie générale du droit international privé contemporain, *op. cit.*, p.35.

⁴⁵⁶ Le professeur Lai a continué à publier des ouvrages après 2001. À l'heure actuelle, il a publié plusieurs livres : *La structure du droit international privé contemporain* (Shan-Chou, 2001) et *Le droit maritime international privé (I) (II)* (Shan-Chou, 2002). Ces livres sont considérés comme les piliers de la doctrine du macro-droit international privé.

Titre II La méthodologie du droit international privé sous l'angle des sources doctrinales locales

Le développement de la société taïwanaise a été particulièrement intense au cours du XX^{ème} siècle. Il n'a fallu qu'un demi-siècle à la société taïwanaise pour passer de la société agricole à la société industrielle⁴⁵⁷. Le gouvernement taïwanais a accéléré cette évolution, en particulier depuis les années quatre-vingt, en libéralisant le marché. Dès lors, les activités transnationales se sont multipliées⁴⁵⁸. Cette transformation de la société a obligé les internationalistes taïwanais à reconsidérer leur approche du droit et à chercher des solutions appropriées à cette nouvelle situation, qu'elles soient plus ouvertes ou plus conservatrices que par le passé. Nous avons vu qu'ils ont, tout d'abord, cherché ces solutions dans différentes méthodes étrangères, puis ils ont adapté ces méthodes à leur propre système, de manière à formuler leur propre théorie du droit international privé taïwanais.

Les internationalistes taïwanais se sont ensuite intéressés aux différents fondements du droit international privé. Aujourd'hui, ils poursuivent leurs réflexions dans la recherche d'une *troisième voie* sur la méthodologie du droit international privé. L'hypothèse doctrinale de la théorie de *la valeur prédominante*, proposée dans les premières années par le professeur Lon-Sjue Chen, est sans doute la théorie la plus originale de toutes les nouvelles théories présentées par les internationalistes taïwanais. Cette théorie ne se base plus sur la règle de conflit traditionnelle, ni sur la nouvelle méthode, qualifiée d'*impressionnisme juridique* par certains auteurs français⁴⁵⁹. Elle concerne directement la valeur ou la politique substantielle du droit, car elle élabore une solution spécifique pour chaque situation en fonction du critère de la valeur prédominante.

⁴⁵⁷ À cet égard, voir P. LOROT et T. SCHWOB, Singapour, Taïwan, Hong Kong, Corée du sud : les nouveaux conquérants ? Hatier, p.40-43 ; A. CAMBLIN, Taïwan (République de Chine) : la victoire du dragon, Sedes, p.35 s.

⁴⁵⁸ A. CAMBLIN, *ibidem*, p.55 s.

⁴⁵⁹ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, Droit International privé, p. 163, n°136.

La nouvelle théorie est indéniablement plus ambitieuse et plus audacieuse que les théories traditionnelles. Et les internationalistes taiwanais de la nouvelle génération se sont inspirés de cette théorie pour élaborer leurs propres méthodes en matière de conflit de lois. Nous tenterons donc de présenter, dans le premier chapitre, les théories élaborées par la doctrine du droit international privé taiwanais.

On se demandera, par ailleurs, si la jurisprudence taiwanaise a accepté cette nouvelle théorie ou si au contraire elle a catégoriquement refusé toute modification de la méthode classique du conflit de lois. Et dans ce sens, on s'interrogera sur la possibilité de mettre en pratique cette doctrine. Pour répondre à ces questions, il apparaît nécessaire d'examiner, dans le deuxième chapitre, la pratique taiwanaise de manière à déterminer si ces théories originales sont effectivement mises en oeuvre.

Chapitre I. L'élaboration de la doctrine locale du droit international privé taïwanais

L'évolution de la doctrine du droit international privé taïwanais est liée à la loi de 1953. Avant cette loi, un seul article sur la théorie du droit international privé avait été publié à Taïwan en matière de statut personnel⁴⁶⁰. On ne peut conclure, toutefois, à l'absence de doctrine en droit international privé à Taïwan avant l'élaboration de la loi de 1953. À cette époque, les internationalistes taïwanais avaient recours aux doctrines étrangères pour expliquer les principes fondamentaux du droit international privé. Cette situation a progressivement évolué, comme nous l'avons montré précédemment. C'est après la publication de l'ouvrage de M. Han-Pao Ma, en 1964, que la doctrine taïwanaise du droit international privé a peu à peu échaffaudé son propre système.

Cependant, le système du droit international privé taïwanais est resté à l'état de théorie jusqu'aux années quatre-vingt. Pendant vingt ans, les internationalistes taïwanais ont tenté d'établir une procédure fixe pour déterminer la loi applicable au litige, de manière à faciliter l'application de la loi de 1953. Ce n'est qu'en 1982 que M. Han-Pao Ma a publié un article⁴⁶¹ précisant le mécanisme d'application de la règle de conflit en matière de litige d'extranéité. Dès lors, sa méthode a été acceptée par l'ensemble des internationalistes taïwanais. Cette méthode est aussi considérée comme la première méthode originale du droit international privé taïwanais.

En 1984, MM. Chang-Ven Chen et Lon-Sjeu Chen ont publié des articles qui prennent le contrepied de la méthode classique du droit international privé taïwanais⁴⁶². La théorie de ce dernier auteur est particulièrement novatrice par rapport à celles des autres internationalistes taïwanais. En même temps, le développement

⁴⁶⁰ Y.-C. HUNG, Le statut personnel en droit international privé, *LM* v.2, 1951, pp.4-7.

⁴⁶¹ H.-P. MA, La méthode d'application du droit dans le litige international, *LM* V.41 n°10, 1982, p.210.

⁴⁶² C.-V. CHEN, Le passé et le futur de la méthodologie en droit international privé (I) (II), *LM*, v. 35, n° 6, 7, 1984, p.6, p.5 ; L. S. CHEN, The Universally Shared Principles in Conflict of Laws, *FJLJ* n°3, 1984, p.418.

de la société taïwanaise appelait une réflexion sur la méthode classique du droit international privé taïwanais. Et c'est en fait à partir des années quatre-vingt-dix seulement que les internationalistes taïwanais ont commencé à publier de plus en plus d'études dans les différents domaines du droit international privé⁴⁶³.

Nous pouvons donc constater que la doctrine taïwanaise du droit international privé continue à se développer. Aussi, convient-il de distinguer les diverses méthodes proposées en se basant sur leurs fondements théoriques. Nous commencerons par présenter le mécanisme du droit international privé taïwanais (section 1), et nous poursuivrons ensuite par les théories des auteurs taïwanais (section 2).

Section 1. Les mécanismes du droit international privé taïwanais

Se basant sur les théories étrangères contemporaines, la méthode traditionnelle du droit international privé taïwanais est reconnue à Taïwan depuis les années soixante. Toutefois, la doctrine du droit international privé n'attirait pas beaucoup l'attention des praticiens taïwanais. En fait, les internationalistes constituaient un groupe restreint par rapport aux autres disciplines juridiques à Taïwan. Le juge taïwanais n'était pas encore habitué à appliquer la loi de 1953, même si elle avait été adoptée plusieurs années auparavant.

Cette situation a évolué après la présentation de la méthode de M. Ma dans les années quatre-vingt. Sa méthode a été acceptée à la même époque par l'ensemble des juristes taïwanais. Comme dans la méthode classique préconisée en Europe continentale, M. Ma a organisé la procédure d'application du droit international privé taïwanais dans le litige d'extranéité en plusieurs étapes : l'identification des éléments d'extranéité, la qualification, la recherche du critère de rattachement et la désignation

⁴⁶³ Dans les années quatre-vingt-dix, plus d'une trentaine d'articles et cinq livres sur le droit international privé ont été publiés à Taïwan. Ce nombre est trois fois plus grand que les ouvrages publiés dans les années quatre-vingt (huit articles, six livres).

de la loi applicable. Dans l'ensemble, ce raisonnement est diachronique, aucune phase ne peut être exécutée à un autre moment au cours de la procédure.

Aujourd'hui, même si cette méthode traditionnelle continue à être critiquée par les internationalistes taiwanais, il est important de souligner que la doctrine taiwanaise du droit international privé est devenue, grâce à cette méthode, un mécanisme complet. Autrement dit, la solution présentée par les internationalistes taiwanais dans le litige d'extranéité procède toujours de manière déterminée. Afin de présenter plus précisément le mécanisme du droit international privé taiwanais, il convient, tout d'abord, d'expliquer le mécanisme traditionnel mis en place par les internationalistes taiwanais (§1). Nous exposerons ensuite les critiques adressées à ce mécanisme, qui ont permis à la doctrine taiwanaise du droit international privé de s'enrichir et de se renouveler (§2).

§ 1 Un mécanisme mis en place par les internationalistes taiwanais

L'adoption de la loi de 1953 a incité les internationalistes taiwanais à élaborer leur propre mécanisme de droit international privé. Il s'agit principalement de la mise en œuvre de certains principes fondamentaux de la doctrine classique du droit international privé. Nous allons donc les présenter un à un.

A. La lex partiae

Dans la tradition doctrinale d'Europe continentale, il existe deux rattachements qui sont souvent utilisés en matière de statut personnel en droit international privé : le domicile et la nationalité. À la fin du XIX^{ème} siècle, la théorie du grand penseur italien,

Mancini, a influencé l'évolution législative en Europe⁴⁶⁴, et s'est répandue en Extrême-Orient.

Le principe d'application de la loi nationale constitue le point d'ancrage du statut personnel en droit international privé taïwanais. Les motifs inspirant le recours à ce principe sont variés. En premier lieu, figure l'influence de la doctrine chinoise du droit international privé. En Chine, au début du XX^{ème} siècle, le mouvement nationaliste chinois a incité le législateur chinois à favoriser le principe de l'application de la loi nationale. La Chine n'étant pas traditionnellement un pays d'immigration, les juristes chinois ont préféré adopter une position conservatrice. Cette approche nationaliste s'est souvent exprimée dans leurs ouvrages, en particulier en matière de statut personnel : la culture, l'identité nationale, l'histoire de l'État, ou encore l'ordre public national sont toujours évoqués⁴⁶⁵.

En deuxième lieu, pour la plupart des internationalistes taïwanais, la notion de *nationalité* est plus stable que celle de *domicile*. C'est la raison pour laquelle la plupart des internationalistes taïwanais prônent la primauté de la nationalité en matière de statut personnel⁴⁶⁶. Toutefois, les praticiens à Taïwan semblent apprécier, depuis peu, la possibilité d'adopter un nouveau type de rattachement comme la résidence habituelle, au lieu de la nationalité, dans le domaine du statut personnel⁴⁶⁷. Pourtant, ce nouveau rattachement reste encore discuté en théorie à Taïwan⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, Droit International privé, p. 103, n°100.

⁴⁶⁵ En effet, à cette époque, l'idée principale des législateurs nationalistes chinois était que la loi chinoise devait s'appliquer sans réserve sur tout le territoire de la Chine. Cette idée vient principalement de l'idéologie politique du nationalisme chinois. Mais aujourd'hui elle a été modifiée par les internationalistes taïwanais. Désormais, l'ordre public national n'intervient dans le litige international qu'à titre exceptionnel.

⁴⁶⁶ Z.-T. KO, Droit international privé, *Yuan-Chao*, 2^{éd.}, 2004, p.35 s. ; H.-P. MA, Droit international privé, 2004, p.68 s. ; L.-S. CHEN, Droit international privé comparé, *Wu-Nan*, 1989, p.42.

⁴⁶⁷ Y.-S. LIN, L'application de la résidence habituelle en droit international privé, *TLJ* n°28, 2001, p.98 ; L.-S. CHEN, *ibidem*, p.90.

⁴⁶⁸ Le projet de révision de la loi de 1953 maintient la primauté de la nationalité en matière de statut

En droit positif, la nationalité constitue aussi un rattachement déterminant dans la loi de 1953. En particulier dans le domaine du statut personnel, la loi nationale reste le critère de référence pour déterminer la loi applicable au litige⁴⁶⁹. Et dans le cas du conflit de nationalités, il est fait appel au principe de primauté de la nationalité du for et au principe de la nationalité de proximité. L'article 27 de la loi de 1953 stipule expressément l'obligation d'appliquer ce principe lorsque survient un conflit de nationalités. Selon cet article, le domicile joue en fait un rôle secondaire. Il ne s'applique que dans la mesure où existe un conflit négatif de nationalité⁴⁷⁰.

B. La *lex rei sitae*

Il est nécessaire de préciser que le principe de la *lex rei sitae* est universellement reconnu en matière de statut réel en droit international privé. Les biens considérés individuellement sont en principe soumis à la loi du lieu de leur situation. Ce principe vient de la conception territorialiste traditionnelle. Le litige concernant un contentieux en matière d'immeuble, notamment, coïncide souvent avec l'intérêt public du lieu où il se situe. Savigny justifiait ce principe en estimant que « *le lieu où se trouve l'objet est le siège du rapport de droit dont il fournit la matière* »⁴⁷¹. En effet, considérant son aspect pratique et son respect de la souveraineté de l'État où le bien se situe, les internationalistes taiwanais

personnel. La raison principale du rejet de la notion de résidence habituelle est que la définition du domicile en droit civil taiwanais est similaire à celle de la résidence habituelle. (l'article 20 du code civil taiwanais stipule que dans certains cas, si la personne a décidé d'habiter pendant une longue période dans une certaine région, on peut en déduire son domicile.) C'est pourquoi selon certains internationalistes taiwanais, il n'est pas nécessaire d'introduire la notion de résidence habituelle à Taïwan. Sur ce point, R.-C. CHEN, Propositions et la tendance d'amendement de la loi de 1953, *Collection des actes de conférence des deux rives du détroit de Taïwan t.1*, 2005, pp.67-78, spec. p.73.

⁴⁶⁹ Plusieurs articles dans la loi de 1953 préconisent l'application de la loi nationale, tels que l'article 1^{er} sur la capacité de la personne physique, l'article 11 et 12 sur l'effet du mariage, l'article 14 et 15 sur le divorce, l'article 16 sur l'enfant légitime, l'article 17 sur la reconnaissance de l'enfant, l'article 18 sur l'adoption, l'article 21 sur la pension alimentaire, l'article 22 sur la succession, et l'article 24 sur l'effet du testament.

⁴⁷⁰ Par ailleurs, en vertu de l'article 27 § 2, les principes adoptés en matière de conflit de domiciles sont les mêmes que ceux du conflit de nationalités.

⁴⁷¹ P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, n°644.

s'accordent de manière unanime pour dire que la *lex rei sitae* est la loi la plus appropriée.

Dans le droit positif, la loi de 1953 n'opère pas de distinction entre meubles et immeubles : dans les deux cas, le principe de la *lex rei sitae* s'applique. Mais dans certains cas exceptionnels, ce principe peut être écarté. Par exemple, dans la cas d'un navire, c'est la loi de l'État auprès duquel il bat pavillon qui s'applique ; dans le cas d'un aéronef c'est la loi de l'État dans lequel il est enregistré pour immatriculation selon l'article 10 § 4 de la loi de 1953⁴⁷².

C. Le locus regit actum

La maxime du *locus regit actum* a été consacrée par les internationalistes depuis longtemps. Selon sa définition littérale « le lieu régit l'acte », c'est-à-dire que l'acte juridique, dans sa forme, est soumis à la loi du lieu où il a été élaboré⁴⁷³. Par exemple, la forme du contrat est soumise à la loi du lieu de conclusion, ou encore, les conditions de forme du mariage sont soumises à la loi du lieu de célébration.

Même si les partisans du personnalisme, comme Mancini, préconisaient la nationalité comme fondement du droit international privé, le principe du *locus regit actum* reste maintenu en raison de son aspect pratique reconnu depuis longtemps⁴⁷⁴. Toutefois, même s'ils acceptent ce principe, les internationalistes taiwanais

⁴⁷² Ces exceptions s'expliquent par la difficulté pratique à localiser un bien. H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p.126 s.

⁴⁷³ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 2001.

⁴⁷⁴ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, p.390.

considèrent qu'il ne doit être utilisé que de manière facultative⁴⁷⁵. En matière de contrat international, le *locus regit actum* est toujours utilisé comme un principe subsidiaire par rapport au principe d'autonomie de la volonté de parties.

En droit positif, le principe a été codifié dans le Statut de 1918. La loi de 1953 adopte également cette règle à l'article 5 § 1, en ce qui concerne la condition de forme du contrat international. Pourtant, cette règle continue à être utilisée de manière facultative par les internationalistes taiwanais. C'est la *lex causae* qui est considérée comme la règle de droit commun en matière de contrat international⁴⁷⁶. Il semble donc que ce principe ait progressivement perdu de son importance à Taïwan. Cette évolution est due notamment à l'adoption du principe d'autonomie de la volonté des parties en matière de contrat international, par l'ensemble des internationalistes taiwanais au même titre que la loi de 1953. Elle s'explique aussi par l'introduction de la notion de *centre de gravité* dans la doctrine taiwanaise⁴⁷⁷. Enfin, il est à noter qu'en matière de délit international, une réflexion sur les inconvénients de cette règle s'est étoffée au cours des dernières années à Taïwan.

D. L'autonomie de la volonté des parties

En ce qui concerne le principe d'autonomie de la volonté des parties, il existe traditionnellement deux systèmes en matière de législation : le système moniste et le système dualiste⁴⁷⁸. Le système moniste est utilisé lorsque survient un conflit entre approches subjective et objective. L'approche subjective juge la volonté des parties suffisante pour créer des obligations. Les parties peuvent donc décider de ne

⁴⁷⁵ H.-P. MA, Private International Law of the Republic of China : Past, Present and the Future, T.M.C. Asser Press, *The Hague*, p.413, spec. p.422.

⁴⁷⁶ H.-P. MA, La méthode d'application du droit dans le litige international, LM V.41 n°10, 1982, p.210

⁴⁷⁷ À cet égard, sur la synthèse de l'école taiwanaise, voir : K.-P. WU, The Theory of Characteristic Performance in Private International Law, LJ n°196, 2004, p.1-33.

⁴⁷⁸ P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, n°692.

soumettre leur contrat à aucune des lois nationales en présence. Même à défaut de choix exprès, l'approche subjective préconise que le juge recherche la volonté implicite, voire hypothétique, des contractants d'après l'ensemble des circonstances du contrat. Au contraire, l'approche objective prône qu'en l'absence de toute volonté effective probable, il faut se rapporter aux présomptions générales. Selon cette thèse, il n'existe pas en réalité d'intention hypothétique entre les parties. La présomption générale est souvent la loi du lieu d'exécution, ou encore celle du lieu de conclusion du contrat⁴⁷⁹.

Le système dualiste s'attache à respecter la volonté des parties, et, à défaut de choix, recourt à un critère de rattachement objectif qui désigne de manière mécanique la loi applicable. La loi de 1953 a adopté le système dualiste. Son article 6 stipule que « *L'obligation résultant de l'acte juridique, la condition de fond et la validité doivent être soumises à la loi choisie par les parties* ». Le principe d'autonomie de la volonté des parties est ainsi reconnu dans cette disposition. Et, à défaut de choix, la loi de 1953 prévoit plusieurs rattachements, dans les paragraphes 2 et 3 du même article, pour déterminer la loi applicable : la nationalité commune, la loi du lieu de l'acte, la loi du lieu de demande, la loi du domicile du demandeur, ou encore la loi du lieu de l'exécution.

Il reste toutefois à se demander quel est le domaine d'autonomie de la volonté des parties. À cet égard, la théorie de M. Batiffol, préconisant la « localisation » du contrat en fonction du fait, est affirmée par certains juristes taiwanais⁴⁸⁰. La théorie de la localisation consiste à limiter le contrat aux seuls pays avec lesquels le contrat présente une attache sérieuse, c'est-à-dire aux seuls pays dans lesquels il est localisable⁴⁸¹. Néanmoins, en matière de liberté de choix de la loi applicable, la plupart des juristes taiwanais se sont montrés plutôt ouverts à différentes options. Cela permet donc aux parties de choisir une loi contractuelle, détachée de toute loi

⁴⁷⁹ H. BATIFFOL, Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats, in *Mel. Maury*, 1960, I, p.39

⁴⁸⁰ H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p.148 s.

⁴⁸¹ H. BATIFFOL, *ibid.*, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, n°269 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, Droit International privé, n°177.

nationale. Le cas du « contrat sans loi » est donc permis par les internationalistes taïwanais⁴⁸².

E. Les autres principes

Quant aux affaires extra-contractuelles en matière d'obligations, c'est-à-dire les délits, l'enrichissement sans cause⁴⁸³, ou encore la gestion d'affaires, elles requièrent l'application de la loi locale. En matière de délit international, la doctrine taïwanaise consacre la *lex loci delicti commissi* sans distinguer le type. Cette perspective a aussi été retenue par la loi de 1953. L'article 9 de cette loi adopte non seulement la *lex loci delicti*, mais il ajoute aussi une condition plus stricte : le délit doit être reconnu par le droit de la République de Chine. Autrement dit, c'est le droit de la République de Chine qui détermine l'existence du délit, y compris le domaine et le mode de compensation.

Lorsqu'il existe plusieurs lieux pour le délit, deux critères sont souvent retenus par les internationalistes taïwanais : il s'agit de la loi du lieu du fait générateur, et de celle du lieu du préjudice. En général, les internationalistes taïwanais sont en faveur de la loi du lieu de préjudice, car ce dernier est plus facile à localiser⁴⁸⁴. Toutefois, le professeur Zeu-Tung Ko estime que ce critère n'est approprié qu'en matière de délit commis à terre. Pour certains délits, comme les délits commis à bord de navires ou d'aéronefs, on ne peut appliquer de la même façon le critère du lieu du préjudice. Ces affaires concernent toujours un problème de technique

⁴⁸² H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p.146 ; T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, 3^eéd., *San-Ming*, 2004, p.306 s.

⁴⁸³ Le droit civil taïwanais s'est principalement inspiré du droit allemand, qui adopte la notion de *condictio* du droit romain par laquelle l'enrichissement sans cause est aussi considéré comme une source d'obligation en droit civil taïwanais. Z.-J. WANG, L'enrichissement sans cause, 2005, 2^eéd., p.7 s..

⁴⁸⁴ T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *op. cit.*, p.349 s. ; Y.-S. LIN, La doctrine et la pratique du droit international privé, Taipei, 4^e éd., 2004, p. 477 ; T.-C. LIU, Les essais du droit international privé, Chen-Da, 2^e éd., 1991, p.5 s. ; l'opinion opposée, Y.-C. SU, Droit international privé, Wu-Nan, 5^e éd., 2002, p. 248 s.

industrielle, et leurs cas sont si variés qu'il est difficile de leur trouver un critère commun pouvant s'appliquer à toutes les situations⁴⁸⁵.

En ce qui concerne l'enrichissement sans cause et la gestion d'affaires (*negotiorum gestio*), en général, la perspective retenue par les internationalistes taïwanais est que ces affaires doivent être régies par la loi du lieu où est survenu le fait. Autrement dit, l'obligation de l'enrichissement sans cause est régie par la loi du lieu de l'enrichissement, et l'obligation de la gestion d'affaires est régie par la loi du lieu de la gestion. En droit positif, l'article 8 de la loi de 1953 adopte le rattachement préconisé dans la doctrine taïwanaise, sans distinguer l'enrichissement sans cause de la gestion d'affaires. Pourtant, certains auteurs taïwanais soutiennent que ces deux cas sont différents, et que l'on ne devrait pas appliquer indistinctement la loi du lieu du fait générateur⁴⁸⁶. L'enrichissement sans cause, en particulier, est une notion indépendante en droit civil taïwanais. Il faut donc préciser cette notion en élaborant une disposition propre la distinguant de celle de la gestion d'affaires⁴⁸⁷.

F. Le renvoi

Pour la plupart des internationalistes taïwanais, le renvoi est une méthode servant à résoudre le conflit négatif de rattachements. De manière générale, chaque État a sa propre règle de conflits, qui utilise des rattachements différents et à l'aide desquels le juge désigne la loi applicable. Le problème du renvoi résulte donc de cette diversité. Dans la doctrine taïwanaise, la théorie du renvoi est admise. Elle distingue trois types de renvois : le renvoi direct (du premier degré), le renvoi

⁴⁸⁵ Z.-T. KO, Droit international privé, *op. cit.*, p.217 s.

⁴⁸⁶ H.-P. MA, Droit international privé, *op. cit.*, p.333 ; Y.-C. SU, Droit international privé, *op. cit.*, p.243 s. ; J.-Y. LIU, Droit international privé, San-Ming, 3^e éd., 2001, p.272 s.

⁴⁸⁷ Sur cette approche, R.-C. CHEN, Les essais du droit international privé, Wu-Nan, 1998, p.151 s. ; T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *op. cit.*, p.345.

transféré (du deuxième degré) et le renvoi indirect (du troisième degré)⁴⁸⁸.

Mais, si la théorie du renvoi est admise par les internationalistes taiwanais, qu'en est-il de la notion de renvoi de qualification⁴⁸⁹? En effet, la notion de renvoi de qualification doit encore être étudiée par les internationalistes taiwanais, car leur connaissance du renvoi résulte du conflit de systèmes juridiques entre États. Et la question du renvoi de qualification n'a pas retenu l'attention des internationalistes taiwanais. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette situation.

En premier lieu, dans la conception traditionnelle de la doctrine taiwanaise, l'hypothèse du renvoi est toujours soulevée lorsqu'un conflit négatif de rattachements survient⁴⁹⁰. La notion de renvoi de qualification ne correspond donc pas à la définition classique donnée par la doctrine taiwanaise. En deuxième lieu, en matière de critère de qualification, presque tous les internationalistes taiwanais soutiennent celui de la *lex fori*. Cela permet au juge du for de ne tenir compte du système juridique étranger qu'au niveau de la qualification. Le refus du critère de *lege causae* cache effectivement le problème du renvoi de qualification. Enfin, les internationalistes taiwanais estiment que l'objet de la qualification doit toujours être le fait, non le droit. Ainsi, la tâche du juge est de qualifier le fait dans le litige plutôt que d'évaluer la loi étrangère⁴⁹¹. Cette approche conduit le juge du for à appliquer le critère de la *lex fori*

⁴⁸⁸ Le renvoi au troisième degré cependant est rejeté par certains internationalistes taiwanais. Ce type de renvoi est admis par la loi de 1953. L'article 29 stipule qu'après le renvoi au second degré, le juge peut encore se référer au droit international privé étranger ou appliquer directement la loi de la République de Chine. Les internationalistes taiwanais reprochent à ce type de renvoi sa complexité et sa difficulté de mise en oeuvre. Il atténue en fait la fonction du renvoi. Dans cette optique, T.-C. LIU, Les essais du droit international privé, Chen-Da, 2^{éd.}, 1991, p.224 ; M.-R. TSENG-CHEN, Théorie générale du droit international privé (partie générale), Shuei-Lin, 7^{éd.}, 2003, p.318.

⁴⁸⁹ Sur le problème du renvoi de qualification, la vision des auteurs français : Y. LEQUETTE, Le renvoi de qualification, in *Mél. Holleaux*, p.249 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, Droit international privé, n°198-3 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, n°310.

⁴⁹⁰ L.-K. LAI, Le système doctrinal de la jurisprudence en droit international privé au cours du dernier siècle : la question centrale du 'renvoi' (I), *LF* n°21, 2003, p.28.

⁴⁹¹ R.-C. CHEN, La qualification et la requalification en droit international privé, *TLJ* n°40, 2002, p.129 ; T.-C. LIU, Les essais du droit international privé, 2^é éd., 1991, p.227 ; Z.-T. KO, Droit international privé, *op. cit.* p.72 ; H.-P. MA, Le droit international privé, *op. cit.*, p.259 ; L.-S. CHEN, Le droit international privé comparé, *Wu-Nan*, 1989, p.28, E.-F. LAN, L'introduction au droit international privé,

au niveau de la qualification.

Pour les internationalistes taïwanais partisans de la nouvelle théorie du droit international privé, la théorie du renvoi n'est pas très importante. Ils considèrent qu'elle est illogique et ne sont pas convaincus par les arguments qui la soutiennent : pourquoi le juge pourrait-il remplacer la loi applicable, qui est déterminée par la règle de conflit, par une autre loi à travers la théorie du renvoi? Dans ce sens, la doctrine du renvoi ne fait que refléter les inconvénients de l'approche systématique de la méthode classique. Aussi, les auteurs préconisent-ils la limitation du domaine d'application de la théorie du renvoi⁴⁹². En bref, la tendance principale au sein de l'école taïwanaise est de limiter l'application du renvoi. Elle ne s'applique que, comme l'article 29 de la loi de 1953 le stipule, dans la situation où le litige doit être soumis à la loi nationale.

On peut donc conclure que le droit international privé taïwanais fonctionne aujourd'hui comme un mécanisme complet. Parallèlement à ces principes, les internationalistes taïwanais ont progressivement introduit d'autres théories, telle que la loi d'application immédiate, ou l'exception d'ordre public. Le mécanisme du droit international privé taïwanais peut donc être représenté de la manière suivante :

1995, p.52.

⁴⁹² L.-S. CHEN, Le droit international privé comparé, *ibidem*, p.114 ; Z.-T. KO, Droit international privé, *op. cit.*, p.135 ; C.-V. CHEN, Le passé et le futur de la méthodologie en droit international privé (I), *LM*, v. 35, n° 6, 1984, p.6.

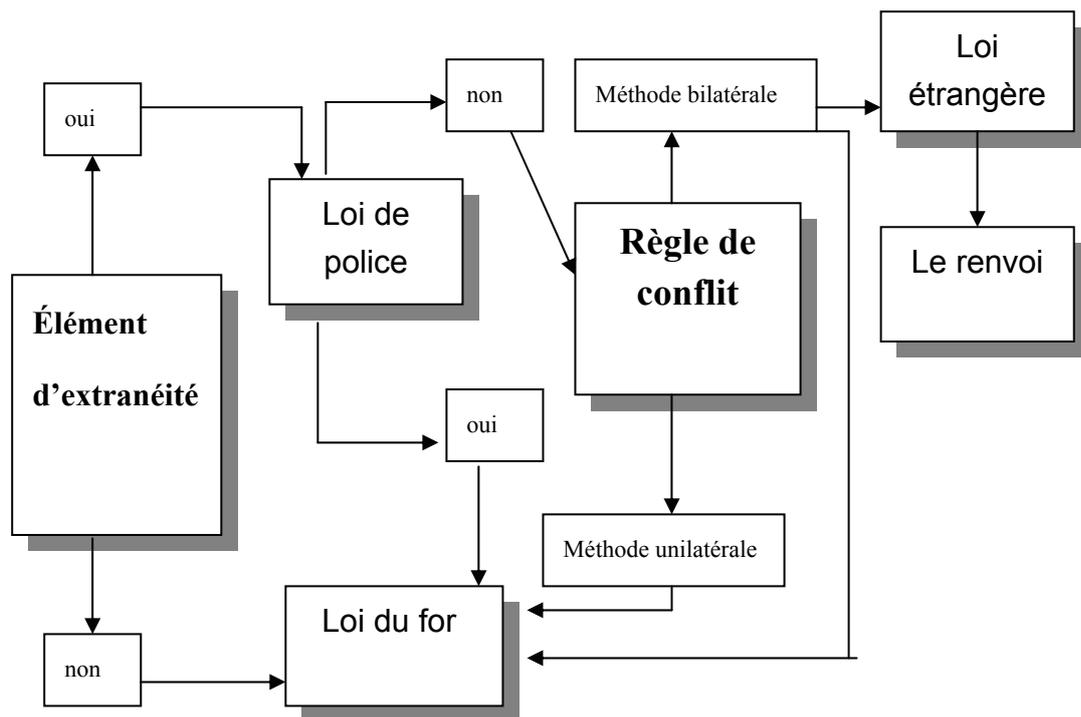


Schéma 2. Le mécanisme du droit international privé taiwanais

Le mécanisme du droit international privé taiwanais présente certaines qualités qui méritent d'être soulignées. Tout d'abord, ce mécanisme est stable. Il permet une certaine prévisibilité quant à la mise en œuvre de la procédure d'application du droit dans le litige international. Ensuite, ce mécanisme est facile à utiliser par les praticiens taiwanais. Il établit des catégories générales de points de rattachement, à l'aide desquels le juge taiwanais peut désigner directement la loi applicable dans les différents domaines des affaires internationales. Le motif principal du succès de ce mécanisme auprès des internationalistes taiwanais, confrontés à des affaires internationales complexes, est son aspect pratique. Il comporte toutefois certains inconvénients non négligeables, que nous allons aborder dans la section suivante.

§ 2 Les critiques des internationalistes taiwanais

La stabilité est, certes, l'un des arguments qui plaident en faveur du mécanisme traditionnel du droit international privé taiwanais. Mais ce mécanisme présente aussi un défaut inévitable, qui continue à être dénoncé par ses détracteurs : le *forum shopping*. La stabilité d'un mécanisme implique souvent la possibilité de détourner ce mécanisme, en recourant à une technique procédurale ou à la volonté de l'individu. Dans ce sens, le professeur Chang-Ven Chen avance que le mécanisme traditionnel repose sur un fondement instable⁴⁹³, car il ne propose jamais de critère approprié en matière de qualification. Le tribunal utilise toujours le critère de la *lex fori*, qui dénature plus ou moins le droit étranger. D'un autre côté, la complexité de la société moderne oblige le juge à tenir davantage compte des éléments factuels qu'autrefois, afin de trouver le lien réel entre la loi et le fait. Et de nos jours, il est particulièrement difficile de déterminer la loi applicable à l'aide d'un seul rattachement. À cet égard, les rattachements retenus par le législateur ne sont pas toujours pertinents.

Pour améliorer le mécanisme traditionnel du droit international privé taiwanais, deux approches principales ont été présentées par les internationalistes taiwanais. La première approche est externe, et tente de restreindre l'applicabilité de la règle de conflit. Selon cette approche, le juge peut détourner le système de conflit du for dans certains domaines, en appliquant la loi du for ou la loi invoquée par les parties dans le litige international⁴⁹⁴. Le professeur Hua-Kai Tsai appelle cette théorie la *règle de conflit facultative (Facultative Conflict Rules)*⁴⁹⁵.

Le professeur Hua-Kai Tsai précise que la doctrine taiwanaise du droit international privé doit être réorganisée en prenant en compte le système de

⁴⁹³ C.-V. CHEN, Le passé et le futur de la méthodologie en droit international privé (I) (II), *LM*, v. 35, n° 6, n°7, 1984, p.5, p.6.

⁴⁹⁴ Z.-T. KO, Droit international privé, *op. cit.*, p. 171 s.

⁴⁹⁵ H.-K. TSAI, Pleading, Proof and Application of Foreign Law in Private International Law: Mandatory or Facultative Conflict Rules in Taiwan?, *TULR*, n°24, 2006, p. 175. Pour une conception opposée, R.-C. CHEN, Les essais du droit international privé, *op. cit.*, pp. 203-206.

procédure civile. D'après lui, le juge du for ne devrait pas appliquer d'office la règle de conflit du for, sans se soucier de l'intérêt des parties ou de leurs prétentions. Dans le cadre d'affaires patrimoniales en particulier, la liberté de choix des parties en matière de règlement du conflit (*the freedom of disposition*) doit être respectée. Et dans cette perspective, la conception traditionnelle doit être améliorée. Toutefois, le professeur Tsai ne remet pas en question le caractère impératif de la règle de conflit. Le mécanisme du droit international privé doit être déclenché une fois que l'élément d'extranéité a été trouvé. Dans certains cas seulement, il faut respecter la volonté des parties, et écarter la règle de conflit du for afin d'éviter un résultat inadapté à la situation résultant de l'application du mécanisme traditionnel.

Cette approche a été retenue lors de la révision de la loi de 1953. Le nouvel article 28 de la loi stipule que « *(l)orsque l'obligation de régler une dette ne résulte pas d'un acte juridique, le juge peut appliquer la loi de la République de Chine, même si elle a été choisie par les parties après l'accomplissement du fait* ». Le motif inspirant cette disposition est précisé : « *De manière générale, les parties doivent pouvoir trouver un terrain d'entente devant le tribunal lorsque l'action concerne l'obligation d'acquitter une dette ne résultant pas d'un acte juridique. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre, mais s'accordent sur le choix de la loi du for pendant la procédure, en comptant sur l'efficacité de cette procédure, cette volonté des parties doit être respectée* ». Cela signifie que la solution du litige international présentée par les internationalistes taïwanais opte pour un système plus souple et plus ouvert que par le passé.

La deuxième approche est interne, et vise le mécanisme même, en particulier la règle de conflit. En effet, la théorie du rattachement, véritable pièce maîtresse du raisonnement dans la règle de conflit, est remise en question par certains internationalistes taïwanais. Cette théorie a été âprement critiquée : on lui reproche, d'une part, son inadéquation à la société moderne avec des critères datant d'un autre siècle ; et d'autre part, son incapacité à justifier le lien établi entre la loi désignée et le litige. M. Chun-Liang Lai a tenté d'expliquer ce lien par l'approche dite de « l'identité culturelle »⁴⁹⁶, et propose de tenir compte de la relation entre

⁴⁹⁶ C.-L. LAI, *L'identité culturelle et le droit international privé*, in *Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma*, 2006, pp. 463-526.

l'État et l'individu.

En invoquant la théorie du professeur Lea Brilmayer⁴⁹⁷, M. Lai a examiné quel était le fondement de la théorie du rattachement si l'on retient la nationalité, le domicile, ou encore la résidence habituelle comme critère pour désigner la loi applicable au litige, et il considère qu'il faut toujours s'intéresser au rôle de l'individu dans l'élaboration du droit de l'État en question. Autrement dit, si un droit peut s'appliquer à un individu, cela signifie aussi que cet individu participe de l'élaboration du droit de cet État. En particulier dans un régime démocratique, la loi est souvent considérée comme une émanation de la volonté du peuple. La nationalité ou le domicile, peut être utilisé comme critère permettant à l'individu d'exercer ses droits civiques et politiques dans un État, mais aussi de justifier le lien entre cet individu et la loi.

Cependant, on peut légitimement remettre en question la fonction des rattachements traditionnels aujourd'hui. Dans ce sens, M. Lai a montré, dans plusieurs exemples soulevant la question de l'identité culturelle dans la société moderne, que ces rattachements restaient difficiles à manier : notamment dans l'affaire *Transredes*⁴⁹⁸, l'affaire *Iruan*⁴⁹⁹, ou encore dans le problème du travailleur

⁴⁹⁷ L. BRILMAYER, *Rights, Fairness, and Choice of Law*, 98 *Yale Law Rev.*, 1989, p.1277. Sa théorie du « *right-based* » se base sur la notion du droit de résistance par rapport à la théorie du droit acquis (*vested right*). Le professeur Brilmayer préconise de renoncer à utiliser la méthode de la « sélection de la juridiction » (*jurisdiction-selecting*), mais plutôt de viser à étudier la relation entre l'individu et l'État. Plusieurs principes ont été dégagés selon cette théorie, tels que les droits politiques de résistance à l'oppression de l'État : « *One's rights to resist the imposition of a personal burden for the common good are political rights, though not necessarily recognized substantive legal rights.* (p.1292) », « *Assume that the only acceptable basis for state coercion is that the coerced individual is a member of the voting population. (...) A political theory based on electoral participation thus translates into a choice of law principle* (p.1294) », ou encore « *The question is not whether the benefits are intended, but whether the burdens are justified* (p.1301) ».

⁴⁹⁸ *Transredes* est une société transnationale. Cette affaire concerne un cas de pollution pétrolière en Bolivie. La question qui se pose dans cette affaire est de savoir si la société transnationale est responsable de la protection de la culture ou de l'économie locale. La doctrine traditionnelle du droit international privé ne permet pas de répondre à cette question. M. M. SANCHEZ-MORENO et T. HIGGINS, *No Recourse : Transnational Corporations and the Protection of Economical, Social and Cultural Rights in Bolivia*, 27 *Fordham Int'l L. J.*, 1633, 2004, pp.1736-1737.

⁴⁹⁹ Iruan Wu est un garçon Brésilien et Taïwanais, (sa mère est Brésilienne et son père est Taïwanais) mais ses parents ne se sont pas mariés. Sa mère est morte en 1998, puis son père Dan-Shu Wu l'a adopté, mais le tribunal brésilien a conféré le droit de tutelle à sa grand-mère. Obtenant le droit de

étranger en Allemagne⁵⁰⁰ et aux Etats-Unis⁵⁰¹. Ces exemples soulèvent une même question : comment peut-on protéger l'identité culturelle de l'individu dans une société multiculturelle ? Si l'on s'accorde à penser que le droit d'un État s'applique à une personne car cette personne a participé à l'élaboration de la loi, à travers sa participation démocratique, comment peut-on négliger l'importance du rôle de l'identité culturelle dans une société multiculturelle ? Dans ce contexte, M. Lai propose que le droit international privé soit appréhendé comme un droit d'intégration (*Integrationsrecht*). En effet, pour trouver une solution appropriée dans ce genre de litige international, le juge doit aussi tenir compte du ou des autres droits concernés : même si ce n'est pas le droit désigné par la règle de conflit, le juge peut l'utiliser de manière raisonnable pour remédier à un résultat injuste ou inadapté avec la méthode traditionnelle.

Ainsi, plusieurs questions méritent notre attention : si l'on s'accorde à penser que le mécanisme du droit international privé taïwanais doit être amélioré, comment peut-on retracer le contour de ce nouveau mécanisme ? Existe-il une troisième voie en droit international privé taïwanais entre la règle de conflit traditionnelle et la nouvelle doctrine américaine ? Les internationalistes taïwanais se sont penchés sur ces questions. Nous présenterons donc leurs réflexions et leurs réponses dans la section suivante.

garde, Dan-Shu Wu a amené Iruan à Taïwan le 15 mars 2001. Dan-Shu Wu meurt à Taïwan une semaine plus tard. Le frère de Dan-Shu Wu, Hwo-Yan Wu demande alors au tribunal taïwanais de changer le droit de tutelle d'Iruan. Cette initiative a entraîné un litige entre la grand-mère d'Iruan et la famille Wu. Voir R.-C. CHEN, Questions sur la tutelle internationale : l'arrêt Iruan, *TLR* n°76, 2001, pp.147-158 ; la décision du 26 février 2003 de Cour d'appel de Kao-Siung, *Ja-Shan* n°127 ; la décision du 13 novembre 2003 de Cour suprême, *Tai-Shan* n°2446. Dans cette affaire, la question de droit concerne la protection du droit à l'identité culturelle. Et là encore, la doctrine traditionnelle du droit international privé ne donne aucune solution appropriée.

⁵⁰⁰ En Allemagne, le problème du travailleur étranger est un sujet de préoccupation en matière de politique sociale depuis les années quatre-vingt. La deuxième ou la troisième génération de ces travailleurs étrangers a aussi fait face au problème de l'identité culturelle. C.-L. LAI, L'identité culturelle et le droit international privé, *op. cit.*, pp.475-478.

⁵⁰¹ Le problème du travailleur étranger a aussi suscité un débat aux États-Unis, en particulier celui des travailleurs mexicains. C.-L. LAI, *ibidem*, p.480 s.

Section 2. L'innovation doctrinale des auteurs Taïwanais

Hésitant entre la méthode classique continentale et la nouvelle méthode américaine, les internationalistes taïwanais ont tendance à opter pour une position relativement conservatrice. D'une part, ils préfèrent garder la méthode classique qui a le mérite d'être stable, et d'autre part, ils sont conscients de l'apport de la nouvelle méthode américaine, qui a vocation à remédier à l'utilisation systématique de la méthode classique. L'introduction, à certaines conditions, de la nouvelle méthode dans le mécanisme du droit international privé taïwanais est désormais soutenue par la plupart des internationalistes au sein de l'école taïwanaise⁵⁰². Autrement dit, le mécanisme du droit international privé taïwanais conserve dans son principe les caractéristiques de la méthode classique: la neutralité et l'approche bilatérale. Et la méthode du droit international privé se base toujours sur la théorie du point de rattachement.

Toutefois, certains internationalistes taïwanais rejettent radicalement cette théorie. Ils ont tenté d'établir un fondement tout à fait différent de la nouvelle méthode, reposant sur *la valeur prédominante (the prevailing value)* du droit substantiel. Cette idée est soutenue par le professeur Lon-Sjue Chen, qui a élaboré à cet égard une nouvelle approche : la méthode du droit substantiel⁵⁰³ (*Substantive Law Method*).

L'idée du professeur Chen exerce une influence notable sur la nouvelle génération d'internationalistes taïwanais. Elle soulève aussi une nouvelle question : si les principes de neutralité et d'approche bilatérale sont exclus de la méthode du droit international privé, comment rétablir un critère permettant de contrôler la notion de valeur prédominante ? Pour répondre à cette question, M. Chao-Ching

⁵⁰² Le projet de révision de la loi de 1953 atteste de cette tendance. R.-C. CHEN, Propositions et tendance d'amendement de la loi de 1953, *Collection des actes de conférence des deux rives du détroit de Taïwan t.1*, 2005, p.67 ; C.-V. WANG, La nouvelle tendance d'amendement de la loi de 1953 : une perspective générale, *Collection des actes de conférence des deux rives du détroit de Taïwan t.1*, 2005, pp.1-31, spec. p.21.

⁵⁰³ L.-S. CHEN, The Choice of Laws Rules Based on Substantive Law Methodology (I)(II), *TULR* n°21, 22, 2004, 2005, pp.185-242, pp.307-371.

Hsu a présenté la théorie de la *substantialisation*⁵⁰⁴, qui est considérée comme une méthode permettant de mettre en pratique la théorie de la valeur prédominante.

Nous commencerons par présenter la méthode du droit substantiel (§1), puis nous nous intéresserons au développement de cette nouvelle méthode (§2).

§ 1 La méthode du droit substantiel

La nouvelle théorie américaine, formulée dans les années soixante, par le professeur Brainerd Currie notamment, a influencé certains internationalistes taïwanais. Il est question dans cette nouvelle théorie, non seulement, de lever le tabou de l'évaluation en matière de règle de conflit classique, mais aussi de remettre en question une présomption en droit, la théorie de rattachement, en s'intéressant directement à la politique sous-jacente et au fait dans le litige concerné. Autrement dit, aucune méthode ne permet d'avérer la possibilité de sa mise en oeuvre mis à part le fait qu'elle tient compte du contenu du droit substantiel. À cet égard, il convient de poser une question : comment peut-on juger de la politique sous-jacente ou du contenu du droit ?

Cette question est au coeur de la méthode du droit substantiel. Le raisonnement sur lequel repose cette nouvelle méthode considère que s'il est possible de vérifier le contenu du droit, il est alors plus facile d'ériger un critère de choix du droit à appliquer au litige. Autrement dit, c'est le contenu du droit ou encore, selon les termes utilisés par le professeur Lon-Sjue Chen, *la valeur prédominante*, qui doit conduire le juge à désigner la loi applicable.

⁵⁰⁴ C.-C. HSU, La théorie de la « substantialisation » de la valeur prédominante, *CYLR* V.66, 2000, p.2

Ainsi, il convient de présenter dans un premier temps la notion de *valeur prédominante* (A), et d'exposer, dans un deuxième temps, la méthode concrète permettant de mettre en oeuvre la théorie de la valeur prédominante (B).

A. La notion de valeur prédominante

Le professeur Lon-Sjue Chen a présenté la notion de *valeur prédominante* en 1984⁵⁰⁵. Cette notion avait en fait vocation à coordonner la méthode continentale et la méthode américaine. Fort de sa connaissance de l'école continentale et de la *Common Law*, le professeur Chen a affirmé que le travail du juge dans le litige international consistait à suivre la valeur prédominante plutôt que le critère de rattachement prévu, pour déterminer la loi à appliquer au litige.

Dans ses grandes lignes, cette théorie a été inspirée par la doctrine américaine, car elle ne s'applique qu'à la règle de conflit traditionnel. Au sens courant, lorsqu'on parle de valeur, on fait référence à ce qui est estimable⁵⁰⁶. Ainsi, en matière de droit international privé, si nous acceptons que la valeur prédominante devienne un critère permettant de déterminer la loi du for ou la loi étrangère, il est nécessaire de sonder de manière systématique le contenu du droit de façon à identifier le contenu de la valeur prédominante. Cette approche correspond justement à l'esprit de la nouvelle doctrine américaine.

Toutefois, on ne peut pas dire pour autant que cette théorie est une branche de la nouvelle doctrine américaine. Le professeur Chen distingue sa méthode de la théorie américaine. Il dénonce notamment l'influence exagérée de la nouvelle doctrine américaine sur l'école taïwanaise. La nouvelle doctrine américaine a certains inconvénients, et provoque un véritable chaos dans la pratique dans l'application de la méthodologie du droit international privé. Cette confusion provoque un certain

⁵⁰⁵ L.-S. CHEN, The Universally Shared Principles in Conflict of Laws, *FJLJ*, n°3, 1984, p.418.

⁵⁰⁶ G. CORNU, Vocabulaire juridique, *PUF*, 2004, p.934.

chauvinisme pour la loi du for. On peut trouver deux explications principales à cette réaction. En premier lieu, dans la pratique, le juge applique rarement une loi qui lui est inconnue. Pour le juge du for, l'application de la loi étrangère est toujours à redouter. Car le juge du for est indéniablement un expert en droit du for, mais il n'est pas supposé l'être en droit étranger. Il existe un certain risque à ce que le juge applique une loi étrangère *morte* au lieu d'une loi *vivante*. Et considérant la jurisprudence américaine, il est aisé de constater que l'avocat du demandeur choisit souvent un forum dans lequel il peut trouver un avantage pour le demandeur. Il peut aussi convaincre le juge qu'il existe effectivement un lien entre le litige et le droit du for. En deuxième lieu, dans la doctrine, MM. Currie et Ehrenzweig sont sans doute à l'origine de ce chauvinisme de la loi du for. L'hypothèse présentée par M. Currie énonce que le tribunal a non seulement vocation à appliquer la loi du for dans les cas de *faux conflit (false conflict)*⁵⁰⁷, mais aussi dans les cas de *vrai conflit (true conflict)*. Quant à M. Ehrenzweig, il a aussi expliqué sa préférence pour la loi du for dans son ouvrage : « *Je soutiens qu'en matière de choix de la loi applicable, la lex fori doit rester le point de départ, avec le recours à titre exceptionnel à certaines ou à la plupart de nos règles de conflits traditionnelles* »⁵⁰⁸.

De manière générale, le domaine d'application de la nouvelle théorie américaine est limité. M. Willis Reese précise avec pertinence que les nouvelles théories américaines et les réflexions en matière de délit ne peuvent pas être adoptées dans d'autres domaines du droit international privé⁵⁰⁹. Le professeur Chen recommande, à cet égard, que la nouvelle théorie prenne en considération la coordination entre les deux types de méthodes de règle de conflit. Et cette théorie doit non seulement être adoptée en matière de délit international, mais aussi dans

⁵⁰⁷ B. CURRIE, On the Displace of the Law of the Forum, *Colum. Law. Rev.*, n°58, 1958, p.964, spec. p.1027, « *The normal business of courts being the adjudication of domestic cases, and the normal expectation should be that the rule of decision will be supplied by the domestic law as a matter of course.* »

⁵⁰⁸ “*It is my basic contention that all through the field of choice of law, the lex fori must remain the starting point with some or most of our traditional conflicts rules functioning as exception.*” A. A. EHRENZWEIG, Guest Statutes in the Conflict of Law: Towards a Theory of Enterprise Liability under Foreseeable and Insurable Law, *Yale Law Rev.*, V. 69, 1959, p.595.

⁵⁰⁹ W. L.M. REESE, American Trends in Private International Law, *Vand. Law Rev.*, V. 33, 1980, p.717, spec. pp.737-739.

d'autres domaines⁵¹⁰. De ce point de vue, une méthode stable et prévisible est donc requise.

Le professeur Chen affirme qu'il existe une valeur générale dans chaque domaine du conflit de lois. Cette valeur commune existe *de facto*. Le rôle des juristes est de trouver cette valeur en désignant la loi applicable au litige international⁵¹¹. Ainsi, la théorie du rattachement est remplacée par la théorie de la valeur prédominante, nouveau fondement de la solution du droit international privé.

On peut donc se demander quel est le contenu de la valeur prédominante. Selon le professeur Chen, plusieurs valeurs prédominantes *de facto* sont déjà reconnues en droit international privé⁵¹² :

1. Dans le cas du contrat international, la loi choisie par les parties, si ce choix est raisonnable et juste, doit être respectée (respect du principe d'autonomie de la volonté des parties). Si c'est un contrat d'adhésion, la valeur prédominante consiste à protéger la partie en difficulté.

2. Dans le cas du litige au travail : si l'employé reçoit une compensation définitive, l'employeur doit être dispensé de sa responsabilité délictuelle.

⁵¹⁰ Le professeur Chen affirme, dans l'un de ses premiers ouvrages, que la nouvelle théorie du droit international privé doit être considérée comme « la formule mathématique » qui peut être utilisée dans toutes les situations. Et de ce point de vue, la nouvelle doctrine américaine ne peut pas satisfaire à cette exigence. L.-S. CHEN, La nouvelle théorie américaine du droit international privé, *op. cit.*, p.17. Néanmoins, cette approche a récemment été modifiée. L.-S. CHEN, The Choice of Laws Rules Based on Substantive Law Methodology (I), *op. cit.*, p.191.

⁵¹¹ Nous estimons que la méthode adoptée par le professeur Chen est similaire à la méthode traditionnelle. L.-S. CHEN, The Universally Shared Principles in Conflict of Laws, *op. cit.*, au p.436, Il écrit: " *All we have to do is to remove the out-of-date connecting factors of traditional methodology, and place them with those common values or principles as new connecting factors.*"

⁵¹² L.-S. CHEN, *ibidem*, p.420.

3. Dans le cas du mariage, ce dernier est toujours valide s'il se conforme aux règles du droit de l'État dans lequel le mariage est célébré.

4. Dans le cas du *Trust*, en général, l'aspiration légitime du constituant doit être respectée⁵¹³.

5. Dans le cas d'un délit résultant d'un accident, l'approche privilégiant les intérêts de la victime tend à s'affirmer, notamment suite à l'influence des compagnies d'assurance.

De plus, dans le cas d'un conflit de valeurs, le professeur Chen distingue deux types de litige dans le cadre du conflit de lois : le litige *simple* et le litige *complexe*⁵¹⁴. Il qualifie le litige de *simple* lorsqu'il n'existe qu'une seule valeur prédominante entre les États concernés. Le litige *simple* concerne, en fait, la plupart des litiges du conflit de lois. En matière de validité du testament, par exemple, il existe une seule valeur prédominante selon laquelle « *l'effet du testament légitime doit être respecté* ». Ainsi, le résultat de l'application du droit est prévisible : une fois que les États concernés ont adopté la nationalité ou le domicile comme critère déterminant la loi, pour maintenir l'effet du testament légitime, le résultat est toujours acceptable.

Le litige *complexe* concerne peu de cas dans lesquels plusieurs valeurs ou politiques sous-jacentes ne permettent pas au juge de prendre aisément une décision appropriée. Dans le cas du contrat usuraire par exemple, il existe un conflit entre la valeur du libre-échange et la politique du contrôle économique. Ou encore, dans le cas du mariage polygame, il existe selon cette approche un conflit entre la valeur chrétienne et la valeur musulmane. À cet égard, le professeur Chen estime que personne ne peut trancher ce type de litige. Toute systématisation est ainsi impossible. Ce litige ne peut être résolu que par la méthode de la coordination au cas

⁵¹³ Dans la même optique, C.-C. HSU, Les essais du droit international privé et du droit comparé, Han-Lu, 2005. p. 88.

⁵¹⁴ L.-S. CHEN, La nouvelle théorie américaine du droit international privé, *op. cit.*, p.107.

par cas⁵¹⁵.

B. L'application de la valeur prédominante

Comment peut-on mettre en œuvre cette théorie de la valeur prédominante? De manière générale, le professeur Chen propose deux méthodes principales : la méthode fondamentale (*The Fundamental Approach*) et la méthode prudente (*The Cautious Approach*)⁵¹⁶.

La méthode fondamentale est assez simple : le juge doit choisir la loi applicable en identifiant la valeur prédominante dans le litige concerné, au lieu du point de rattachement prévu dans la méthode classique. Dans les systèmes juridiques de type continental, le législateur doit consacrer les valeurs prédominantes qui existent *de facto*. La manière la plus efficace et la plus directe de les consacrer consiste à énumérer ces valeurs prédominantes dans le code de droit international privé⁵¹⁷.

La méthode prudente propose une approche *progressive*. Selon cette approche, le juge est invité à exprimer publiquement dans sa décision la valeur prédominante qu'il a identifiée. Autrement dit, le juge doit justifier son application de la valeur prédominante : ni le droit actuel ni la méthode traditionnelle n'ont été modifiés. Cette méthode a le mérite non seulement de permettre un jugement adapté au cas par cas, mais aussi de résoudre certains cas complexes. Dans le cas, notamment, où la loi étrangère est inconnue ou vague : le juge saisi n'a pas à chercher à comprendre parfaitement le contenu de la loi étrangère, il ne doit tenir compte que de la conformité de l'explication de la loi étrangère à la valeur

⁵¹⁵ L.-S. CHEN, *ibidem*, p.119.

⁵¹⁶ L.-S. CHEN, *ibidem*, p.112.

⁵¹⁷ L.-S. CHEN, *ibidem*, p. 116; C.-C. HSU, La théorie de la « substantialisation » de la valeur prédominante, *op. cit.*, p.4 s.

prédominante.

Cette méthode dite *prudente* peut avoir plusieurs fonctions. En premier lieu, il s'agit de permettre un jugement adapté au cas par cas : lorsque le juge applique mécaniquement la règle de conflit du for ou lorsque les méthodes du droit international privé sont confuses ou incohérentes, il arrive qu'une décision injuste ou inadaptée soit prise. La préoccupation principale, en l'occurrence, est de savoir comment assurer un jugement juste et adapté pour chaque cas. Dans cette perspective, il convient d'appréhender la question de la valeur prédominante comme celle de l'ordre public. Il est indispensable d'empêcher le recours mécanique du juge à la règle de conflit du for, sans égard pour la justice dans chaque litige international. Autrement dit, la valeur prédominante représente en fait un moyen d'empêcher l'application de la règle de conflit du for⁵¹⁸.

En deuxième lieu, il s'agit d'éviter la confusion des méthodes en matière de conflit de lois. Lorsque le juge utilise plusieurs méthodes pour parvenir à déterminer la loi applicable dans le litige international, il est nécessaire d'identifier la valeur prédominante dans le litige concerné, en érigeant un critère sûr, de manière à éviter toute confusion. Et pour ce faire, le juge doit tout d'abord identifier la valeur prédominante, puis préciser à quel niveau le tribunal saisi veut réaliser cette valeur prédominante. En matière de responsabilité délictuelle internationale par exemple, le juge saisi peut reconnaître comme valeur prédominante la réparation du préjudice subi par la victime. Pour ce qui est du critère de réparation, le juge saisi peut librement déterminer le critère qu'il estime adéquat pour la réparation en question⁵¹⁹.

⁵¹⁸ Du point de vue de la valeur commune, cette méthode rappelle la conception de l'ordre public international. Pourtant, les deux hypothèses sont tout à fait différentes : l'ordre public international est en effet une condition permettant d'appliquer la loi du for, mais la valeur prédominante est un critère permettant de choisir la loi applicable, et dans ce cas le résultat est soit la loi du for, soit la loi étrangère. Autrement dit, la première reste toujours dans la position particulariste, mais la deuxième est une approche universaliste/pluraliste car elle impose au juge l'obligation de sauvegarder la valeur internationale prédominante⁵¹⁸. L.-S. CHEN, La nouvelle théorie américaine du droit international privé, *op. cit.*, p.113.

⁵¹⁹ Dans certains cas d'accident de la circulation, il y a une tendance à adopter le critère de la responsabilité de plein droit (*strict liability*). Plusieurs États, tels que l'Australie, le Canada, les États-Unis ou encore les pays d'Europe de l'Ouest, ont déjà mis en place la responsabilité sans faute en matière d'accident de la circulation (*no-fault provision*). L.-S. CHEN, La nouvelle théorie américaine

Enfin, cette méthode sert aussi à se dégager d'une situation difficile de conflit de lois. Dans le cas où la loi étrangère est ambiguë ou difficile à invoquer, la valeur prédominante fait office de critère d'explication de la loi étrangère. Le cas de la répudiation, par exemple, est difficile à comprendre et à accepter par le juge d'un pays de tradition chrétienne. Toutefois, si l'on conçoit la répudiation comme l'une des manières de dissoudre le mariage, il n'est pas si compliqué de déterminer la valeur prédominante s'appliquant à ce type de litige : il s'agit de la protection de l'intérêt économique de l'épouse. Cette valeur prédominante apparaît de manière plus évidente encore dans le cas où l'épouse demande une pension alimentaire. Selon le professeur Chen, peu importe la qualification retenue dans ce type de litige, la valeur prédominante de « la protection de l'intérêt économique de l'épouse » est toujours le critère principal à considérer. Le travail du juge du for consiste à apprécier et à tenir compte de la manière dont cette valeur prédominante peut contribuer à l'harmonisation des décisions.

§ 2 Le développement de la méthode du droit substantiel à Taïwan

La théorie du professeur Lon-Sjue Chen a suscité des débats parmi les internationalistes taïwanais de la nouvelle génération depuis les années quatre-vingt-dix⁵²⁰. Certains internationalistes taïwanais ont commencé à réfléchir sur le fondement de la méthodologie adoptée en droit international privé taïwanais. Un courant de la doctrine taïwanaise soutient donc que la théorie du point de rattachement est insuffisante. Le professeur Hua-Kai Tsai considère que la théorie de

du droit international privé, *op. cit.*, p.131.

⁵²⁰ Après cette théorie, aujourd'hui, il existe une thèse de doctorat et cinq mémoires de *Master* en droit qui ont mentionné la notion de la valeur prédominante à Taïwan. Et plusieurs articles ont discuté la possibilité de mettre en pratique cette théorie. E. W. LIN, La comparaison de la méthodologie/des méthodes en droit international privé, *THLR*, V.17 ; 2002, p.347 ; C.-C. HSU, La théorie de la « substantialisation » de la valeur prédominante, *op. cit.*, p.2 ; K.-P. WU, La nouvelle tendance du droit international privé, *MLJ* v.48, 2002, pp.20-30 ; C.-C. HSU, L'évolution de la théorie américaine en droit international privé : une analyse des jurisprudences en matière de délit international, *MLJ* v.44, 1998, p.34. ; C.-C. HSU, Trusts Conflicts Rule of Hague Trusts Convention, *Collection des actes de conférence des deux rives du détroit de Taïwan t.2*, 2005, pp. 29-61.

la valeur prédominante a « *indéniablement bouleversé le fondement de la théorie traditionnelle du conflit de lois, qui continue à mettre l'accent sur la neutralité de sa méthode* »⁵²¹.

Le développement de la théorie de la valeur prédominante peut être discuté en deux temps. Dans un premier temps, il est nécessaire de pencher sur une question fondamentale : la vocation du droit international privé (A). Cette question est depuis longtemps au cœur du débat opposant la théorie classique à la nouvelle théorie du conflit de lois. La théorie de la valeur prédominante présente une nouvelle approche de la question. Dans un deuxième temps, si l'on accepte cette théorie, reste à savoir comment la mettre en œuvre, et si elle est acceptée par le législateur et les praticiens taiwanais (B).

A. La réflexion sur la vocation du droit international privé

Depuis la révolution américaine des années soixante, les internationalistes hésitent entre théorie traditionnelle et nouvelle théorie. Les discussions à ce sujet peuvent être synthétisées en une question centrale : préfère-t-on une méthode stable et prévisible ou une méthode flexible permettant un jugement approprié au cas par cas?

Il est difficile répondre de manière définitive et générale, car la réponse dépend toujours de la coutume judiciaire et de la nature spécifique du système juridique dans chaque pays. Nous pouvons ainsi constater que, dans les pays possédant un système juridique de type continental, la méthode retenue dans le conflit de lois est généralement la méthode classique. Ces pays présentent la plupart du temps un droit international privé sous forme de codification ou de loi spéciale. De ce point de vue, la nouvelle théorie américaine, en particulier celle de Currie, ne correspond pas à la coutume des pays de système juridique continental. Elle est flexible, car

⁵²¹ H.-K. TSAI, Pleading, Proof and Application of Foreign Law in Private International Law : Mandatory or Facultative Conflict Rules in Taiwan?, *op. cit.*, p.227.

elle ne désigne pas de critère fixe. Le caractère imprévisible du critère est en effet l'inconvénient majeur de cette nouvelle théorie. C'est pourquoi la théorie du lien le plus pertinent, - une théorie relativement stable -, a été plus facilement acceptée par les internationalistes dans les systèmes juridiques de type continental. Ces derniers sont en faveur d'une méthode stable et prévisible, permettant d'une part d'assurer une certaine harmonisation des décisions entre les différentes juridictions, et d'autre part d'éviter le *forum shopping*⁵²². Pourtant, il semble que les mérites de la stabilité et de la prévisibilité ne soient qu'une illusion. Le caractère artificiel de la méthode classique est justement l'argument principal utilisé par ses détracteurs.

Toutefois, si l'on envisage la question en termes de recherche de la méthode *idéale* en matière de conflit de lois, il n'existe pas de réponse entièrement satisfaisante : le dilemme du choix entre la stabilité et la justice apparaît insoluble. Il n'existe sans doute pas de méthode idéale. Le problème peut être formulé autrement. Une question claire et simple se pose : quel est l'objectif, ou plutôt quelle est la vocation du droit international privé ?

Les juristes présentant de nouvelles approches doivent se demander si leur théorie permet de préserver l'ordre juridique, et de résoudre un problème. Il convient de se poser les mêmes questions en droit international privé. Pour résoudre efficacement les conflits privés internationaux, les internationalistes doivent tenter d'harmoniser les différentes théories du droit international privé en proposant une hypothèse appropriée. De ce point de vue, une règle ou une approche appropriée doit être envisagée comme une méthode stable. Le constat d'une certaine stabilité du système implique la réalisation de l'harmonisation des décisions. Et cet objectif d'harmonisation doit être considéré comme une condition préalable en matière de théorie du droit international privé.

Et, si la procédure de désignation de la loi applicable ne suit pas ce

⁵²² R.-C. CHEN, Les nouvelles idées en matière de législation de droit international privé, *TLR* n°89, 2002, pp.50-61 ; K.-P. WU, La législation de la théorie du lien le plus étroit, *LJ* n°188, 2002, pp.97-116 ; L.-K. LAI, La doctrine 'The Most Significant Relationship' en droit international privé, *LJ* n°187, 2002, pp.1-62.

raisonnement, il est possible que le résultat soit instable. Dans une telle situation, pour maintenir la stabilité de cette procédure, il faut utiliser la théorie de la valeur prédominante qui ne permet pas de garantir le principe de sécurité juridique. Autrement dit, la pratique juridique oblige la théorie de la valeur prédominante à devenir une méthode stable et praticable. Si le juge parvient à tenir compte des valeurs *de facto* lorsqu'il détermine la loi applicable au litige, il est fort probable que sa décision soit acceptée par la plupart des pays du monde. C'est pourquoi la nouvelle génération d'internationalistes taïwanais est séduite par la théorie de la valeur prédominante. D'un point de vue procédural, elle permet d'éviter les risques conséquents à l'utilisation de critères vagues et ambigus. D'un point de vue matériel, elle permet un jugement adapté au cas par cas, et une solution acceptable par les parties en cause.

Il s'agit donc d'une théorie ambitieuse et audacieuse. Au sein de l'école taïwanaise, les internationalistes s'accordent à penser que la théorie de la valeur prédominante représente une troisième voie entre la méthode classique et la nouvelle méthode. Dans ce sens, deux autres méthodes ont été présentées.

B. Les méthodes suivantes

Après la théorie de la valeur prédominante, deux autres méthodes ont été proposées à Taïwan depuis les années quatre-vingt-dix. C'est M. Chao-Ching Hsu qui a présenté la première méthode en 1995, intitulée la *substantialisation du point de rattachement*⁵²³. M. Hsu considère que la nouvelle théorie du droit international privé doit combiner les avantages des deux grandes théories, comme la stabilité du mode de désignation de la loi et la possibilité de juger la situation au cas par cas. Dans cette perspective, il convient de remplacer dans le mécanisme du conflit de lois la théorie du rattachement par une valeur commune à la société

⁵²³ C.-C. HSU, Choice-of-Law: Substantiation of Connecting Factors, mémoire de *Master of Law/en droit*, Université *Tung-Hai*, 1995.

internationale, car elle repose pour l'essentiel sur un postulat⁵²⁴. Il s'agit donc d'une méthode permettant de *matérialiser* l'idée de la valeur prédominante.

Dans cette optique, M. Hsu défend la notion de *valeur prédominante* : « *en effet, il existe beaucoup de notions vagues en théorie du droit : la bonne foi, l'ordre public, l'interdiction d'abus de droit, la loi de police, ou encore la notion en droit anglais-américain du 'reasonable man standard'. Mais peut-on refuser d'appliquer ces notions de droit ?* ». Il fait remarquer que « *dans certains domaines, la valeur prédominante existe déjà de facto. Ces valeurs sont toujours exprimées dans des traités internationaux, elles sont ensuite transposées dans la législation interne en devenant des valeurs communes de jure de la société internationale. (...) Toutefois, les internationalistes doivent préciser, dans le domaine où la valeur prédominante est déjà reconnue, ce qu'est la valeur prédominante (What the prevailing value is ?). Dans le domaine où la valeur prédominante est ambiguë et vague, on doit se demander ce que la valeur prédominante devrait être (What the prevailing value should be ?)* »⁵²⁵.

De manière générale, M. Hsu souscrit à la méthode classique. Il considère que cette méthode convient mieux au système juridique taïwanais, tout en étant pratique et stable. Dans ce sens, il se prononce en faveur du maintien du modèle de la règle de conflit de lois. Mais il s'agit d'adapter ce modèle : la manière la plus directe consiste à mettre en place une législation sur la notion de valeur prédominante. Ainsi, il propose d'élaborer une règle de droit commun, précisant que le juge doit s'efforcer de recourir à la valeur prédominante dans le litige concerné⁵²⁶.

⁵²⁴ C.-C. HSU, *ibidem* p.248 s.

⁵²⁵ C.-C. HSU, *ibidem*, p. 282.

⁵²⁶ M. Hsu a proposé que la loi de 1953 puisse emprunter à l'article premier du code du droit international privé autrichien, le principe du lien le plus étroit comme un principe de droit commun en matière de conflit de lois. C.-C. HSU, *ibidem*, p.284. Cette approche est aussi retenue par le professeur Lon-Sjue Chen. L.-S. CHEN, Droit international privé comparé, *Wu-Nan*, 1989, p.181 s.

La deuxième méthode a été présentée par le professeur Lon-Sjue Chen en 2005. Dans un article sur le mode de désignation de la loi applicable au litige⁵²⁷, le professeur Chen actualise sa théorie, et affirme désormais que les internationalistes n'ont pas besoin d'établir de mécanisme spécifique pour appliquer la valeur prédominante. Autrement dit, il suffit de promouvoir la concurrence entre les différents droits substantiels dans les différents domaines du droit. Si le juge peut trancher un litige international grâce à la théorie la plus appropriée ou la plus avancée dans le domaine concerné, sa décision sera acceptée dans la plupart des pays. Et il convient de préciser que cette décision doit se conformer à la justice universelle.

Si la plupart des pays acceptent le résultat de cette décision, la stabilité du droit international privé peut ainsi être préservée. À terme, il sera possible d'atteindre l'objectif de l'harmonisation des décisions en droit international privé. Selon cette approche, il n'est pas nécessaire d'utiliser le renvoi, ni la technique de qualification, ni même l'exception d'ordre public pour espérer atteindre l'uniformité formelle du droit international privé. Le recours au *modèle de la loi-du-fait (law-fact pattern)* suffit : il permet de négliger la recherche de l'élément d'extranéité, et de se consacrer directement à la recherche de la solution qui correspond à l'opinion prédominante dans chaque domaine concerné.

Nous pouvons ainsi constater que la nouvelle méthode du professeur Chen, comme il la décrit, « *revient à la situation initiale* ». À cet égard, il convient de citer une phrase du professeur Chen, qui traduit assez bien sa philosophie : « *En fait, bien souvent, les internationalistes restent perplexes confrontés à ce nouveau monde complexe. Et cela nous rappelle que nous ne pouvons pas rester toujours dans la même position, en essayant de résoudre tous les litiges internationaux à l'aide d'une seule méthode. Il faut revenir à la situation initiale, et trouver le vrai problème en examinant les droits substantiels concernés dans le litige. Mais l'on ne doit jamais utiliser ces méthodes, que ce soit le lien le plus pertinent, l'analyse des intérêts gouvernementaux, ou encore la règle de conflit classique, pour cacher le*

⁵²⁷ L.-S. CHEN, The Choice of Laws Rules Based on Substantive Law Methodology (I), *op. cit.*, p.185.

cœur des vrais problèmes »⁵²⁸.

Dans cette perspective, le droit international privé apparaît comme le résultat sans cesse réévalué de la concurrence entre les différents systèmes juridiques. Le raisonnement du professeur Chen consiste à s'intéresser à la règle prépondérante en droit matériel et à l'adopter, de manière à ce que la décision soit respectée dans la plupart des pays démocratiques. Il est intéressant de souligner que la théorie du professeur Chen nous rappelle, dans une certaine mesure, la théorie du darwinisme juridique. En effet, il est question d'un processus de sélection des règles dans la société moderne, au cours duquel une certaine concurrence juridique entre les États indépendants est inévitable. De ce fait, nous ne pouvons nous contenter de la structure fermée, rigide, et fixe que nous avons mise en place en droit international privé. Au contraire, la nouvelle approche du droit international privé se veut ouverte, flexible, et dynamique, de manière à permettre l'adaptation du droit aux valeurs et principes contemporains.

⁵²⁸ L.-S. CHEN, The Choice of Laws Rules Based on Substantive Law Methodology (I), *op. cit.*, p.213.

Chapitre II. L'influence de la doctrine locale du droit international privé taïwanais

Au terme de notre étude sur la doctrine en droit international privé, on peut se demander si le développement de la doctrine taïwanaise exerce peu ou prou une influence sur le droit positif taïwanais. Il n'est pas commode, toutefois, de répondre directement à cette question. Mais nous proposerons dans ce Chapitre quelques éléments de réponse. De manière générale, on observe chez les praticiens taïwanais l'utilisation de deux types d'approche méthodologique du droit international privé. En premier lieu, on remarque qu'ils privilégient une méthode artificielle ou encore mécanique. Il est sans doute difficile d'imposer au juge taïwanais de connaître parfaitement les lois étrangères. En effet, pour le juge taïwanais, la méthode classique a le mérite d'être facile à appliquer dans les cas complexes de litige international. Et la crainte de dénaturer la loi étrangère conduit aussi le juge taïwanais à adopter une position relativement conservatrice.

En deuxième lieu, il est nécessaire de prendre en compte, à cet égard, la coutume juridique des tribunaux taïwanais. Pour les praticiens taïwanais, la loi de 1953 constitue le fondement du droit international privé taïwanais. Le juge taïwanais ne peut donc la négliger. En considérant que la loi de 1953 est toujours valide, le juge taïwanais manifeste une certaine prudence quant à la méthode à employer en matière de conflit de lois. Il utilise principalement la méthode établie par la loi de 1953, c'est-à-dire la méthode classique.

En ce qui concerne la législation, en revanche, nous pouvons constater que les nouvelles théories du droit international privé ont progressivement étendu leur influence au droit positif taïwanais. Les internationalistes taïwanais ont invoqué dans la législation interne, avec une certaine audace, les nouvelles théories du droit à vocation universaliste. Cependant, la question préoccupante de la sécurité de l'État conduit parfois le législateur taïwanais à privilégier l'application de la loi du for, en particulier en matière d'affaires civiles sino-taïwanaises.

Dans notre examen de la pratique juridique à Taïwan, nous présenterons dans un

premier temps l'influence de la doctrine locale sur la jurisprudence taïwanaise (section 1), et dans un deuxième temps son influence sur la législation taïwanaise (section 2).

Section 1. L'influence sur la jurisprudence

La jurisprudence taïwanaise, comme dans la plupart des systèmes juridiques de type continental, adopte généralement une position conservatrice en matière de conflit de lois. Cette position contraint les tribunaux taïwanais, et en particulier la Cour suprême taïwanaise, à utiliser une méthode stable, au caractère parfois mécanique et artificiel. Au contraire, les juridictions de droit commun sont davantage disposées, pour des raisons pratiques, à utiliser d'autres méthodes, tels des soldats sur le front du litige international.

Il convient donc de distinguer ces deux positions approches, nous présenterons donc dans un premier temps celle de la Cour suprême (§1) ; puis dans un deuxième temps, celle des juridictions de première et de deuxième instances (§2).

§ 1 La Cour suprême

La Cour suprême est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire taïwanais, et sa responsabilité principale, comme celle de la Cour de cassation en France, consiste à vérifier si la règle de droit a été correctement appliquée. Autrement dit, elle ne juge que du droit, et non des faits, et élabore une jurisprudence de principe (jurisprudence dirigée) (en chinois *Pang-Li*) pour indiquer aux juges du fond comment appliquer le droit. Cette lourde responsabilité explique sans doute l'attitude habituellement prudente de la Cour suprême quant à la méthode à adopter dans le conflit de lois.

En règle générale, la Cour suprême applique la méthode proposée par M. Han-Pao Ma. Mais elle évoque rarement, dans ses arrêts, l'expression de *droit international privé*⁵²⁹. Dans la plupart des cas, la Cour suprême parle d'*application du droit*, se référant à la loi de 1953. Pourtant, quelles que soient les nuances utilisées dans la terminologie retenue, la solution présentée par la Cour suprême se conforme toujours à la règle de conflit classique. La jurisprudence de la Cour présente, à cet égard, un caractère uniforme. Les analyses suivantes s'attacheront à le montrer.

On peut tout d'abord observer cette approche de la Cour au sujet de la question de l'applicabilité de la règle de conflit, et en particulier des règles prescrites dans la loi de 1953. La Cour suprême taïwanaise maintient la force obligatoire de cette loi sur le juge taïwanais, car elle encadre son application du droit en matière de litige d'extranéité. Autrement dit, le juge taïwanais doit appliquer d'office les règles prescrites dans la loi de 1953 lorsque, dans un litige, les éléments d'extranéité ont été identifiés. L'arrêt du 6 juin 1980 de la Cour suprême taïwanaise précise dans ce sens que : « (...) attendu que le juge n'a pas appliqué l'article 6 de la loi de 1953, selon lequel la loi applicable en matière de contrat international est la loi japonaise, le jugement constitue une violation de la loi. Le jugement doit donc être cassé »⁵³⁰.

Le maintien par la Cour suprême taïwanaise de la force obligatoire de la loi de 1953 en matière de litige d'extranéité est une approche qui se justifie juridiquement. En effet, la loi de 1953 est traditionnellement considérée comme une loi spéciale du droit international privé taïwanais, et d'après l'article 468 du Code de procédure civile, le juge taïwanais doit respecter la volonté du législateur⁵³¹. Par ailleurs, la Cour suprême veille à respecter la loi étrangère, et c'est pourquoi elle retient comme

⁵²⁹ Il n'existe que quatre arrêts de la Cour suprême qui utilisent l'expression « droit international privé » depuis 1953 : *Tai-Shan* n° 3096 du 1 octobre 1980 ; *Tai-Shan* n° 338 du 30 janvier 1981 ; *Tai-Shan* n° 4115 du 14 octobre 1983 et *Tai-Zai* n° 22 du 8 mai 2003.

⁵³⁰ L'affaire *Tai-Shan* n° 1728 du 6 juin 1980. La même optique voir *Tai-Shan* n° 3085 du 30 septembre 1980 ; *Tai-Shan* n° 3281 du 30 décembre 1994 ; *Tai-Shan* n° 1292 du 30 juin 2004.

⁵³¹ L'article 468 du Code de procédure civile stipule que « (d)ans la mesure où le juge n'applique pas la loi dans les cas prohibés, qui sont considérés comme une violation du droit ».

méthode principale la méthode bilatérale, préconisée dans la loi de 1953. Toutefois, si l'application stricte de la loi de 1953 permet d'assurer une certaine uniformité d'interprétation et d'application du droit, elle limite aussi toute possibilité d'adopter la nouvelle méthode du droit international privé dans les tribunaux taïwanais⁵³².

Dans un deuxième temps, en ce qui concerne le critère de qualification, la Cour suprême taïwanaise adopte traditionnellement le critère de la *lex fori*. Or, ce choix affecte le débat sur la possibilité d'introduire la théorie du renvoi de qualification à Taïwan⁵³³. En effet, la Cour suprême taïwanaise ne semble pas connaître la théorie du renvoi de qualification. Cependant, il est à remarquer que cette théorie a été adoptée par un avocat afin d'obtenir le meilleur taux de compensation, dans un jugement rendu récemment⁵³⁴.

Par ailleurs, même si la Cour suprême emploie rarement l'expression du *point de rattachement* dans ses arrêts, c'est bien la méthode préconisée par la théorie du point de rattachement qu'elle utilise. De manière générale, la Cour suprême

⁵³² Dans peu de cas, la Cour suprême taïwanaise applique par analogie l'article 1^{er} du Code civil taïwanais, ou encore l'article 30 de la loi de 1953, adoptant une autre règle que la loi de 1953. Par exemple, dans l'affaire *Tai-Shan* n° 2311 du 16 décembre 2005, la Cour suprême a appliqué par analogie l'article 1^{er} du Code civil taïwanais en adoptant la règle des coutumes et pratiques uniformes pour des crédits documentaires (*Uniform Customs and Practices for Documentary Credits, UCP*) dans un litige concernant l'obligation internationale.

⁵³³ Nous estimons que dans la mesure où le critère de qualification adopté est la *lex fori*, le renvoi de qualification, qui résulte de la diversité des systèmes juridiques, est évincé par ce critère. Le problème du renvoi de qualification n'est soulevé que lorsque le critère de qualification adopté est la *lex causae*. E. W. LIN, Le renvoi de qualification : une comparaison entre les systèmes juridiques français et taïwanais, *THLR*, V.24; 2006, p.241 ; H.-N. WANG, L'application de la théorie de renvoi, in *Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma, Yaun-Chao*, 2006, p.1. Toutefois, la Cour suprême taïwanaise a récemment estimé que le critère de qualification pouvait aussi comprendre la *lex causae*. Voir l'arrêt *Tai-Zai* n° 22 du 8 mai 2003.

⁵³⁴ L'arrêt *Tai-Shan* n° 1007 du 19 mai 2004. Dans cet arrêt, l'avocat du demandeur a requis une compensation concernant un contrat international. Les parties ont expressément désigné la loi anglaise comme la loi applicable à ce contrat. Toutefois, à propos du taux de compensation, l'avocat du demandeur a avancé qu'il fallait appliquer la loi taïwanaise, car selon la loi anglaise, la détermination du taux de compensation est une question procédurale. D'après le principe selon lequel « les questions procédurales doivent être soumises à la loi du for (*a procedural matter is governed by the lex fori*) », il faut appliquer la loi du for, c'est-à-dire la loi taïwanaise pour décider du taux de compensation. Pourtant, la Cour suprême taïwanaise a rejeté ce raisonnement.

taïwanaise retient six rattachements différents dans le litige d'extranéité : la nationalité, le domicile, la résidence, le siège actuel de l'objet (*situs rei*), le lieu d'activité (*locus actus*), ainsi que la volonté des parties. Dans la plupart des cas, la Cour suprême ne tient pas compte du fond de l'affaire, elle suit mécaniquement l'indication de la loi de 1953. En effet, la Cour ne révise que la question de droit, et n'examine que très rarement les faits sur le fond. D'autre part, la loi de 1953 confère peu d'autorité au juge pour adopter la nouvelle théorie du droit international privé⁵³⁵. En particulier dans la mesure où la loi de 1953 précise expressément la règle appropriée au cas de droit, la Cour suprême se refuse à dépasser la frontière tracée par le législateur. Elle préfère appliquer mécaniquement la règle de la loi de 1953, afin de respecter le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs.

Il est à noter, par ailleurs, que la Cour suprême taïwanaise assimile parfois le critère de la solution du conflit de juridiction et celui du conflit de lois. Dans l'arrêt du 22 août 1997⁵³⁶, la Cour suprême a indiqué que « (...) *(d)u point de vue de la théorie du point de rattachement, le lieu d'exécution du contrat et le siège de l'objet du litige se situent dans la région de « la zone industrielle de Huizhou-Taïwan », c'est-à-dire dans la région continentale chinoise (Province de Guangdong, ville de Huizhou). Dans ce litige, il existe certains liens de fait entre le contrat et la ville de Huizhou. C'est par conséquent le tribunal de Huizhou qui est compétent dans ce litige en matière de contrat transfrontière* ».

Toutefois, ce raisonnement ne nous paraît pas approprié en l'espèce, car il n'est pas nécessaire d'adopter une position neutre dans la situation du conflit de juridictions. En effet, la mission du juge du for en matière de conflit de juridictions consiste à délimiter le champ d'application de la compétence du for, et non pas à attribuer une compétence « d'application du droit » à un État⁵³⁷. C'est une approche

⁵³⁵ Bien que l'article 30 de la loi de 1953 stipule que le juge peut avoir recours à « la théorie du droit » dans la mesure où il existe une lacune juridique, la Cour suprême taïwanaise n'a jamais appliqué cet article dans le cas du litige d'extranéité.

⁵³⁶ L'arrêt *Tai-Shan* n° 2644 du 22 août 1997.

⁵³⁷ Les règles de conflits de juridictions sont souvent considérées comme des règles matérielles plutôt que des règles de conflit. L'intérêt de la distinction entre le conflit de lois et le conflit de juridiction est non seulement que ce dernier est toujours préalable au conflit de lois, mais encore que le tribunal ne

particulariste, alors que la théorie du point de rattachement procède en fait d'une approche universaliste : elle vise principalement à déterminer la loi applicable au litige en mettant dans la balance d'un côté, la loi du for, et de l'autre côté, la loi étrangère. L'assimilation du conflit de juridictions au conflit de lois revient à confondre la nature de chaque problème. Or, il s'agit là d'un abus de la théorie du point de rattachement.

L'attitude conservatrice de la Cour suprême peut aussi être mise en lumière dans son application du principe d'ordre public au litige d'extranéité. En général, la Cour suprême taïwanaise considère, avec internationalistes taïwanais, que l'application de la loi du for, sur le motif de la sauvegarde de l'ordre public, doit être envisagée comme une situation exceptionnelle. Dans l'arrêt *Philip v. Digital Storage Technology Co. Ltd.* rendu récemment⁵³⁸, la Cour suprême a réaffirmé cette approche : « *L'article 25 de la loi de 1953 stipule que l'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec la préservation de l'ordre public de la République de Chine. Cela signifie que le tribunal taïwanais ne peut pas appliquer le droit étranger lorsque le résultat de l'application de ce droit va à l'encontre de l'ordre public de la République de Chine* ».

De ce point de vue, la Cour suprême taïwanaise applique le droit étranger sans contrôler ni évaluer son contenu. La Cour se conforme donc complètement à l'esprit de la règle de conflit classique. Elle évite principalement de recourir à la méthode unilatérale, en privilégiant la méthode bilatérale, neutre et abstraite. L'observation fidèle de la règle de la loi de 1953 est une coutume propre à la Cour suprême taïwanaise : elle adopte toujours la méthode, mais aussi les catégories et le critère de rattachement, prescrites par la loi de 1953. Même si un nouveau rattachement a récemment été préconisé par les internationalistes étrangers de manière générale,

peut se déclarer incompétent sur le motif que la loi étrangère est applicable, ce qui nous rappelle la position traditionnelle de la Cour de cassation française. Cass. Civ., 19 juin 1963, 16 janvier 1973, 19 mars 1973 et 27 octobre 1993. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Droit international privé, p. 585 s.

⁵³⁸ *Tai-Shan* n° 20 du 5 janvier 2006.

comme la résidence habituelle⁵³⁹, il n'a pourtant pas été formellement accepté par la Cour suprême jusqu'à lors⁵⁴⁰.

§ 2 Les juridictions de droit commun

Comparée à la position conservatrice de la Cour suprême, la pratique des juridictions de droit commun est relativement variée, voire chaotique, dans certains domaines. De plus, il apparaît que plusieurs tribunaux taiwanais ont effectivement tenté d'adopter les nouvelles théories du droit international privé. Ils ont essayé d'assouplir le mécanisme établi par la loi de 1953, et de mettre en place un nouveau critère permettant de déterminer la loi applicable dans le litige d'extranéité. Il s'agit donc non seulement d'une nouvelle théorie étrangère, mais aussi d'une nouvelle théorie taïwanaise.

De manière générale, les juridictions de droit commun appliquent le règlement de la loi de 1953. Ces juridictions considèrent la plupart du temps que le juge taiwanais doit appliquer d'office la loi de 1953, lorsqu'il existe un élément d'extranéité dans le litige concerné. Dans ce sens, dans l'affaire du 22 mars 2002⁵⁴¹, la Cour d'appel de Taïwan a indiqué que « *lorsque le fait à l'origine du litige concerne une personne étrangère ou un lieu étranger, ou les deux à la fois, cela signifie qu'il existe des éléments d'extranéité, il faut donc dans premier temps appliquer le règlement prévu par la loi de 1953. Et c'est d'après les dispositions de cette loi, que le juge*

⁵³⁹ Y.-S., LIN, L'application de la résidence habituelle en droit international privé, *TLJ* n°28, 2001, p.98

⁵⁴⁰ R.-C., CHEN, Réflexion sur la jurisprudence en matière de droit international privé dans l'année 2002, *TLR* n°52, 2003, pp.130-150 ; R.-C., CHEN, Réflexion sur la jurisprudence en matière de droit international privé dans l'année 2003, *TLR* n°66, 2005, pp.98-116.

⁵⁴¹ *Chung-Jai-Shan* n° 12 du 22 mars 2005.

détermine, dans un deuxième temps, la loi applicable pour résoudre le litige concerné ». D'après cette jurisprudence, il semble que les juridictions de droit commun taïwanaises observent, de manière tout aussi stricte que la Cour Suprême, le principe d'application d'office de la loi de 1953. Il reste donc peu d'espace pour introduire la nouvelle théorie du droit international privé.

Pourtant, nous pouvons constater que dans des domaines spécifiques, la nouvelle théorie du droit international privé exerce une certaine influence sur la plupart des décisions de ces juridictions. En particulier, en droit international des affaires en matière d'obligation, les juges utilisent de manière extensive la théorie du lien le plus pertinent, afin de trouver au cas par cas la solution appropriée. Par exemple, dans l'affaire du 1^{er} novembre 2000⁵⁴², la Cour d'appel de Taïwan a indiqué qu'« *en ce qui concerne les obligations internationales, la loi applicable doit être déterminée en fonction de l'article 6 (1) de la loi de 1953, qui énonce le principe de l'autonomie de la volonté des parties. À cet égard, il existe trois types de volonté : la volonté expresse, la volonté implicite ou encore la volonté supposée. Autrement dit, si la volonté des parties n'est pas exprimée dans le contrat, on ne peut conclure à un défaut de choix des parties de la loi applicable au contrat. Le juge doit adopter la théorie du lien le plus pertinent, et vérifier tous les éléments du fait concerné (...) de manière à dégager la volonté implicite des parties pour déterminer quelle est la loi applicable en l'espèce* ».

Cette décision illustre la progression, mais aussi l'évolution, de la nouvelle théorie du droit international privé dans la pratique juridique taïwanaise. En effet, cette évolution diffère de la nouvelle théorie américaine, telle que nous l'avons présentée précédemment, dans le domaine du délit transfrontière. Toutefois, la nouvelle théorie du droit international privé, comme la théorie du lien le plus pertinent que nous avons évoquée, ne s'applique qu'aux litiges en matière de contrat international à Taïwan⁵⁴³. La Cour d'appel de Taïwan a ainsi précisé, dans l'affaire du

⁵⁴² *Hai-Shang-Shan* n° 2 du 1^{er} novembre 2000.

⁵⁴³ Dans ce sens, voir par exemples les affaires de la Cour d'appel de Taïwan, *Shan-Gaun* n° 27 du 4 octobre 2005, *Shan-Gaun* (1) n° 2 du 17 octobre 2000.

8 août 2001⁵⁴⁴, qu'« en ce qui concerne le problème de l'application du droit en matière de délit international, l'article 9 de la loi de 1953 énonce une règle expresse. Il n'est donc pas nécessaire d'avoir recours à la théorie du droit. Ainsi, la demande d'appel, sur le motif selon lequel ce serait la théorie du lien le plus pertinent qui devrait être utilisée pour désigner la loi de la République de Chine comme la loi applicable dans le litige en matière de délit international, n'est pas recevable ».

Cette décision mérite quelques commentaires. De manière générale, l'étude de la jurisprudence nous montre que les juridictions taïwanaises de droit commun utilisent la théorie du lien le plus pertinent comme méthode subsidiaire en matière d'application du droit. Toutefois, cette décision de la Cour d'appel de Taïwan énonce clairement que cette utilisation est limitée : la nouvelle théorie ne peut être invoquée que dans la mesure où la loi de 1953 ne contient pas de règle expresse en l'espèce. Et lorsque la loi stipule expressément la règle d'application du droit adéquate, la nouvelle théorie du droit international privé ne peut intervenir. À cet égard, il semble donc que le mécanisme de la loi de 1953 reste promu par les praticiens taïwanais.

Il est aussi à souligner que la confusion entre les notions de conflit de juridictions et de conflit de lois apparaît encore dans les décisions rendues par les tribunaux taïwanais. Nous avons vu à cet égard que la théorie du point de rattachement avait été utilisée pour déterminer la loi applicable en matière de conflit de lois. Cette théorie a aussi servi de critère pour délimiter le champ de compétence internationale en matière de conflit de juridictions⁵⁴⁵. Et dans certains cas, les

⁵⁴⁴ *Bao-Sian-Shan* n° 18 du 8 août 2001.

⁵⁴⁵ La décision du Tribunal de première instance de Tao-Yuan, *Shi* n° 172 du 25 février 2003. L'expression « compétence internationale » apparaît très souvent dans la jurisprudence taïwanaise et les ouvrages de droit international privé taïwanais. Cette expression provient de l'école française, la notion de compétence internationale (générale) est opposée à celle de compétence interne (spéciale). Pourtant, cette expression nous semble discutable en chinois, car en matière de conflit de juridictions, la tâche du juge du for consiste plutôt à délimiter le champ de compétence directe des juridictions du for, non celui des juridictions étrangères. À Taïwan toutefois, les théoriciens et les praticiens acceptent généralement ce critère en matière de conflit de juridictions. C.-C. CHEN, Compétence internationale en matière de litige civil international, *LJ* n°166, 1997, pp.75-86 ; W.-L. HSU, La théorie générale de la compétence internationale, *LJ* n°183, 2001, pp.69-88 ; *a contrario* voir H.-K. TSAI, La compétence internationale en matière patrimoniale, *NCCULJ* n°17, 2004, pp.1-86.

éléments d'extranéité ont même été invoqués comme prétextes pour appliquer la loi étrangère, plutôt que comme conditions pour déclencher le mécanisme du droit international privé taïwanais⁵⁴⁶. À notre avis, l'incohérence de cette application du droit résulte principalement d'une carence de la législation taïwanaise en matière de conflit de juridictions.

De manière générale, on considère que le point de rattachement est un fait permettant de justifier l'existence d'un lien entre le litige et le système juridique d'un État en particulier. Et dans ses décisions, le juge taïwanais utilise le même raisonnement, proposé par la théorie du critère de rattachement, pour résoudre le problème du conflit de juridictions. Toutefois, il est à noter qu'au cours des dernières années, les internationalistes taïwanais se sont intéressés à la spécificité du problème du conflit de juridictions. Et les tribunaux taïwanais rendent de plus en plus de décisions utilisant le critère proposé par les théoriciens taïwanais, et qui se distingue de la théorie du point de rattachement en matière de conflit de lois.

Il semble donc que la théorie classique du droit international privé taïwanais n'ait pas été appliquée de manière uniforme par les juridictions taïwanaises du premier et du deuxième degré. On observe, au contraire, différentes interprétations de la méthode d'application du droit, qui s'éloignent peu ou prou de la méthode préconisée par la Cour suprême taïwanaise. Ces divergences sont d'autant plus notables en ce qui concerne le recours à la théorie locale de la valeur prédominante.

La théorie de la valeur prédominante a été utilisée pour la première fois, dans la pratique judiciaire taïwanaise en 2004⁵⁴⁷. M. Chao-Ching Hsu, juge au Tribunal de première instance de Chia-Yi, a non seulement utilisé la nouvelle théorie du lien le plus pertinent, mais a aussi tenté d'ériger un critère d'indication de la valeur prédominante, dans un litige à propos d'un contrat de travail entre un travailleur étranger et une entreprise taïwanaise.

⁵⁴⁶ La décision de la Cour d'appel de Taïwan, *Guo-Mao* n° 6 du 20 septembre 2006.

⁵⁴⁷ *Chia-Lau-Hsiao* n° 7 du 21 décembre 2004.

Dans ce litige, l'étranger en question est un travailleur thaïlandais, qui demande le paiement des salaires restants d'après son contrat de travail, selon lequel l'entreprise taïwanaise s'engage à payer les salaires pendant un an, même si le temps réel de travail est inférieur à une année. Le défendeur a déclaré qu'il avait déjà payé les salaires dus au demandeur, car la somme versée dépassait déjà le montant salarial de base d'une année. Autrement dit, d'après le défendeur, le contrat se base sur le critère du salaire réel. Il considère donc que la prétention du demandeur est infondée.

La question de droit dans ce litige est claire : quelle est la loi applicable à ce contrat ? Et comment peut-on expliquer l'obligation de paiement du salaire par le défendeur dans ce type de contrat ? Pour répondre à ces questions, M. Hsu n'a pas adopté la théorie de la loi d'application immédiate, au contraire, il a utilisé la théorie du lien le plus pertinent pour déterminer la volonté implicite des parties⁵⁴⁸. M. Hsu a précisé qu'« *qu'en ce qui concerne l'interprétation du contrat de travail, en particulier d'un contrat-type dans le domaine de la construction, la rémunération constitue une contrepartie déterminante par rapport au travailleur. Si le contenu du contrat est discutable, le principe directeur pour interpréter le contrat doit être de protéger la partie la plus vulnérable. Ce principe de protection du travailleur est une valeur commune dans la société internationale. Il est similaire au principe concernant l'interprétation du contrat d'assurance : si le contenu du contrat d'assurance n'est pas clair, il faut l'interpréter dans le sens le plus favorable à l'intérêt de l'assuré* ». Dans cette perspective, M. Hsu a conclu que la loi applicable dans ce litige devait aussi respecter cette *valeur commune internationale*. Considérant les rattachements applicables à ce litige, ainsi que la valeur commune internationale, le juge a décidé que c'était le droit taïwanais qui devait s'appliquer.

Force est de remarquer que cette décision marque un jalon dans la jurisprudence taïwanaise. En effet, elle représente, dans la jurisprudence taïwanaise, un premier pas en direction des nouvelles théories du droit, et en particulier de la

⁵⁴⁸ En effet, la théorie de la loi d'application immédiate reste encore au niveau de la discussion théorique à Taïwan. Pour l'instant, il n'existe aucune décision des tribunaux taïwanais utilisant cette théorie. K.-P. WU, The Legislation and Court Decisions Relating to the 'Lois d'Application Immédiate' in Private International Law, *FJLJ* n°29, 2005, pp.53-130.

théorie locale du droit international privé en matière de conflit de lois. Cette décision montre que la théorie de la valeur prédominante n'est plus une simple hypothèse doctrinale en droit international privé. Le juge taïwanais peut désormais progressivement dégager un critère concret permettant de préciser le contenu de la valeur prédominante dans le litige d'extranéité. Un nouveau mécanisme du droit international privé taïwanais pourrait ainsi être établi.

Section 2. L'influence sur la législation

La doctrine locale exerce indéniablement une grande influence sur la législation taïwanaise, en particulier en matière de droit des affaires transfrontières. Nous montrerons que cette influence s'est exercée non seulement sur la loi de 1953 (§1), mais aussi sur les règles de conflit interrégional, c'est-à-dire sur le droit concernant les affaires de la relation triangulaire entre Taïwan, le continent chinois et les régions spéciales de la République populaire de Chine (Hongkong et Macao) (§2). De manière générale, l'influence de la doctrine locale est moindre sur ce type de législation, car elle est principalement motivée par la protection de l'intérêt et de la sécurité de la société taïwanaise. Même si dans certains domaines, les règlements de conflit interrégional se réfèrent à la nouvelle doctrine, dans la plupart des cas, c'est la notion d'ordre public et la méthode unilatérale qui priment.

§ 1 La loi de 1953 et le projet de révision

En ce qui concerne l'influence de la doctrine locale sur la loi de 1953, nous conduirons notre examen en deux temps. Dans un premier temps, nous verrons que la doctrine locale peut être considérée, dans une certaine mesure, comme l'une des sources de droit de la loi de 1953. Ainsi, cela revient à dire que l'application de la loi de 1953 *lato sensu* est aussi celle de la doctrine locale du droit international privé taïwanais. Dans un deuxième temps, nous verrons que certaines valeurs ou

principes du droit matériel sont en train d'influencer le projet de révision de la loi de 1953, même si elles suscitent certaines controverses parmi les internationalistes taiwanais.

Nous avons montré que la loi de 1953 adoptait principalement la théorie classique du droit international privé, en combinant les méthodes bilatérale et unilatérale en matière de conflit de lois. Les internationalistes taiwanais ont systématisé ces méthodes en élaborant et en mettant en place un mécanisme complet en droit international privé. Cependant, avec le temps, certaines lacunes juridiques, qui n'ont pu être comblées par ce mécanisme, apparaissent⁵⁴⁹. Les nouvelles questions soulevées par les cas de droit remettent en question ce mécanisme traditionnel. Il est donc nécessaire de vérifier et modifier, le cas échéant, la source du droit international privé taiwanais afin de l'adapter à l'évolution de la société moderne.

L'article 30 de la loi de 1953 stipule qu'« *en matière d'extranéité, en cas d'absence de disposition appropriée dans ce règlement, il faut appliquer les règles spéciales pertinentes. S'il n'existe aucune règle spéciale en la matière, il faut appliquer les principes généraux du droit* ». D'après les internationalistes taiwanais, cet article est toujours utilisé comme une passerelle entre la théorie classique et la nouvelle théorie. Autrement dit, si les internationalistes taiwanais veulent introduire la nouvelle théorie dans leurs études, l'article 30 de la loi de 1953 est un fondement juridique indispensable.

En principe, lorsque les dispositions appropriées font défaut dans un litige d'extranéité, les internationalistes taiwanais ont trouvé deux manières de résoudre le problème. La première solution proposée est l'application, par analogie, des

⁵⁴⁹ Par exemple, l'obligation ou la responsabilité dans le Cyberespace, le droit de la propriété intellectuelle, ou encore le cas de la pollution industrielle. M.-R. TSENG-CHEN, Le droit de la propriété intellectuelle en droit international privé : La protection et la situation du droit de la propriété intellectuelle étrangère (I) (II), *NTULR v.24, 25 n°2, 1*, 1995, p 357 s.

dispositions de la loi de 1953 de nature similaire⁵⁵⁰. Prenons l'exemple de l'engagement du mariage, la loi de 1953 ne dispose d'aucune règle en l'espèce. S'il survient un litige quant à l'effet de l'engagement du mariage, le juge taïwanais peut appliquer par analogie l'article 12 de la loi de 1953 concernant l'effet du mariage. En effet, l'engagement du mariage et le mariage peuvent être considérés comme des contrats similaires en matière de statut personnel.

La deuxième solution trouvée par les internationalistes taïwanais est le recours direct à la nouvelle théorie du droit international privé, y compris aux théories étrangères et locales, dans la mesure où il n'existe aucune disposition appropriée dans certains cas de litige d'extranéité. Par exemple, en matière de contrat international, à défaut de mention expresse de la loi applicable en cas de litige, la démarche principale de l'école taïwanaise consiste à rechercher la volonté implicite des parties. Comme nous l'avons montré, les praticiens taïwanais ont déjà eu recours à la théorie du lien le plus pertinent pour trouver la volonté implicite des parties. D'un autre côté, les théoriciens taïwanais estiment aussi que le litige doit pouvoir être résolu à l'aide d'une méthode flexible comme la théorie du lien le plus pertinent⁵⁵¹, mais aussi comme la théorie de la *proper law*⁵⁵², ou encore celle de la valeur prédominante⁵⁵³. En conséquence, l'article 30 de la loi de 1953 laisse une certaine marge de manoeuvre au juge pour utiliser les différentes théories en matière d'application du droit. Cela encourage aussi les internationalistes taïwanais à élaborer et à présenter leurs théories pour combler les lacunes du droit.

Toutefois, alors que la loi de 1953 n'exclut pas la doctrine locale du droit

⁵⁵⁰ Certains internationalistes taïwanais ont adopté la théorie allemande de l'«*Harmonie-Anwendung*» pour résoudre le problème des lacunes des lois. T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, p. 487 ; J.-Y. LIU, Droit international privé, p.85 ; Y.-C. SU, Droit international privé, p. 51.

⁵⁵¹ T.-W. LEE, L'article 6 de la loi d'application du droit relative aux affaires civiles d'extranéité et le principe de l'autonomie de la volonté des parties, in *Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma, Yaun-Chao*, 2006, p.35, spec. p.44 ; L.-K. LAI, La comparaison entre le principe d'autonomie de la volonté des parties et le principe de liberté contractuelle, *LF* n°13, 2003, pp.56-60.

⁵⁵² K.-P. WU, The Theory of Characteristic Performance in Private International Law, *LJ* n°196, 2004, p.1 s..

⁵⁵³ L.-S. CHEN, Traité du contrat international en droit international privé, *Wu-Nan*, 1986.p.74 s.

international privé taïwanais, les internationalistes taïwanais gardent une approche conservatrice quant à l'application de cette doctrine au litige d'extranéité. Cette approche résulte non seulement de la pratique coutumière des juridictions taïwanaises concernant l'autorité de la loi de 1953, mais aussi des interrogations liées à l'applicabilité de la doctrine locale du droit international privé. La même question s'est posée au sujet de la nouvelle doctrine du droit international privé. Dans le projet de révision de la loi de 1953, la théorie du lien le plus pertinent est toujours retenue corrélativement à la théorie du point de rattachement. Dans peu de cas, la première occupe une position prédominante par rapport à la seconde⁵⁵⁴. Toutefois, dans la plupart des cas, cette nouvelle théorie est considérée comme un principe subsidiaire dans le projet de révision de la loi de 1953⁵⁵⁵.

Le projet de révision ne semble pas, en effet, s'intéresser aux nouvelles théories locales, telles que la théorie de la valeur prédominante, la théorie de substantialisation du point de rattachement, ou encore la théorie du droit substantiel comparé. Pourtant, dans la doctrine taïwanaise, se dessine une nouvelle tendance des internationalistes : il ne s'agit pas seulement de résoudre la question de droit international privé dans le litige d'extranéité⁵⁵⁶, il faut aussi prendre en compte, dans

⁵⁵⁴ Dans la première édition du projet de révision, la théorie du lien le plus pertinent occupe une position prédominante par rapport aux autres théories du droit international privé. En particulier dans l'article 23 du projet concernant le délit international, la position prédominante de la théorie du lien le plus pertinent est manifeste. Pourtant, dans la deuxième édition de ce projet, la prédominance de la théorie du lien le plus pertinent a été atténuée. Les législateurs ont préféré adopter une position plus conservatrice, c'est-à-dire qu'ils retiennent à la fois la théorie classique et la nouvelle théorie dans la plupart des situations, et la dernière est considérée comme une clause d'exception dans le projet de révision de la loi de 1953. En ce qui concerne l'évolution de la révision de la loi de 1953, C.-V. WANG, La nouvelle tendance d'amendement de la loi de 1953 : une perspective générale, *Collection des actes de conférence des deux rives du détroit de Taïwan t.1*, 2005, p.1, spec. 21s. ; C.-V. WANG, La révision de la loi de 1953, *HKLR n°31*, 2004, pp.1-46.

⁵⁵⁵ Par exemple, en matière de contrat international ou d'effet du mariage, les articles 15, 16 et 43 du projet de révision utilisent la théorie du lien le plus pertinent comme un principe subsidiaire, selon lequel certains points de rattachement restent toujours dans le premier ordre d'application.

⁵⁵⁶ La justice du droit international privé se distingue de la justice matérielle, cette distinction vient de Gerhard Kegel. B. AUDIT, Droit international privé, p.80 ; H.-P. MA, Droit international privé, p. 20 s. ; R.-C. CHEN, Les idées nouvelles en matière de législation du droit international privé, *TLR n°89*, 2002, p.50 ; S. C. SYMEONIDES, ed., Private International Law at the End of the 20th Century : Progress or Regress ?, *The Hague : Kluwer Law International*, 2000, p. 45.

la législation du droit international privé taïwanais, la valeur ou encore le principe du droit matériel⁵⁵⁷.

Cet intérêt pour l'aspect matériel du droit est particulièrement manifeste à propos du statut personnel du droit international privé taïwanais. À titre d'exemple, on peut citer le principe d'égalité en droit des époux. En effet, une partie de la doctrine a considéré que ce principe devait non seulement être pris en compte dans le droit matériel, mais aussi dans le cadre de la règle de conflit⁵⁵⁸. Dans cette optique, l'article 12 de la loi de 1953, relative à l'effet du mariage qui stipule que « *le litige concernant l'effet du mariage est régi par la loi nationale du mari* », est considéré comme une violation du principe de l'égalité des époux. Ainsi, le projet de révision de la loi de 1953 a tenté d'amender cet article en précisant que « *le litige concernant l'effet du mariage est régi par la loi nationale commune des époux. Si l'un des époux est de nationalité étrangère, il faut appliquer la loi du lieu de résidence habituelle commune. S'il n'est pas possible de déterminer de lieu de résidence habituelle commune, il faut appliquer la loi ayant le lien le plus étroit relative à relation du mariage* »⁵⁵⁹.

Ce raisonnement a également été utilisé pour réviser les dispositions de la législation taïwanaise relatives à l'effet du divorce, à la filiation, ou encore à l'adoption. En ce qui concerne la loi applicable en matière de filiation, l'article 58 du projet de révision stipule que « *la filiation paternelle et maternelle est régie par la loi nationale de l'enfant à la date du fait* ». La législation précise que « *de nos jours, l'approche juridique des questions de filiation, y compris de filiation légitime, de reconnaissance et d'adoption, tend à protéger l'intérêt de l'enfant plutôt qu'à affirmer*

⁵⁵⁷ Y.-M. HSU, La protection du droit fondamental en droit international privé, LJ n° 198, 2005, p.147.

⁵⁵⁸ J.-F. HO, L'amendement à la loi de 1953 : perspectives pour l'égalité des sexes et l'intérêt de l'enfant, LM v.52, 2001, p.4 ; C.-V. WANG, La nouvelle tendance d'amendement de la loi de 1953 : une perspective générale, *op. cit.*, p.25 s. ; R.-C. CHEN, Propositions et tendance d'amendement de la loi de 1953, *Collection des actes de conférence des deux rives du détroit de Taïwan t.1*, 2005, p.67, spec. p.75.

⁵⁵⁹ Ce type de législation a été inspiré par la loi japonaise, qui adopte la théorie de Gerhard Kegel, à savoir « l'échelle de Kegel », en augmentant le nombre de rattachements afin d'assouplir la règle de conflit classique. R.-C. CHEN, *ibidem*.

l'autorité parentale. Ainsi, la loi actuelle qui prescrit que la filiation doit être régie par la loi nationale des parents ne correspond pas à cette approche. Or, en se référant au principe de protection de l'intérêt de l'enfant, la plupart des pays désignent la loi nationale de l'enfant comme la loi applicable en matière de filiation paternelle et maternelle (...) ». Il semble donc que le législateur taïwanais ait commencé à privilégier une valeur prédominante qui vise à la protection de l'intérêt de l'enfant en matière de filiation paternelle ou maternelle. Néanmoins, nous considérons que cette évolution de la législation est inutile : en particulier si l'on continue à utiliser la règle de conflit comme solution principale dans le litige d'extranéité. Ce changement de rattachement, à lui seul, ne peut en effet assurer la protection de l'intérêt d'enfant.

Fondamentalement, le problème est lié au caractère spécifique de la règle de conflit : abstrait, neutre et bilatéral. Le raisonnement et la solution de l'utilisation de la règle de conflit peuvent être indépendants. Ainsi, dans l'exemple que nous avons retenu, le changement de rattachement ne permet pas forcément de respecter le principe évoqué de la protection de l'intérêt de l'enfant ou de l'égalité des époux. En effet, prenons l'exemple d'un mariage entre une française et un taïwanais, qui acquiert la nationalité française de ce fait. Après quelques années, la femme finit par demander le divorce à Taïwan. En ce qui concerne l'effet du divorce, d'après l'article 15 de la loi de 1953, le juge taïwanais doit appliquer la loi nationale du mari. En ce qui concerne le droit matériel, le droit civil taïwanais a déjà abrogé la disposition concernant le délai du second mariage, mais le droit civil français maintient cette disposition⁵⁶⁰. Par conséquent, si le rattachement de *la nationalité du mari* est remplacé par le rattachement de *la nationalité commune*, c'est-à-dire la nationalité française, le résultat de cette application ne permet pas pour autant de respecter le principe de l'égalité des époux.

Le juge Chao-Ching Hsu a ainsi souligné que « *la législation en matière de droit international privé taïwanais devait à l'avenir éviter l'erreur de la loi « abstraite »*,

⁵⁶⁰ L'article 228 du Code civil français stipule que « *La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après trois cents jours révolus depuis la dissolution du mariage précédent* ». Et l'article 261 confirme que « *pour contracter un nouveau mariage, la femme doit observer le délai de trois cents jours prévu par l'article 228* ». À Taïwan, les mêmes dispositions ont été prévues dans les articles 987 et 994 du droit civil taïwanais, mais ces articles ont été abrogés le 17 juin 1996 compte tenu du principe de l'égalité des sexes en droit constitutionnel.

et accepter la théorie de substantialisation du point de rattachement. (...) Si l'on s'accorde à penser que le principe de l'égalité des sexes et celui de l'intérêt de l'enfant doivent être protégés dans les États civilisés, et que ces principes sont les valeurs qui doivent être promues dans les démocraties, il faut utiliser ces valeurs ou principes du droit dès le départ pour déterminer la loi applicable (...) au litige. Autrement dit, si la valeur prédominante peut remplacer le point de rattachement, le résultat de l'application du droit permet de sauvegarder l'égalité des sexes et l'intérêt de l'enfant »⁵⁶¹. Dans ce sens, la meilleure proposition de révision de l'article 15, de la loi de 1953, est la suivante : « le divorce et son effet doivent être régis par la loi qui peut donner la meilleure protection quant à l'égalité des époux ».

Nous partageons l'analyse de M. Hsu, et considérons que la notion de valeur prédominante devrait inspirer la législation en matière de droit international privé taïwanais à l'avenir.

§ 2 Les règlements du conflit interrégional

En matière de législation taïwanaise, le conflit interrégional est en fait assimilé à une question de droit international privé⁵⁶². En droit positif taïwanais, il est principalement question de deux lois importantes relatives aux conflits interrégionaux : le règlement relatif aux affaires entre la région taïwanaise et la région continentale chinoise de 1992 (ci-après le règlement de 1992), et le règlement relatif

⁵⁶¹ C.-C. HSU, Les essais du droit international privé et du droit comparé, Han-Lu, 2005, p. 152 s.

⁵⁶² C'est une approche unanime des praticiens et théoriciens du droit taïwanais. C.-S. MEI, Droit international privé, San-Ming, 9éd., 1989, p.65 ; T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *op. cit.*, p. 676 ; L.-K. LAI, Le conflit de lois interrégionales en droit international privé, in *Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma*, 2006, p. 429 ; sur l'approche des tribunaux taïwanais, voir la décision du Tribunal de première instance de Tainan, Su n°1077 du 19 août 2002, et l'arrêt de la Cour suprême taïwanaise, Tai-Shan n°2644 du 22 août 1997.

à la relation avec Hongkong et Macao de 1997 (ci-après le règlement de 1997). Pour ne pas susciter de controverses politiques dans les affaires sino-taïwanaises, les législateurs taïwanais ont évité la terminologie politiquement sensible en utilisant une expression neutre et abstraite, comme *le domaine juridique (Rechtsgebiet ; law district)*, pour expliquer qu'il existe en réalité deux autorités indépendantes sur les deux rives du détroit de Taïwan⁵⁶³.

L'un des caractères spécifiques des règlements de conflit interrégional concerne le domaine du statut personnel. En effet, dans ce domaine, les règlements n'utilisent pas le rattachement de la nationalité, mais celui de la résidence de l'état civil. Autrement dit, pour éviter le différend sur la notion de nationalité, qui est toujours liée à celle de souveraineté de l'État, le législateur taïwanais préfère utiliser un rattachement territorial plutôt qu'un rattachement personnel dans les règlements de conflit interrégional. Nous pouvons ainsi constater dans le règlement de 1992, que le législateur taïwanais renonce à la loi nationale pour adopter la loi du lieu de l'inscription à l'état civil en matière de statut personnel⁵⁶⁴.

Il faut toutefois souligner qu'il existe différentes approches de la relation entre Taïwan et Hongkong compte tenu de la relation sino-taïwanaise. Ces différentes approches découlent principalement de considérations politiques : il s'agit non seulement du régime politique adopté par chaque *région*, mais aussi de l'importance accordée à la question politique⁵⁶⁵, à l'ordre public et à la sécurité de société

⁵⁶³ En ce qui concerne le conflit interrégional (ou le conflit interprovincial), en théorie, il existe plusieurs dénominations de ce problème : droit international privé interne (*internal private international law*), quasi-droit international privé (*quasi private international law*), ou encore droit privé inter-local (*interlokale Privatrecht*). De manière générale, le conflit interrégional est qualifié de conflit interne. Nous empruntons l'expression classique des internationalistes français : « *un pouvoir central édicte ou admet une loi ou une coutume particulière à chaque province* ». H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, n°259, p. 436. Pourtant, il faut préciser que le problème des affaires sino-taïwanaises ne correspond pas à cette définition, car il n'existe pas en fait un pouvoir central entre le gouvernement taïwanais et le gouvernement chinois.

⁵⁶⁴ L'article 42 du règlement de 1992 stipule que : « *lorsque la loi de la région continentale doit être appliquée dans le litige, s'il existe différentes lois dans cette région, il faut appliquer la loi du lieu de l'inscription à l'état civil* ».

⁵⁶⁵ L'article 2 du règlement de 1992 définit les régions et les peuples taïwanais et chinois continental. La région continentale chinoise est définie comme « *le territoire de la République de Chine en dehors de la région taïwanaise* ». Cependant, la Constitution de la République de Chine n'a jamais défini

taïwanaise⁵⁶⁶. C'est pourquoi le règlement de 1997 permet une approche plus flexible que dans le règlement de 1992. Ce dernier adopte la méthode de la loi de 1953, c'est-à-dire la méthode classique du droit international privé, alors que le règlement de 1997 privilégie de manière générale la méthode unilatérale et la loi du for. Ce règlement permet ainsi de saisir l'initiative et d'éviter le risque éventuel lié à la législation chinoise en matière d'application du droit.

De manière générale, l'application du droit prévue par le droit interrégional privé taïwanais, en particulier dans les relations d'affaires entre Taïwan et Hongkong, est identique à celle prévue par le droit international privé taïwanais. L'article 38 du règlement de 1997 stipule ainsi que « *la loi de 1953 doit être appliquée par analogie aux relations d'affaires entre Taïwan et Hongkong* ». Cet article précise qu'« *étant donné que les systèmes juridiques de Hongkong et de Macao sont du même type que celui des démocraties, il est aisé d'appliquer la loi de 1953 aux relations d'affaire entre Taïwan et Hongkong* ». À ce titre, le législateur taïwanais estime que la nature de la règle de conflit international est similaire à celle de la règle de conflit interrégional, et il invoque le régime politique comme condition d'application du droit international privé taïwanais⁵⁶⁷.

expressément l'étendu du territoire, et ne mentionne seulement qu' « *en ce qui concerne le domaine du territoire de la République de Chine, il est question du territoire traditionnel. La définition du territoire traditionnel doit être déterminé par une résolution de l'Assemblée Nationale* ». À Taïwan, le problème de la définition du territoire est essentiellement une question politique. Par ailleurs, la définition de la «Chine» du gouvernement de la République de Chine est différente de la définition retenue par la République populaire de Chine. Du point de vue du gouvernement de la République de Chine, la «Chine» signifie que la République de Chine garde sa souveraineté sur le territoire du Continent chinois et sur Taïwan. Le gouvernement de la République de Chine a « la souveraineté *de facto* » sur Taïwan. Pour le gouvernement de la République populaire de Chine, la «Chine» signifie qu'il y a une seule Chine dans le monde ; la République populaire de Chine représente la Chine, et Taïwan est une partie indivisible de la Chine. En 1992, pendant la conférence de « *Kou-Wang* », les deux gouvernements ont pour la première fois fait un pas dans le sens d'une conciliation au sujet de la définition de la «Chine». Ils se sont entendus pour dire que pour définir ce qu'est « la Chine, chaque côté réserve son pouvoir d'interprétation ». En conséquence, cette situation influence le principe de la législation du règlement de 1992.

⁵⁶⁶ Par exemple, l'article 73 du règlement de 1992 stipule que « *les personnes privées, les personnes morales, les groupes, les autres établissements ou leur filiale dans la troisième région ne peuvent faire des affaires en matière d'investissement sans avoir reçu la permission de l'autorité de contrôle* ».

⁵⁶⁷ Le professeur Rong-Chwan Chen a critiqué cet article car, d'après lui, il ne correspond pas à un règlement de conflit interrégional. Toutefois, son approche discriminatoire en matière d'application du droit, est inapproprié et inutile. T.-C. LIU et R.-C. CHEN, Droit international privé, *op. cit.*, p. 705 ; R.-C. CHEN, A Boat on a Trouble Strait : The Interregional Private Law of the Republic of China on Taïwan, *Wis. Int. L.J.*, v.16, 1998, p.599.

En fait, le gouvernement chinois n'a élaboré aucun droit positif en matière d'affaires civiles sino-taïwanaises jusqu'à lors. Aussi, la solution présentée par Taïwan quant aux affaires civiles interrégionales reste-t-elle unilatérale. Etant donné qu'il n'existe pas de droit unique ni d'approche unanime entre les deux rives du détroit de Taïwan, le législateur taïwanais garde une attitude prudente vis-à-vis du droit de la région continentale chinoise. La prescription de la primauté du droit taïwanais apparaît donc dans la plupart des articles du règlement de 1992⁵⁶⁸. Toutefois, même si ce règlement adopte plusieurs notions similaires à celles de la loi de 1953, il existe des nuances entre ces deux sources de droit.

Deux principaux éléments d'analyse permettent de constater les différences qui existent entre ces deux législations. Le premier élément que l'on peut identifier est la condition qui déclenche le mécanisme du droit. En matière de droit international privé taïwanais, de manière générale, le déclenchement de ce droit est soumis à l'identification d'éléments d'extranéité. Pourtant, en droit interrégional privé taïwanais, le déclenchement du mécanisme du règlement de 1992 n'est soumis qu'à une seule condition : que les parties proviennent de régions différentes. Autrement dit, le critère d'application du règlement de 1992 est basé sur le statut personnel. Le facteur territorial n'est donc plus considéré comme une condition importante en matière d'application du droit interrégional privé taïwanais⁵⁶⁹.

Le deuxième élément concerne certains principes du droit, et il apparaît que les principes contenus dans les règlements de conflit interrégional sont plus avancés que ceux du droit international privé taïwanais, car ils sont plus récents. L'article 38

⁵⁶⁸ Tels que les articles 46, 49, 53, 58, 60, 61 et 62.

⁵⁶⁹ Les internationalistes taïwanais classent traditionnellement les éléments d'extranéité en trois types de facteurs territoriaux et personnels. Ainsi, il convient de distinguer les éléments d'extranéité et les éléments « continentaux » : le dernier ne dépend que des facteurs personnels. Autrement dit, si deux taïwanais concluent un contrat à Shanghai, le juge taïwanais doit appliquer la loi de 1953 plutôt que le règlement de 1992. La même approche est retenue dans la jurisprudence taïwanaise, voir la décision du Tribunal de première instance de *Tainan*, *Su* n°1077 du 19 août 2002.

du règlement de 1997 adopte, par exemple, l'une des nouvelles théories du droit international privé, à savoir la théorie du lien le plus pertinent. En effet, c'est la première fois que cette théorie a été adoptée dans la législation taïwanaise. Toutefois, les cas d'application de cette théorie sont très limités. L'article 38 du règlement de 1997 précise que la théorie du lien le plus pertinent ne s'applique que dans la mesure où il existe une lacune juridique dans la loi de 1953. Cette nouvelle théorie est donc employée comme une clause d'exception dans le règlement interrégional taïwanais.

Par ailleurs, il faut reconnaître que la théorie générale du droit international privé est parfois difficile à appliquer à la situation du conflit interrégional. En particulier, dans la mesure où ce conflit est lié à une inquiétude politique : l'opposition militaire entre les deux rives du détroit de Taïwan influence indéniablement l'attitude du législateur taïwanais⁵⁷⁰. Et l'article 1^{er} du règlement de 1992 exprime clairement cette préoccupation : *« avant l'unification du pays, ce règlement est élaboré pour préserver la sécurité et le bien-être de la région taïwanaise, pour régir les relations entre la population de la région taïwanaise et celle de la région continentale, et pour permettre de résoudre les litiges de droit en l'espèce »*. Aussi, la sécurité et le bien-être de la société taïwanaise sont-elles les préoccupations majeures de ce règlement. Dans cette optique, les principes généraux tels que le respect du droit étranger ou la protection de l'égalité entre le national et l'étranger ne sont pas vraiment promus dans le règlement de conflit interrégional taïwanais. C'est pourquoi ces règlements permettent souvent d'adopter une position conservatrice, voire discriminatoire. En matière de succession sino-taïwanaise, par exemple, l'article 67 du règlement de 1992 stipule que *« si le successeur est originaire de la région continentale, la succession est limitée à deux millions de nouveaux dollars taïwanais. Les successions qui dépassent ce montant doivent être combinées à l'héritage d'un successeur taïwanais »*. Cet article ne se conforme évidemment pas au principe général du droit international privé contemporain, mais il incarne parfaitement l'idée

⁵⁷⁰ En 1989, Deng Xiaoping aurait affirmé à un haut dignitaire de l'Armée populaire de Libération : « si Taïwan clame son indépendance, nous attaquerons ». Zhon-gyang Journal, Taipei, 17 novembre 1989, p.1. En 1997, le Ministre de la défense du gouvernement chinois, Chi Haotian a affirmé publiquement que la politique relative aux affaires taïwanaises est de restaurer « pacifiquement » la souveraineté nationale de Taïwan. Le gouvernement chinois « ne se résoudra jamais à renoncer à l'usage de la force : cela est indispensable pour contrecarrer des forces taïwanaises qui réclament l'indépendance et veulent diviser la mère patrie, ainsi qu'une intervention étrangère ». D. Fraçais, « Jiang Zemin veut renforcer son pouvoir sur l'armée chinoise », *Le Monde*, 2 août 1997.

maîtresse de la législation du droit interrégional privé taïwanais⁵⁷¹.

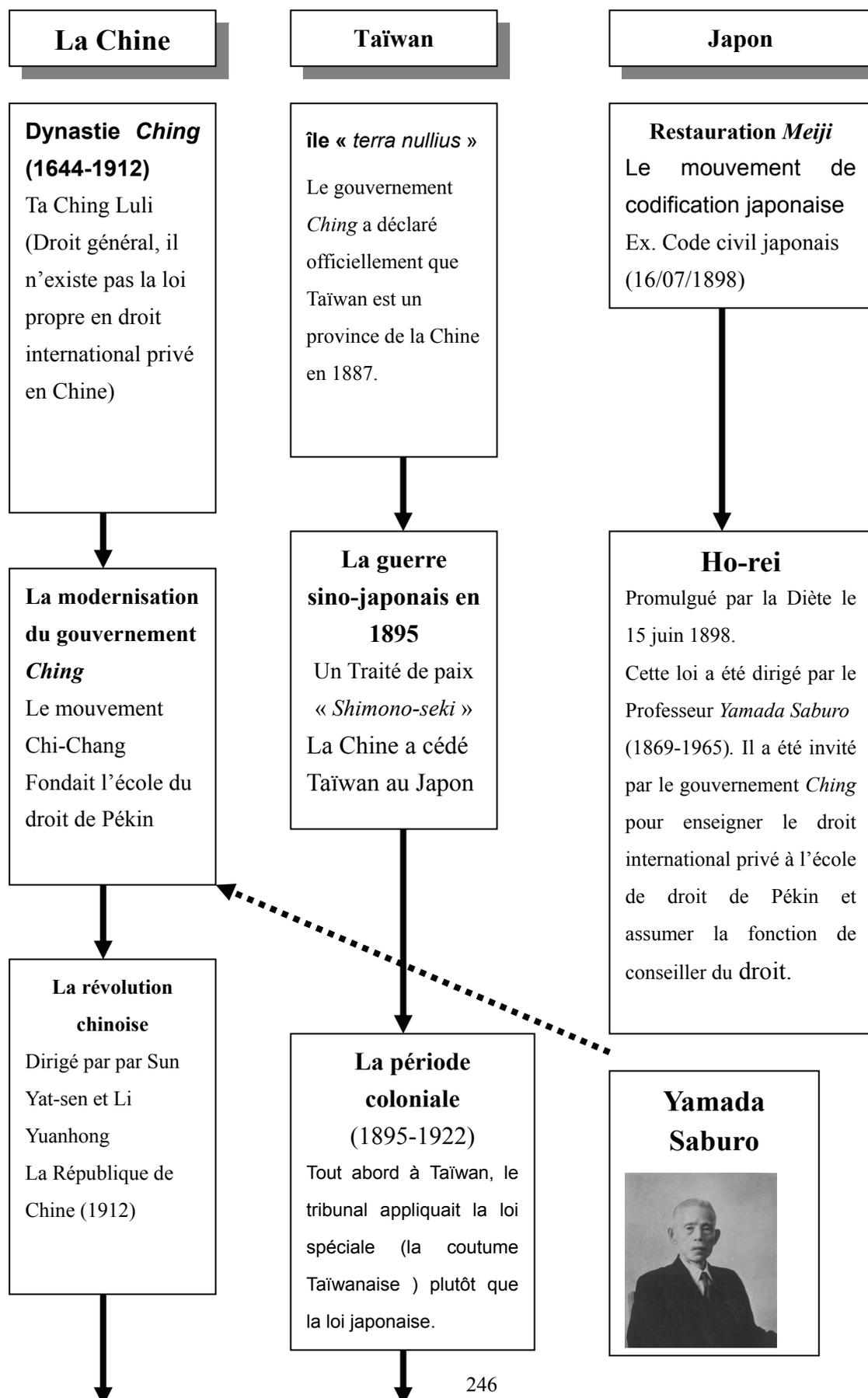
Les considérations politiques empêchent en effet l'intégration de la nouvelle doctrine locale du droit international privé taïwanais dans la législation en matière de conflit interrégional. Malgré son évolution historique, le droit international privé procède du droit interrégional privé, et les règlements de conflit interrégional ont développé leurs théories indépendamment du droit international privé dans un direction différente. En matière de conflit interrégional, il est en effet plus difficile d'utiliser une méthode abstraite et neutre sans prendre en compte l'intérêt général ou la valeur sociale du for.

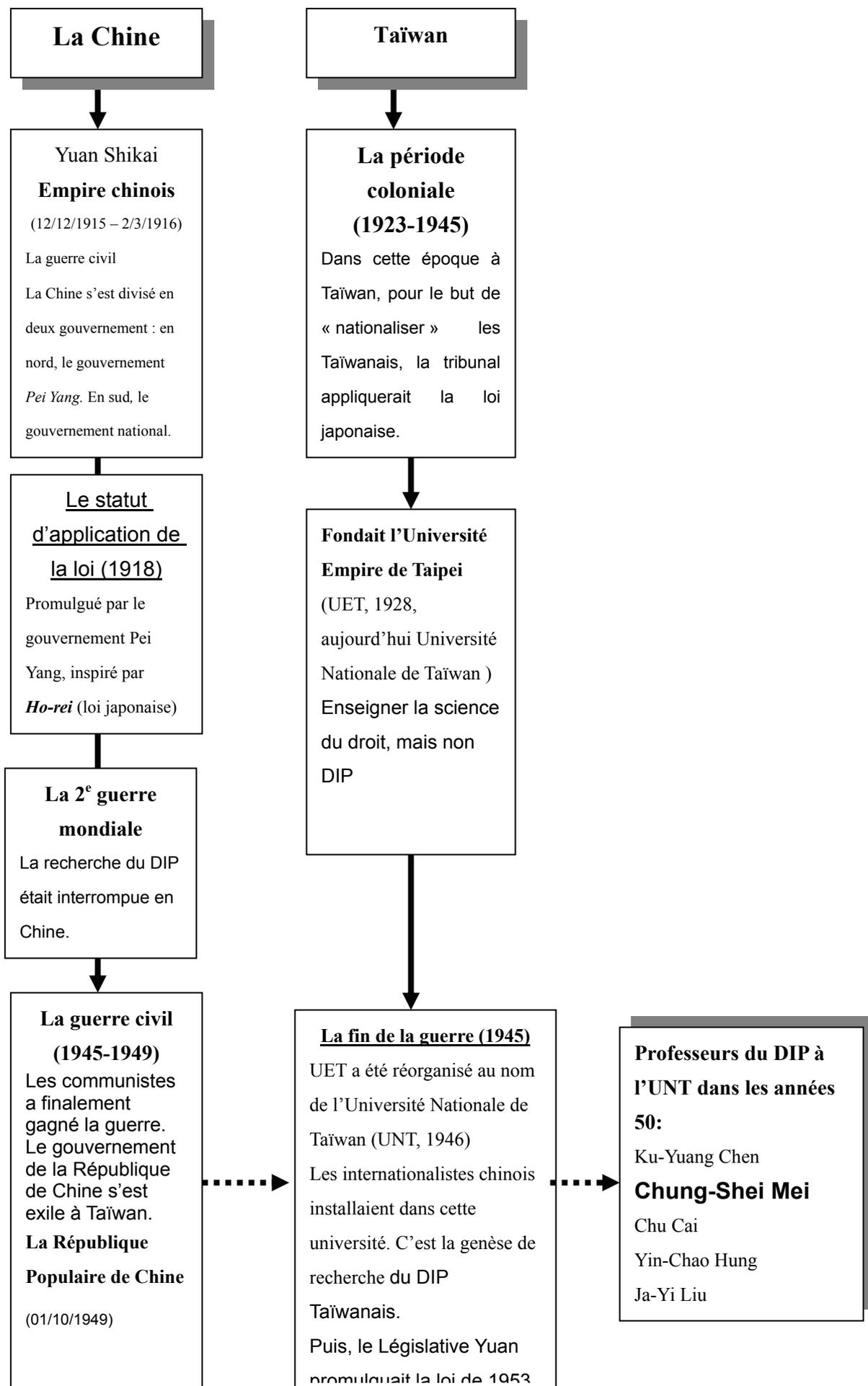
En conséquence, le droit international privé et le droit interrégional privé taïwanais, malgré leurs différences, se heurtent au même problème en matière de méthodologie du droit : doit-on maintenir le mécanisme classique de la méthode de droit sans égard pour la valeur matérielle dans le litige ? Peut-on choisir directement la loi en fonction d'un critère qui repose sur un principal général du droit ? À notre avis, la réflexion sur les valeurs du droit matériel apparaît inéluctable. Et dans ce sens, la nouvelle méthode locale du droit international privé est un peu comme un fruit vert : un jour il sera doux et parfumé, mais il a besoin de temps pour mûrir.

⁵⁷¹ C'est-à-dire qu'il doit y avoir une "redistribution" de l'héritage, les successeurs taïwanais peuvent prendre la part excédant le montant limite de la succession. Par exemple: Si la somme de l'héritage est de 20,000,000 NTD, et qu'il existe quatre successeurs (un Chinois et trois Taïwanais) devant chacun hériter de 5,000,000 NTD, le successeur chinois ne peut recevoir que 2,000,000 NTD (limitation de succession). Il reste donc 3,000,000 NTD à répartir entre les trois Taïwanais. C'est-à-dire que chaque successeur Taïwanais reçoit 1,000,000 NTD en plus des 5,000,000

ANNEXE I

Évolution historique entre les trois pays : Taïwan, Japon et Chine





ABRÉVIATION PRINCIPALE

AJCL	The American Journal of Comparative Law
Calif. L. Rev.	California Law Review
Chi. J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
CLR	Chengchi Law Review (Taiwan) 政大法律評論
Col. J. Euro. Law	Columbia Journal of European Law
CYLR	Chao Yang Law Review (Taiwan) 法律評論
D&P	Droit & Patrimoine
Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative & International Law
FJLJ	Fu Jen Law Review (Taiwan) 輔仁法學
FLR	Ft Law Review (Taiwan) 萬國法律
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review
Harv. Law Rev.	Harvard Law Review
HCLJ	Hsuan Chuang Law Journal (Taiwan) 玄英法律學報
HKLR	Hwa Kang Law Review (Taiwan) 華岡法粹
Ill. L. Rev.	Illinois Law Review
Int'l & Comp. L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
JCP	Juris-Classeur Périodique
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JNW	Justice news weekly (Taiwan) 司法通訊
JW	Judicial Weekly (Taiwan) 司法週刊

LF	Law Forum (Taiwan) 法學講座
LJ	Law Journal (Taiwan) 法學叢刊
LM	The Law Monthly (Taiwan) 法令月刊
LYLJ	Legislation Yuan Law Journal (Taiwan) 立法院院聞
Mer. Law Rev.	Mercer Law Review
Mich. J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
MLJ	The Military Law Journal (Taiwan) 軍法專刊
NCCULJ	National Chung Chen University Law Journal (Taiwan) 中正法學集刊
NTOUMS	National Taiwan Ocean University Journal of Maritime Science (Taiwan)
NTULR	National Taiwan University Law Review (Taiwan) 台大法學論叢
NYU L. Rev.	New York University Law Review
Ohio. St. L. J.	Ohio. State Law Journal
PELJ	Property and Economic Law Journal (Taiwan) 經濟法暨財產法雜誌
RAE	Revue des affaires européennes

RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RCDIP	Revue critique du droit international privé
RGDIP	Revue général du droit international public
RIDC	Revue international de droit comparé
RRJ	Revue de la recherche juridique et de droit prospectif (Aix-en-Provence)
Seton Hall L. Rev.	Seton Hall Law Review
SLJ	Soochow Law Journal (Taiwan) 東吳法律學報
Stan. J. L. Bus. & Fin.	Stanford Journal of Law, Business & Finance
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
TBJ	Taiwan Bar Journal (Taiwan) 全國律師
TCBJ	Taichung Bar Journal (Taiwan) 中律會訊
TCFDIP	Travaux du Comité français de droit international privé
TJ	Taiwan Jurist (Taiwan) 月旦法學教室
TLJ	Taiwan Law Journal (Taiwan) 台灣本土法學雜誌
TLR	The Taiwan Law Review (Taiwan) 月旦法學雜誌
TPBJ	Taipei Bar Journal (Taiwan) 律師雜誌

TULR	Tunghai University Law Review (Taiwan) 東海法學研究
Vand. Law Rev.	Vanderbilt Law Review
W.-L. L. Rev.	Washington and Lee Law Review
Yale LJ	Yale Law Journal

I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS

FRANCAIS

AUDIT, B., « Droit international privé », *Economica*, 2^{éd.}, 2000.

BATIFFOL, H. et LAGARDE, P., « Droit international privé », *LGDJ, Paris t.I*, 8^{éd.}, 1993.

BATIFFOL, H. et LAGARDE, P., « Droit international privé », *LGDJ, Paris, t.II*, 7^{éd.}, 1983.

CARBONNIER, J. « Droit civil introduction », *P.U.F.*, 27^{éd.} 2002.

COURBE, P. « Droit international privé », *Armand Colin*, 2^é éd. (2003)

DERRUPE, J., « Droit international privé », mémento *Dalloz*, 13^{éd.}, 1999

FULCHIRON, H., « Travaux dirigés de droit international privé », *Litec*, 2001.

GUTMANN, D., « Droit international privé », *Dalloz*, 3^{éd.}, 2002, p.38.

HOLLEAUX, D., FOYER, J. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., « Droit international privé », *Masson*, Paris, 1987

LOUSSOUARN, Y., BOUREL, P., DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P. « Droit international privé », *Dalloz*, 8^{éd.}, 2004.

MAYER, P. et HEUZÉ, V., « Droit international privé », *Montchrestien*, 8^{éd.}, 2004.

MÉLIN, F., « Droit international privé », mémento *Gualino*, 2002.

MONÉGER, F. « Droit international privé », *Litec*, 2001

ANGLAIS

BRILMAYER, L., « Conflict of Law : Foundation and Future Direction », éd. 1995.

DICEY AND MORRIS, « The Conflict of Laws », *Sweet & Maxwell*, 13^{éd.}, September 2002.

JUENGER, F., « Choice of Law and Multistate Justice, Martinus Nijhoff publishers », 1993.

LEFLAR, ROBERT A., « American Conflicts Law », 4^{éd.}, 1986.

CHINOIS

CHAI, Chu, « Droit international privé (précis) », *Chen-Chung*, 1959.

CHEN, Ku-Yuang, « Théorie générale du droit international privé », *Ming-Chi*, 1933.

CHEN, Lon-Sjue, « le droit international privé comparé », *Wu-Nan* , 1989.

CHEN, Lon-Sjue, « Traité de compétence internationale en droit international privé », *Wu-Nan*, 1986.

CHEN, Lon-Sjue, « Traité de contrat international en droit international privé », *Wu-Nan* , 1986.

CHOU, Dwen-Li, « Théorie nouvelle du droit international privé », *Chung-Hwa*, 1931.

HO, Shi, « Droit international privé », *Taipei-Lian-Ho*, 12^{éd.}, 1979. (1[°] éd. en 1964)

HO, Shi, « Traité du droit international privé », *San-Ming*, 2^{éd.}, 1984. (1[°] éd. en 1964)

HUNG, Yin-Chao, « Droit international privé », *Ven-Hwa*, 4^{éd.}, 1988. (1[°] éd. en 1980)

JUAN, Yi-Cheng, « Droit international privé », *Taiwan-Shan-Wu*, 2^{éd.}, 1970.

KO, Zeu-Tung, « Droit international privé », *Yuan-Chao*, 2éd., 2004.

LAN, En-Fong, « L'introduction au droit international privé », 1995.

LIN, Yi-Shan, « La doctrine et la pratique du Droit international privé », *Taipei*, 4 éd., 2004. (1^e éd. en 1995)

LIN, Ching-Miao et CHEN, Rong-Chung, « Droit judiciaire privé », *San-Ming*, 4éd., 2005

LIU, Ja-Yi, « Droit international privé », *San-Ming*, 3éd., 2001. (1^e éd. en 1971)

LIU, Tei-Chen et Chen, Rong-Chwan, « Droit international privé », *San-Ming*, 3éd., 2004. (1^e éd. en 1996)

LU, Chun, « Théorie et Pratique du droit international privé », *Shanghai-Chung-Hwa*, 1934.

LU, Tung-Ya, « Droit international privé », *Chen-Chung*, 1984.

MA, Herbert Han-Pao, « Droit international privé », 2004 (1^e éd. en 1964).

MEI, Chung-Shei, « Droit international privé », *San-Ming*, 9éd., 1989. (1^e éd. en 1945)

SU, Yuan-Chen, « Droit international privé », *Wu-Nan*, 5éd., 2002. (1^e éd. en 1984)

TANG, Chi-Shang, « Droit international privé », *Shan-Wu*, 1930.

TSENG-CHEN, Ming-Ruu, « Théorie générale du droit international prive (partie générale) », *Shuei-Lin*, 7éd., 2003. (1^e éd. en 1976)

TSENG-CHEN, Ming-Ruu, « Théorie générale du droit international prive (partie spéciale) », *Shuei-Lin*, 2éd., 2003. (1^e éd. en 1996)

WANG, Yu-Ying, « Droit international privé », *Shan-Wu*, 1932.

OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES

FRANCAIS

BATIFFOL, H., « Aspects philosophiques du droit international privé », Dalloz, éd. 2002.

ELHOUEISS, J-L., « Personnalité et territorialité en droit international privé », thèse Paris II, 2000.

GAUDEMET-TALLON, H., « Les conventions de Bruxelles et de Lugano », 2éd., Montchrestien, 1996.

HANOTIAU, B., « Le droit international privé américain », *LGDJ*, 1979.

MUIR WATT, H., « La fonction de la règle de conflit de lois », thèse Paris II, 1985.

SAVIGNY, F-K von, « System des heutigen Römischen Recht », t. VIII, 1849 (trad. GUÉNOUX, Ch. traité de droit romain, 1851)

CHINOIS

CHEN, Lon-Sjue, « La nouvelle théorie américaine du droit international privé », *Wu-Nan*, 1987.

CHEN, Rong-Chwan, « Les essais du droit international privé », *Wu-Nan*, 1998.

ZENG, Da-Nan, HSEI, Zeu-Shen et WU, Ja-Tung, « La théorie et le système de la mobiliérisation des capitaux », *Han-Lu*, 2005.

HAN, Shi-Chi, « The Study of Elastic Conflict of Law Theory », *Mémoire de thèse de Master en droit of Law, Université de Fu-Zen*, 2001, p.305 s.

HAO, Li-Yu, « Questions sur la juridiction consulaire », *Shang-wu-yin-shu*, 1933.

HSU, Chao-Ching, (éditeur responsable), « Les essais du droit international privé », *Han-Lu*, 2005.

HSU, Chao-Ching, « A⁵⁷² Study on the Law applicable to transnational trust », thèse de doctorat de l'Université Chung-Chen, 2005.

HSU, Chao-Ching, « Les essais du droit international privé et du droit comparé », *Han-Lu*, 2005.

HUANG, Jin, « Droit international privé chinois », *San-Lian*, Hongkong, 1997.

KAO, Shu-Yi, « Droit international privé », *Université Gi-Lin*, 1985.

KAO, Fong-Sien, « L'évolution de la théorie américaine de droit international privé », 1990.

KUO, Yun-Kuan, « Le projet du droit régissant des affaires d'extranéité », *sans publié, Cour d'appel Shanghai*, 1948.

LAI, Lei-Kung, « La théorie générale du droit international privé contemporain », 2001.

LI, Siun-Ming, « La recherche du droit international privé », *Wen-Sian*, 1985.

LIU, Tei-Chen, « Les essais du droit international privé », *Chen-Da*, 2^{éd.}, 1991.

LIU, Tei-Chen, « Le Code suisse de droit international privé », *San-Ming*, 1991.

WANG, Tay-Sheng, « L'évolution du droit Taïwanais au XX^e siècle », *Yuan-Chao*, 2005.

YAO, Jun et ZHEN Ji-Shan, « Le fondement du droit international privé », *CSCP*,

572

Peikin, 1981.

III. CHRONIQUES ET ETUDES DOCTRINALES

FRANCAIS

AGO, R., « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, vol.58, 1936, pp.243-469.

ANCEL, B., « L'objet de la qualification », *JDI*, 1980, pp.227-268.

AUDIT, B., « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, vol.305 (2003), p.23

BATIFFOL, H., « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, vol. 139, 1973, pp.79-147.

BATIFFOL, H., « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé », in *Mélanges Maury*, 1960, p.39

BATIFFOL, H., « L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest », *JDI*, p.22

BATIFFOL, H., « Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux », *15 Seton Hall L. Rev.*, 1984-1985, p. 812.

BUCHER, A., « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? réflexion à la lumière des codifications récentes », *TCFDIP*, Paris, 1996, pp.209-229.

CAPOTORTI, F., « La capacité en droit international privé », *RCADI*, t.110, 1963, p.153

DUPUY, P-M., « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, vol. 297(2002),

ELHOUEISS, J-L, « L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé », *JDI* 1, 2003, p.39.

ELHOUEISS, J-L, « Retour sur la qualification *lege causae* en Droit international privé », *JDI* , 2005, pp. 281-313.

FRANCESCAKIS, Ph., « Lois d'application immédiate et droit du travail », *RCDIP*, 1974, pp.273-296.

FRANCESCAKIS, Ph., « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *RCDIP*, 1966, pp.1-18.

GAUDEMET-TALLON H., « Le pluralisme en droit international privé :richesse et faiblesse (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, t.312, 2005, p.9.

GOTHOT, P. « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *TCFDIP*, 1975-1977, p.201.

GOTHOT, P. « Le nouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP*, 1971, p.1.

GUERASSIMOFF, C. « La rétrocession de Hongkong à la Chine », *RGDIP*, 1997, p.1011.

HEBRAUD, P., « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *RCDIP*, 1968, p.205.

JAYME, E., « Le droit international privé du nouveau millénaire : La protection de la personne humaine face à la globalisation », *RCADI*, vol.282, 2000, p.9

KESSEDJIAN, C., « Le passé et l'avenir du droit international privé européen dans le cadre de l'intégration de l'Union européenne », *RAE-LEA*, 2001-2002, p.411.

LAGARDE, P., « Le principe de proximité dans le droit international privé

contemporain », *RCADI*, vol.196 (1986-I), p.11.

LALIVE, P., « Tendances et méthode en droit international privé », *RCADI*, vol : 155, 1977, pp. 1-424.

LEQUETTE, Y., « Le renvoi de qualification », *Méls. D. Holleaux*, Paris, 1990, pp.249-262

LOQUIN, E., « Les sources du droit mondialisé », *D&P* n°96, 2001, pp.70-77.

MANN, F. A., « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *RCADI*, 1964, t. 111, p. 1

MAYER, P., « droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*, 1979, pp. 1-29, 349-388, 537-583.

MAYER, P., « Le rôle du droit public en droit international privé », *RIDC*, 1986, pp. 467-485.

MUIR WATT, H., « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, vol. 307, 2004, p.25-384.

MUIR WATT, H., « Globalisation des marchés et économie politique du droit international privé », *L'article de la mondialisation entre illusion et utopie, Archives de philosophie du droit*, t. 47, 2003, p. 243.

MUIR WATT, H., « La codification en droit international privé », *Droit*, 27, 1998, p.149-160.

MUIR WATT, H., « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *RCDIP.*, 1986, p. 425.

MUIR WATT, H., « Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé », in mélanges en l'honneur de Paul Lagarde., *Dalloz*, 2005, p.615

PICONE, P., « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit

international privé », *RCADI*, vol. 276, 1999, p.9.

PILLET, A., « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *JDI*, 1894, p.417, 711 ; 1895, p.241, 500, 929 ; 1896, p.5.

RAVILLON, L., « Rapport introductif (Internet) », *JCP drt. En.* N°4, 2002, pp.1-4.

RIGAUX, F., « La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie », *RCDIP*, 1985, pp.1-46.

RIGAUX, F., « La réception des droits étrangers et des normes non étatiques dans l'ordre juridique international », *RRJ*, t. 2, 1993, p.592

RIGAUX, F., « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI*, vol. 213, 1989, p.1-407

SPERDUTI, G., « Théorie du droit international privé », *RCADI*, vol.122 III, 1967, p.173-336

VAN HECKE, G., «Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *RCADI*, vol. 126, 1969, p.399-569

VERHOEVEN, J., « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation », *RCADI.*, vol. 192,1985, p. 9, au p.113.

VON MEHREN, A.T., « La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers : Le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir ? », *RCDIP*, 2001, pp.85-99

VON OVERBECK, A. E., « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents », *RCADI*, vol. 176, 1982 , pp. 9-258.

WENGLER, W., « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat », *RCDIP*, 1982, pp.467-501.

XU, D., « Le droit international privé en Chine: une perspective comparative »,

RCADI., vol. 270, 1997, p.107-236

YAMADA, S., « Le droit international privé au Japon », *JDI*, 1901, pp.632-639.

ANGLAIS

BATIFFOL, H., «Reflections on the Co-ordination of National Systems », *15 Seton Hall L. Rev.*, 1984-1985, p. 793.

BATIFFOL, H., «The Objectives of Private International Law», *15 AJCL*, 1966-1967, p. 159.

BAXTER, W., « Choice of Law and the Federal System », *16 Stan. L. Rev.*, 1963, p.1.

BORCHERS, P. J., « The Choice-of-Law Revolution : An Empirical Study », *49 W.-L. L. Rev.*, 1992, p.357.

BRILMAYER, L., « Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent », *78 Mich. J. Int'l L.*, 1979-1980, p.392.

BRILMAYER, L., « Methods and Objectives in the Conflict of Laws: A Challenge », *35 Mercer Law Rev.*, 1983-1984, p.555.

BRILMAYER, L., «Governmental Interest Analysis: A House Without Foundations », *46 Ohio. St. L. J.*, 1985, p.459.

CHEN, Lung-Sio, « The Universally Shared Principles in Conflict of Laws », *FJLJ*, n° 3, janvier 1984, p.417.

COOK, W., « An Unpublished Chapter of the Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws », *37 Ill. L. Rev.*, 1943, p.418.

COOK, W., « The logical and legal Bases of the Conflict of Laws », *33 Yale LJ*, 1924, p.457.

GUEDJ, T. G., « The Theory of the Lois de Police, A Function Trend in Continental Private International Law : A Comparative Analysis zith Modern American Theories », 39 *AJCL*, 1991, p.664.

GUZMAN, A. T., « Introduction- International Regulatory Harmonization», 3 *Chi. J. Int'l L.*, 2002, p. 272.

KEGEL, G., « The Crisis of Conflict of Laws », *RCADI*, t. 112, 1964, pp. 95-263.

LEFLAR, R., “Conflicts of Law: More on Choice Influencing considerations”, 54 *Calif. L. Rev.*, 1966, p.1584.

LEFLAR, R., « Choice-influencing Consideration in conflicts Law », 41 *NYU L. Rev.*, 1966, p. 367.

MA, Han-Pao, « Private International Law of the Republic of China: Past, Present and the Future », *T.M.C. Asser Press, The Hague*, p.413.

MORRIS, J.H.C., « The Proper Law of a Tort », *Harv. Law Rev.*, 1951, p. 881.

MUIR WATT, H., « Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets : A Matter of Political Economy», *Col. J. Euro. Law*, V.9, 2003, p.383.

MUIR WATT, H., « YAHOO! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates? », 24 *Mich. J. Int'l L.*, 2002, p.673.

OGUS, A., « Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law», 48 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1999, p.405.

REESE, W. L. M., « American Trends in Private International Law », *Vand. Law Rev.*, n° 33, 1980, p.717

REESE, W. L. M., « The Second Restatement of Conflict of Laws Revisited », *Mer. Law Rev.*, V. 34, 1983, p.501.

RIBSTEIN, L. E., « From Efficiency to Politics in Contractual Choice of Law », 37 *Ga. L. Rev.*, 2002-2003, p.363

SCHWARCZ, S. L., « The Alchemy of Asset Securitization », 1 *Stan. J. L. Bus. & Fin.*, 1994-1995, p.133.

SCHWARCZ, S. L., « The Universal Language of International Securitization », 12 *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 2002, p. 285..

SYMEONIDES, S., « The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow », *RCADI* t. 298, 2002, p.10

TSENG-CHEN, Ming-Ruu, « Matrimonial Property Regimes in Family Law and Private International Law », *NTULR v.24 n°1* , 1994, pp.267-288.

CHINOIS

CHANG, Chih-Ching, « The Determination of Applicable Law on Multimodal Transport Contracts under English Law and R.O.C. Law », *NTOUMS* n°9, 2001, pp.29-46 :

CHEN, Chi-Chui, « Demande en cause d'appel incompétence internationale », *LJ* n°186, 2002, pp.1-12.

CHEN, Chi-Chui, « L'importation de la doctrine '*forum non conveniens*' », *TLJ* n°30, 2002, pp.51-60

CHEN, Chi-Chui, «Compétence internationale en matière de litige civil international», *LJ* n°166, 1997, pp.75-86.

CHEN, Chi-Chui, «Jurisdiction, Judicial Jurisdiction and Course of Law », *LJ* n°189, 2003, pp.27-38.

CHEN, Chi-Chui, « Le développement de droit de la famille et la loi applicable de la filiation entre deux rives de détroit de Taïwan », *TLR* n°89, 2002, p.62.

CHEN, Chun-Fu, « La personne morale dans le statut personnelle en droit international privé», *FLR* n°129, 2003, pp105-115.

CHEN, Chun-Fu, « La règle de conflit et la loi applicable en matière de contrat maritime », *LJ* n°184, 2001, pp. 99-120.

CHEN, Chun-Fu, « Le croisement entre la théorie d'objet du litige et la qualification », *FLR* n°132, 2003, pp.106-116.

CHEN, Chang-Ven, « Le passé et le future de la méthodologie en droit international privé (I) », *LM*, v. 35, n° 6, 1984, p.6.

CHEN, Chang-Ven, « Le passé et le future de la méthodologie en droit international privé (II) », *LM*, v. 35, n° 7, 1984, p.5.

CHEN, Jung-Tsung, « Questions d'action civile internationale (1^e partie) », *LJ* n°143, 1991, pp.25-36.

CHEN, Jung-Tsung, « Questions d'action civile internationale (2^e partie) », *LJ* n°162, 1996, pp.1-13.

CHEN, Li-Ling, « L'application du droit étranger en matière d'affaires d'extranéité dans le tribunal Taïwanais », *TPBJ* n°295, 2004, pp. 123-135.

CHEN, Lon Sjue, « Questions difficiles de contrat international en droit international privé », *TULR* n°1, 1984, p.72.

CHEN, Lon Sjue, « The Choice of Laws Rules Based on Substantive Law Methodology (I) », *TULR* n°21, 2004, pp.185-242.

CHEN, Lon Sjue, « The Choice of Laws Rules Based on Substantive Law Methodology (II) », *TULR* n°22, 2005, pp.307-371.

CHEN, Lon Sjue, « The Universally Shared Principles in Conflict of Laws », *FJLJ* n°3, 1984, p.418.

CHEN, Rong-Chwan, « Cyberspace sovereignty », *TLR* n°77, 2001, pp.154-161.

CHEN, Rong-Chwan, « Les idées nouvelles en matière de législation du droit international privé », *TLR* n°89, 2002, pp.50-61.

CHEN, Rong-Chwan, « Il faut reconnaître l'effet du jugement hongkongais », *TLR n°81*, 2002, pp.32-33

CHEN, Rong-Chwan, « L'application de l'ordre public », *TLR n°1*, 1995, pp.70-71.

CHEN, Rong-Chwan, « La qualification et requalification en droit international privé », *TLJ n°40*, 2002, p.129

CHEN, Rong-Chwan, « La réflexion sur la jurisprudence en matière de droit international privé dans l'année 2002 », *TLR n°52*, 2003, pp.130-150.

CHEN, Rong-Chwan, « La réflexion sur la jurisprudence en matière de droit international privé dans l'année 2003 », *TLR n°66*, 2005, pp.98-116.

CHEN, Rong-Chwan, « Propositions et tendance en faveur d'amendement de la loi de 1953 », *Mélange des actes de conférence des deux rives du détroit de Taiwan t.1*, 2005, pp.1-31

CHEN, Rong-Chwan, « Question concernant dette de jeu en droit international privé », *TLR n°2*, 1995, pp.52-53.

CHEN, Rong-Chwan, « Questions concernant la nationalité de personne morale en droit international privé », *TLR n°4*, 1995, pp.57-59

CHEN, Rong-Chwan, « Restitution of Stolen Cultural Properties : A Conflict-of-laws Perspective », *SLJ t. 14*, 2002, pp.67-128

CHEN, Rong-Chwan, « A Study on the Applicable Law of Capacity to Act », *MLJ v. 39 n°12*, 1993, pp.8-14.

CHEN, Rong-Chwan, « A Study on the Applicable Law of Legitimations », *LJ n°165*, 1997, pp.17-38.

CHEN, Rong-Chwan, « La cession de créance en droit international privé », *TLR*, 1995, pp.71-73.

CHEN, Rong-Chwan, « Questions de la tutelle internationale : l'arrêt *Iruan* », *TLR*

n°76, 2001, pp.147-158.

HO, Ja-Fun, « L'amendement de la loi de 1953 : perspectives en matière d'égalité des sexes et d'intérêt d'enfant », *LM* v.52, 2001, p.4.

HSEI, Zeu-Shen, « Le développement et l'origine du trust », *NCCULJ*, n°3, 2000, p.147

HSU, Chao-Ching, « L'évolution de la théorie américaine en droit international privé : une analyse des jurisprudences en matière de délit international », *MLJ* v.44, 1998, p.34.

HSU, Chao-Ching, « L'influence de la Cour suprême des Etats-Unis sur le droit international privé », *LJ* n°170, 1998, p.84-94.

HSU, Chao-Ching, « L'introduction brève à la règle de conflit en matière de délit dans les pays européens », *LJ* n°165, 1997, p.46-62.

HSU, Chao-Ching, « L'introduction brève de la loi d'application immédiate », *MLJ* v.42 n°3, 1996, pp.16-23.

HSU, Chao-Ching, « La théorie de « substantialisation » de la valeur prédominante », *CYLR* V.66, 2000, p.2

HSU, Chao-Ching, « *Trusts Conflicts Rule of Hague Trusts Convention* », *Mélange des actes de conférence des deux rives du détroit de Taïwan t.2*, 2005, pp. 29-61.

HSU, Chao-Ching, « Un bref commentaire de "the Paramount clause " et la loi d'application immédiate en droit international privé maritime: le critique annexe sur l'amendement de l'article 77 du droit maritime », *TLR* n°78, 2001, p124

HSU, Wei-Liang, « La théorie générale de la compétence internationale », *LJ* n°183, 2001, pp.69-88.

HSU, Yao-Ming, « Le mouvement d'unification du droit international privé européen : La convention « Bruxelles I » et La convention de Rome en 1980 », *TLR* n° 110, 2004, p.93.

HUNG, Yin-Chao, « L'autonomie de la volonté des parties en droit international privé », *CYLR* v.37, 1971, pp.2-5.

HUNG, Yin-Chao, « Le statut personnel en droit international privé », *LM* v.2, 1951, pp.4-7.

JAN, Sheng-Lin, « Les révisions de Code civil allemand en matière de droit international privé », *FLR*, n°36, 1987, pp.12-19.

KO, Zeu-Tung, « WTO, Globalisation and the Private International Law », *TLR* n°89, 2002, pp.40-49.

KO, Zeu-Tung, « L'évolution de la règle de conflit », *FLR* n°107, 1999, pp.106-109.

KO, Zeu-Tung, « L'idée et le développement du droit international privé : une nouvelle situation », *TLR* n°100, 2003, pp.144-155.

KO, Zeu-Tung, « La nouvelle tendance de méthodologie en matière contractuelle en droit international privé : critique à propos de droit sino-Taiwanais », *NTULR* t. 23, 1993, p.277-307.

KO, Zeu-Tung, « Le contenu et la particularité du changement à propos de la loi applicable en matière de délit : de la révolution américaine à la réflexion au système européen », *TJ* n°7, 2003, p.113.

GUO, Yu-Chen, « La méthode de recherche en droit international privé », *JNW* n°1803,14/11/1996.

LAI, Chun-Liang, « Approbation culturelle et droit international privé », *Mélange des essais de conférence de deux rives détroit de Taïwan* t.2, 2005, pp. 83-125.

LAI, Lei-Kung, « La comparaison entre le principe d'autonomie de la volonté des parties et le principe de liberté contractuelle », *LF* n°13, 2003, pp.56-60.

LAI, Lei-Kung, « La doctrine 'The Most Significant Relationship' en droit international privé », *LJ* n°187, 2002, pp.1-62.

LAI, Lei-Kung, « La nature du droit international privé », *LM* n°51, 2000, pp.660-686.

LAI, Lei-Kung, « La signification de 'lieu' au sein du principe '*Locus regit actum*' en droit international privé », *LF* n°7, 2003, pp.81-87.

LAI, Lei-Kung, « Le principe du site dans les relations sur Internet », *MLJ* v. 48 n°9 , 2000, pp.36-49.

LAI, Lei-Kung, « Le nouveau droit international privé allemand en 1999 », *LM* v. 51 n°4 , 2000, p. 43.

LAI, Lei-Kung, « Le système doctrinal de la jurisprudence en droit international privé dans le centenaire : question centrale 'le renvoi' (I)», *LF* n°21, 2003, pp.28-49.

LAI, Lei-Kung, « Le système doctrinal de la jurisprudence en droit international privé dans le centenaire : question centrale 'le renvoi' (II)», *LF* n°22, 2003, pp.18-30.

LAN, En-Fong, « La tendance de législation du droit international privé », *FJJJ* n° 10, janvier 1991, p.310.

Li, Fu-Dian, « La loi applicable de l'acte juridique sur l'Internet », *in Mélanges du professeur Tei-Chen Liu*, Shuei-Lin, p.2.

LI, Ho-Chen, « L'effet extraterritorial de la faillite internationale », *Mélanges des essais de conférence de deux rives détroit de Taïwan t.2*, 2005, pp. 149-176.

LI, Ho-Chen, « La qualité pour agir en litige civile internationale », *TLJ* n°22, 2001, pp. 73-84.

LI, Ven-De, « Le développement du droit international privé en pratique », *TLR* n°89, 2002, pp. 84-102.

LIAO, Hui-Wen, « La recherche sur la question préalable », *in Mélanges des essais de conférence de deux rives détroit de Taïwan t.1* , 2005, pp.137-148.

LIN, Da-Yang et LIN, Hsin-Ming, « La compétence internationale », *TCBJ* t.7, 2005, pp.17-32.

LIN, En Wei, « La comparaison de la méthodologie en droit international privé », *THLR*, V.17 ; 2002, p.347.

LIN, En Wei, « Réflexion sur la théorie de la compétence internationale et la codification de droit international privé : un exemple du nouveau Code belge du droit international privé », *PELJ*, V.4 ; 2005, p.169-217.

LIN, Hsiu-Siung, « La compétence internationale : au centre de la discussion sur le litige relative à la propriété », in *Mél. T-C LIU, Shuei-Lin*, 1998, pp. 120-135.

LIN, Hsiu-Siung, « La question préalable en droit international privé », in *Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma, Yaun-Chao*, 2006, p. 255.

LIN, Yi-Shan, « L'application de la résidence habituelle en droit international privé », *TLJ* n°28, 2001, p.98

LIN, Yi-Shan, « L'application du principe le lien le plus étroit en droit international privé », *TLR* n°48, 1999, p.20.

LIN, Yi-Shan, « L'autonomie de la volonté des parties en droit maritime international privé », *MLJ* v. 39, 1993, p.5.

LIN, Yi-Shan, « La compétence internationale dans le domaine de l' 'Internet' », *TLR* n°77, 2001, p.22-23

LIN, Yi-Shan, « Mesure provisoire en droit maritime international privé », *TLR* n°67, 2000, pp.22-23.

LIN, Yi-Shan, « Questions de qualification en droit international privé », *MLJ* v.42 n°7, 1996, pp.4-7.

LIN, Yi-Shan, « L'application de la résidence habituelle en droit international privé », *TLJ* n°28, 2001, pp.98-101.

LIU, Tei-Chen, « Le commentaire du projet amendement de la loi de 1953 », *LM* n°50, 1999, p.12

LIU, Chu-Chi, « Le nouveau droit international privé allemand en 1986 », in *Les essais du droit international privé*, Wu-Nan, 1988, pp.115-169.

LO, Chang-Fa, « Le forum non conveniens en droit anglais-américain », in *Les essais du droit international privé*, Wu-Nan, 1996,p.79.

MA, Herbert Han-Pao, « La méthode d'application du droit dans le litige international », Recueil *JW* vol. III, 1992, p.1

MA, Herbert Han-Pao, «La méthode d'application du droit dans le litige international», *LM* V.41 n°10, 1982, p.210

TSAI, Hwa-Kai, « Jurisdiction in International Tort Litigations : A Comparative Study on EU Regulation I and Case –Law of European Court of Justice», *NCCULJ* n°14, 2003, pp.243-299.

TSAI, Hwa-Kai, « La compétence internationale en matière patrimoniale », *NCCULJ* n°17, 2004, pp.1-86.

TSENG, Wang-Ruu, « Questions sur la comptabilité et la règle de conflit en matière de la société étrangère distribuant le TDRs (Taiwan Depositary Receipts) », *LJ* n°172, 1998, pp.43-58.

TSENG-CHEN, Ming-Ruu, « La recherche de la Conférence de La Haye», *NTULR* v.23 n°1, 1995, pp259-276.

TSENG-CHEN, Ming-Ruu, « Le droit de propriété intellectuelle en droit international privé : Le système patrimonial et la loi applicable du droit de propriété industrielle », *NTULR* v.25 n°1, 1995, pp257-277.

TSENG-CHEN, Ming-Ruu, « L'analyse de la doctrine américaine du droit international privé », *CYLR* v. 61, 1995, pp.13-23.

TSENG-CHEN, Ming-Ruu, « Le droit de propriété intellectuelle en droit international privé : La protection et la situation du droit de propriété intellectuelle étrangère (I) », *NTULR* v.24 n°2, 1995, pp357-374.

WANG, Chi-Ven, « La nouvelle tendance en faveur de l'amendement de la loi de 1953 : une perspective générale », *Mélange des actes de conférence des deux rives du détroit de Taïwan t.1* , 2005, pp.67-77.

WANG, Chi-Ven, « La révision de la loi de 1953 », *HKLR n°31* , 2004, pp.1-46.

WANG, Chi-Ven, « Le développement du forum non conveniens en droit anglais-américain », *HKLR n°18* , 1987, pp.119-145.

WANG, Chi-Ven, « La codification du droit international privé », in *Les essais du droit international privé, Wu-Nan, 1988, p.87.*

WANG, Hei-Nan, « L'application de la théorie de renvoi », in *Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma, Yaun-Chao, 2006, p.1.*

WANG, Tay-Sheng, « La réception du droit à Taïwan et le développement du droit en Extrême-Orient », *TBJ n°3*, 2005, pp.3-15.

WANG, Zeu-Jian, « La découverte de la théorie du droit », in *l'étude sur la doctrine et la jurisprudence du droit civil, t. 4, p. 4*

WU, Chi-Kwang, « La compétence internationale en matière de la responsabilité de produit aérienne (I) », *MLJ v.46 n°9*, 2000, pp.32-38.

WU, Chi-Kwang, « La compétence internationale en matière de la responsabilité de produit aérienne (II) », *MLJ* , v.46 n°10, 2000, pp.36-44.

WU, Kwang-Ping, « La législation de la doctrine le lien le plus étroit », *LJ n°188*, 2002, pp.97-116.

WU, Kwang-Ping, « La nouvelle tendance du droit international privé », *MLJ* v.48, 2002, pp.20-30.

WU, Kwang-Ping, « La question préalable en droit international privé », *CYLR* v. 69, pp.38-49.

WU, Kwang-Ping, « Lois de police en droit maritime international privé », *LJ n°189*,

2003, p.101-116.

WU, Kwang-Ping, «International Jurisdiction to Adjudicate in Civil and Commercial Matters », *LJ* n°201, 2006, p.57.

WU, Kwang-Ping, « The Legislation and Court Decisions Relating to the 'Lois d'Application Immédiate' in Private International Law», *FJJJ* n°29, 2005, pp.53-130.

WU, Kwang-Ping, « The Theory of Characteristic Performance in Private International Law », *LJ* n°196, 2004, p.1-33.

WU, Wei-Hua, « The Hague Convention on Private International Law : Focus on the Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, 1978 », *CLR* n°70, pp. 205-304.

XU, Donggen, « Le droit international privé en Chine : une perspective comparative », *RCADI* t.270, 1997, pp.107-236.

GUO, Yu-Chun et SHOUW, Feng. « La réflexion sur le développement de la recherche du droit international privé de 2000 à 2004 », *Mélange des essais de conférence de deux rives détroit de Taïwan t.1* , 2005, p.63

YO, Ching, « Questions de compétence judiciaire à propos d' 'Internet' », *LM* n°51, 2000, pp.571-581.

YO, Chi-Thog, « A Study on the Application of the Principle of Party Autonomy in the ROC Supreme Court's Decisions », *NCCULJ* v.5, 2001, pp. 263-290.

YO, Chi-Thog, « L'application de l'article 1, 6, 29 de la loi de 1953 dans les arrêts de Cour de cassation », *LJ* n°189, 2003, pp. 1-26.

YO, Chi-Thog, « La procédure civile internationale et l'article 1 de la loi de 1953 », *NCCULJ* v.2, 1999, pp. 257-286.

YO, Chi-Thog, « Le rapport entre les traités et le droit international privé », *NCCULJ* v.1, 1998, pp. 285-332.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
I. L'HISTOIRE DE L'ÉCOLE TAÏWANAISE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	5
II. L'ÉVOLUTION DE LA LÉGISLATION TAÏWANAISE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	7
PREMIERE PARTIE.....	12
L'OBJET DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ A TRAVERS LES SOURCES	
DOCTRINALES.....	12
TITRE I NATURE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ TAÏWANAIIS	13
<i>Chapitre I. Nature de la doctrine publiciste.....</i>	<i>14</i>
Section 1. De la doctrine publiciste internationale à la doctrine publiciste interne	14
§ 1 La thèse publiciste internationale.....	16
A. La présomption d'un ordre juridique supraétatique	16
B. Les controverses à propos de l'idée d'un ordre juridique supra- étatique.....	19
§ 2 La thèse publiciste interne.....	23
A. La nature du droit international privé selon la doctrine publiciste interne.....	24
B. La vocation du droit international privé selon la conception publiciste interne	26
Section 2. L'influence de la thèse publiciste sur la doctrine du droit international privé taïwanais.....	28
§ 1 Le rapport entre le droit international public et le droit international privé.....	28
A. La distinction des deux disciplines.....	29
B. La juxtaposition des deux disciplines.....	32
§ 2 La position des internationalistes taïwanais face à la thèse publiciste.....	36
A. La consécration de la thèse publiciste en droit interne.....	36
B. L'influence publiciste internationale sur la doctrine du droit international privé taïwanais.....	40
<i>Chapitre II. Nature de la doctrine privatiste.....</i>	<i>42</i>
Section 1. La présentation de la doctrine privatiste	44
§ 1 Le caractère spécifique de la doctrine privatiste	44
A. La présentation traditionnelle.....	45
B. La nouvelle approche.....	48
§ 2 La vocation du droit international privé selon la doctrine privatiste.....	52
Section 2. L'influence de la doctrine privatiste.....	56
§ 1 La conception du droit international privé dans la doctrine privatiste.....	56
A. L'identification du droit international privé	57
B. La vocation du droit international privé selon les internationalistes taïwanais.....	60

§ 2 Le développement de la doctrine privatiste.....	63
A. L'ambiguïté entre le droit public et le droit privé.....	64
B. Le caractère spécifique du droit international privé	67
TITRE II LE DOMAINE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ TAÏWANAIS	71
<i>Chapitre I. L'influence de la position théorique de la doctrine sur la nature du droit international privé.....</i>	<i>73</i>
Section 1. Le « micro-droit international privé »	74
§ 1 L'identification du « micro-droit international privé »	75
A. Le conflit de lois comme unique objet d'étude	75
B. La discipline du « droit judiciaire privé international »	80
§ 2 La relation entre la doctrine privatiste et le « micro-droit international privé »	83
Section 2. Le « macro-droit international privé »	89
§ 1 L'identification du « macro-droit international privé ».....	89
A. Une nouvelle définition du droit international privé.....	90
B. Le nouveau système international	93
§ 2 La relation entre la doctrine publiciste et le « macro-droit international privé »	97
<i>Chapitre II. L'influence de la fonction du droit international privé sur la doctrine taïwanaise.....</i>	<i>101</i>
Section 1. L'influence de la perspective économique sur la doctrine taïwanaise	102
§ 1 Une tendance au « darwinisme » juridique	103
A. La théorie classique de la règle de conflit face à la mondialisation	104
B. La sélection des règles	107
§ 2 L'influence de l'amélioration de la technique industrielle et du changement de mode de transaction.....	110
A. L'Internet	111
B. La mobilisation des capitaux (<i>Asset Securitization</i>).....	114
C. Le <i>Trust</i>	116
Section 2. L'influence de la perspective politique sur la doctrine taïwanaise.....	119
§ 1 L'analyse de la relation sino-taïwanaise.....	119
A. La relation triangulaire : Taïwan, Hongkong et la Chine	120
A. 1. Taïwan et la Chine	120
B. 2. Taïwan et Hongkong	122
B. La complexité des relations sino-taïwanaises.....	123
§ 2 L'influence des tendances de la législation du droit international privé sur la doctrine taïwanaise.....	128
A. La législation internationale	128
B. Le mouvement de codification du droit international privé	131
SECONDE PARTIE	136

**LA METHODOLOGIE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE A TRAVERS LES
SOURCES DOCTRINALES..... 136**

TITRE I LA MÉTHODOLOGIE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SELON LES SOURCES

DOCTRINALES ÉTRANGÈRES..... 137

Chapitre I. Le critère géographique de présentation des sources doctrinales étrangères

..... 138

Section 1. Les auteurs asiatiques..... 138

§ 1 La Chine 139

A. Avant 1978..... 140

B. Après 1978..... 142

§ 2 Le Japon 145

Section 2. Les auteurs occidentaux 148

§ 1 Les auteurs continentaux..... 149

A. L'école allemande..... 150

B. L'école française..... 152

§ 2 Les auteurs anglo-américains 156

A. La doctrine anglaise..... 157

B. La doctrine américaine 159

Chapitre II. Le critère matériel de présentation des sources doctrinales étrangères 162

Section 1. La présentation des doctrines étrangères en fonction de leur influence.... 163

§ 1 La méthode classique en droit international privé 164

A. La règle de conflit..... 164

B. La règle matérielle 169

§ 2 La nouvelle méthode du droit international privé 172

A. L'impact de la nouvelle méthode 173

B. La théorie du lien le plus pertinent 175

Section 2. De la traduction littérale à l'ouvrage original 178

§ 1 Les ouvrages étrangers traduits 178

§ 2 L'élaboration d'ouvrages originaux 181

A. Le premier ouvrage original en droit international privé de M. Han-Pao Ma
..... 182

B. Les autres ouvrages 185

TITRE II LA MÉTHODOLOGIE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SOUS L'ANGLE DES SOURCES

DOCTRINALES LOCALES..... 189

Chapitre I. L'élaboration de la doctrine locale du droit international privé taïwanais 191

Section 1. Les mécanismes du droit international privé taïwanais 192

§ 1 Un mécanisme mis en place par les internationalistes taïwanais..... 193

A. La *lex partiae* 193

B. La lex rei sitae.....	195
C. Le locus regit actum	196
D. L'autonomie de la volonté des parties	197
E. Les autres principes	199
F. Le renvoi.....	200
§ 2 Les critiques des internationalistes taiwanais.....	204
Section 2. L'innovation doctrinale des auteurs Taïwanais	208
§ 1 La méthode du droit substantiel	209
A. La notion de valeur prédominante.....	210
B. L'application de la valeur prédominante	214
§ 2 Le développement de la méthode du droit substantiel à Taïwan.....	216
A. La réflexion sur la vocation du droit international privé.....	217
B. Les méthodes suivantes	219
<i>Chapitre II. L'influence de la doctrine locale du droit international privé taiwanais...</i>	<i>223</i>
Section 1. L'influence sur la jurisprudence	224
§ 1 La Cour suprême	224
§ 2 Les juridictions de droit commun.....	229
Section 2. L'influence sur la législation	234
§ 1 La loi de 1953 et le projet de révision.....	234
§ 2 Les règlements du conflit interrégional.....	240

LE TITRE : LES SOURCE DOCTRINALES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ TAIWANAIS

LE RÉSUMÉ :

Comparée à l'histoire des doctrines étrangères, la recherche en droit international privé taïwanais a débuté tardivement. À Taiwan, il n'existe pas traditionnellement une coutume de recherche en matière de droit international privé à cause des facteurs historiques. Les sources doctrinales sont, en l'occurrence, étrangères. Cela amène les internationalistes taïwanais adaptent fréquemment leurs visions afin de coordonner la diversité résultant du système juridique différent.

Pourtant, il n'existe à ce jour aucune études francophones qui offrent une analyse générale sur les doctrines du droit international privé taiwanais. Cette thèse tente donc de combler cette lacune. De plus, l'analyse relative à l'influence réciproque entre les théories étrangères et celles de l'école taiwanais nous bénéficie de réfléchir le fondement du droit international privé. La présente thèse sera consacrée à l'analyse d'influence de ces sources doctrinales sur le droit international privé taïwanais.

Cette étude précisera d'abord l'objet du droit international privé taïwanais et ensuite d'analyser sa méthodologie adoptée. En matière de l'objet du droit international privé taïwanais, La présente thèse estime que le domaine d'étude de la doctrine taïwanaise du droit international privé est plus vaste que par le passé. En ce qui concerne la méthodologie adoptée, à notre avis, la réflexion sur les valeurs du droit matériel apparaît inéluctable en matière de méthodologie du droit international privé.

LES MOTS CLÉS : Taïwan, droit international privé taïwanais, valeur prédominante, la méthode du droit substantiel, macro-droit international privé, substantialisation du point de rattachement, sino-taïwanais, darwainisme juridique.

TITLE : THE DOCTRINAL SOURCES OF THE TAIWANESE PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT :

Comparing with the history of the foreign doctrines, the study in the field of Private International Law started lately in Taiwan, where there is no tradition of research on Private International Law because of the historical factors. The doctrinal sources come from actually the foreign studies, which frequently brings the Taiwanese scholars to renew their visions in order to coordinate the diversity resulting from the different legal system.

However, there are no any French-speaking studies, which offer a general analysis on the doctrines of the Taiwanese Private International Law. Thus, this thesis tries to fill this gap. Moreover, the analysis relating to the reciprocal influence between the foreign theories and the Taiwanese studies will help us to reflect the basic idea of this discipline. Therefore, this thesis will also try to analyze the influence of these doctrinal sources on the Taiwanese Private International Law.

In the beginning, this study specifies the object of the Taiwanese Private International Law and then to analyze its adopted methodology. As regards the object of the Taiwanese Private International Law, the present thesis estimates that the field of study of the Taiwanese doctrines of the Taiwanese Private International Law is vaster than in the past. In the other hand, with regard to the methodology adopted, in our opinion, the idea of prevailing values, which come from the substantial law, will be the mainstream leading the methodology of the Taiwanese Private International Law.

KEY WORDS: Taiwan, Taiwanese Private International Law, prevailing value, the substantive law method, Macro-Private International Law, substantialization of connecting factors, competition of laws, Interst Analysis

DISCIPLINE : Droit privé

CENTRE DE DROIT PRIVÉ FONDAMENTAL

L'Escarpe - Salle 316, 11, rue du Maréchal Juin

B.P. 68, 67046 STRASBOURG CEDEX